



VNiVERSiDAD D SALAMANCA

TESIS DOCTORAL

CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y ECONÓMICAS EN LA CONFIGURACIÓN DE LA PUBLIFICACIÓN DE LAS AGUAS EN CHILE

ELABORADA POR:

Tatiana Celume Byrne

DIRIGIDA POR LOS PROFESORES DOCTORES

Antonio Embid Irujo
Fernando Rodríguez López

DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA APLICADA

Salamanca, 2011

A Juan Luis, Tomás y Amelia

ÍNDICE

Introducción	2
Primera parte. Las dimensiones jurídicas y económicas del agua	12
Capítulo I: El planteamiento jurídico de las aguas	15
Capítulo II: Sobre las diversas formas de aprovechamiento de las aguas	31
Conclusiones de la primera parte	96
Segunda parte. Régimen jurídico de las aguas y de los derechos de aprovechamiento particular	99
Capítulo I: Las aguas y los aprovechamientos particulares desde la perspectiva constitucional	103
Capítulo II: Marco jurídico-legal para la determinación de la naturaleza jurídica de las aguas corrientes	159
Capítulo III: Marco jurídico-legal del derecho privativo para aprovechar las aguas	219
Conclusiones de la segunda parte	243
Tercera parte. Del análisis económico del código de aguas de 1981 y de su reforma por la ley 20.017 de 2005	245
Capítulo I: El Código de Aguas en su concepción original	250
Capítulo II: La Reforma del Código de Aguas por medio de la Ley No. 20.017 de 2005	338
Conclusiones de la tercera parte	414
Conclusiones finales	417
Bibliografía	438

INTRODUCCIÓN

Esta tesis nace de una pregunta sencilla, pero profunda y recurrente: cómo puede justificarse dogmáticamente la concurrencia entre la “lógica del mercado” y los “bienes demaniales” pretendida en más de una ocasión por el ordenamiento jurídico chileno. El ejemplo más palpable, a nuestro juicio, se encuentra en el campo del Derecho de aguas, en el que el legislador, inmerso en la lógica neoliberal de los años ochenta, utiliza este ámbito como laboratorio de Economía, dejando en manos de los particulares las cuestiones referidas a la asignación y gestión de los recursos hídricos, previamente publicados.

El tratamiento de la cuestión suele resultar sorprendente, si no contradictorio, para la doctrina extranjera, especialmente si se da lectura a los autores chilenos, quienes, quizás tozudamente, han adoptado toda la nomenclatura propia de los bienes públicos: *publicatio*, dominio público, demanio, derecho real administrativo, entre otros. Esta doctrina ha impulsado su utilización, sin vacilar un momento siquiera, en los textos legales especiales, como el Código de Minería o el Código de Aguas, y ha generado consensos en torno a tal estructura como si fuese incuestionable la lógica importada desde el Derecho comparado.

De este modo, no sorprenden, a primera vista, los fallos jurisprudenciales que, sin reserva alguna, citan doctrina extranjera para justificar sus sentencias, aun cuando el texto no parezca siquiera prudente. Ejemplo de lo anterior, ciertamente imprudente, se encuentra en la Sentencia del TC No. 1281, de fecha 13 de agosto de 2009, que, utilizando el derecho comparado para explicar la naturaleza de la demanialidad, le otorga a la arquitectura de ésta elementos tales como el subjetivo, de los que en realidad prescinde.

Y así, se atropellan nuevamente las preguntas: ¿cómo conciliar un derecho asignado perpetuamente con un sistema de dominio público, en el

que supuestamente la Administración mantiene una titularidad sobre el recurso? ¿Qué tipo de dominio es aquél que quiere ser conferido a su titular (la Administración), si todo lo que el dominio implica le es extirpado tan pronto la norma le ordena despojarse de él por medio de un supuesto derecho real administrativo? ¿No son estos últimos, a juicio de la doctrina, meros desmembramientos del dominio que suponen un respeto último a su titular?

Nada parece calzar en el Derecho chileno, a menos que se suponga que el fin económico, la insistencia de los tecnócratas neoliberales de la década de los ochenta, hubiese sido la decisión de borrar de la faz de la tierra todo atisbo de publicación ante el terror de la expansión del Estado. Pero tampoco nos parecía claro que ésa fuera la razón, especialmente si se consideran, al menos desde la perspectiva del Derecho de aguas, ciertos antecedentes históricos que igualmente daban cuenta de una cierta mutación en esta área.

De este modo, esta tesis se inicia cronológicamente, con un estudio histórico – dogmático de los bienes públicos, como categoría. Así, se salvarían las dudas antes planteadas y se comenzaría un camino, esperamos de resultados fructífero para el lector, sobre los cimientos de una idea radical: los “bienes nacionales de uso público” (como les nombra el artículo 589 del Código Civil) no son, en la lógica del sistema chileno, sinónimos de los bienes públicos en el Derecho continental tradicional. No lo son ahora, y no lo han sido nunca en la tradición republicana chilena.

En nuestro sistema, los bienes no son asignados a la Administración para cumplimiento de un fin determinado, sino que son bienes que se diferencian de la generalidad de las cosas por su destinación pública, o, en otros términos, al cumplimiento de un fin de interés público. La lógica subjetivista, que tanto ha dado de que hablar en la doctrina continental, se esfuma en estas lejanas tierras americanas sin caer en el temor de las *res nullius*. Los bienes nacionales de uso público, dice el legislador, son de la “nación toda” (sintagma escasamente jurídico, sino esencialmente político), para decir que “*son de todos*”, ante los temores históricos de decir que “*son de nadie*”.

Construidos desde esta base, al menos desde la perspectiva del Derecho Civil, la *publicatio* no consiste en una forma de asignación de recursos, sino simplemente en un mecanismo de desterrar una cierta clase de bienes de la lógica del comercio *inter privatos*. El bien es público para el legislador civil, a efectos de hacerlo intransferible, insusceptible de negocios jurídicos particulares, y sólo es en esta esfera en la que le interesa su tratamiento. Lo demás, será dejado a normas y ordenanzas particulares.

El andamiaje avanza certero hasta su tratamiento constitucional. La Constitución Política de la República de 1980 y sólo a modo de excepción a la propiedad privada, señala los requisitos que deben concurrir para que el legislador, justificándose en el interés nacional, publique bienes, puesto que no pretende darles protección alguna, como lo hace su similar español en el artículo 132 de la Constitución de 1978.

En las bases del sistema económico impulsado en Chile a partir de los años ochenta, la propiedad privada y la libertad de empresa se erigieron como epicentros de las garantías fundamentales, de modo que cualquier categoría excepcional debía encontrarse ampliamente justificada. Y, entre ellas, los bienes nacionales de uso público que, desde la perspectiva del texto constitucional, deben basarse necesariamente en la satisfacción de un interés general (nacional) que no puede lograrse por medio de los instrumentos ordinarios de mercado.

Descubierto entonces que la noción de los bienes públicos no debe construirse desde su titularidad, sino desde su finalidad, el presente trabajo pretende indagar en el elemento teleológico de la publicación de las aguas. Y, por medio de ella, responder las interrogantes antes planteadas. Algo tendrá que ver el sustrato económico, nos parece obvio, por cuanto el legislador es en este aspecto claro y prístino, como el agua. Aquél vuelve a experimentar, esta vez sobre las bases de un modelo que ve en el mercado la única herramienta para lograr eficiencia, y, a su vez, ve en la eficiencia el único fin meritorio de protección.

Pero la evidencia histórica ya nos decía que las aguas, dada su importancia económica, social, cultural e, incluso, religiosa, en Chile,

siempre habían sido fuente de experimentación. Son tantos los modelos que se han llevado a la práctica, tantas las fórmulas, que resulta evidente que la solución no ha buscado necesariamente la citada eficiencia, sino que siempre se ha planteado desde una perspectiva política. En este aspecto, verá el lector, parece crucial el contrapunto entre la reforma impulsada en los tiempos de la Reforma Agraria (a fines de los años sesenta) con el planteamiento liberal de los años ochenta, plasmados en el CA actualmente en vigor.

Entonces, la publicación, entendida desde la perspectiva de su finalidad, necesariamente nos otorga un abanico más amplio de posibilidades. No hay titularidad previa que respetar, sino sólo el cumplimiento de un fin de interés general. Y este fin no es calificado previamente por el constituyente, de modo que queda en manos del legislador su justificación. Y en esta órbita, no corresponde a la ley dar razones de su actuar, de modo que tal elemento teleológico no siempre aparece evidente, y no tiene por qué serlo. Corresponde al intérprete, en cambio, indagar en las normas para descubrir los propósitos del ordenamiento, y sobre ellas construir su comprensión del sistema jurídico.

El elemento normativo, por tanto, es el que nos debe dar luces sobre el punto. Y, si bien éste es extenso, sobre todo en materias tan sensibles como los recursos hídricos, nos ha parecido prudente detenernos en una materia particular. La configuración de los bienes públicos, aunque diversa en sus especies, debe confluir en un aspecto en común. Los bienes son también públicos en cuanto sus ventajas sean otorgadas a los administrados, aunque la forma en que se lleve a cabo varíe caso a caso, de tiempo en tiempo.

Pero el tratamiento de este “uso público” nos concede poderosas señales del fin buscado por el legislador al tiempo de publicar. Nadie podrá desconocer, por ejemplo, que la mayor parte de los caminos son públicos porque se ha pretendido un acceso abierto a los particulares, de modo de facilitar el ejercicio de su libertad ambulatoria. La pregunta, entonces, es por qué las aguas son públicas en el sistema chileno, si el acceso que se otorga es restringido, sobre la base de un cierto tipo de derechos públicos subjetivos.

Creemos, a la luz de las explicaciones que daremos en su momento, que es en la configuración de esta clase de derechos subjetivos donde se encuentra la clave. El derecho será entonces limitado, caducable, temporal, en cuanto se quiera que la Administración goce de ciertas prerrogativas sobre los destinos del recurso. No se buscará necesariamente la eficiencia, al menos de forma exclusiva, sino que el legislador, como garante de los intereses nacionales, asignará, reasignará y gestionará los recursos en miras de lo que estima un modelo más coherente a sus fines. Al contrario, el derecho será absoluto, exclusivo y perpetuo, en cuanto se quiera asimilarlo lo más posible a la propiedad privada, y, a partir de ésta, facilitar el intercambio entre privados, dando cuenta de un mecanismo de reasignación y gestión entregado plenamente a los particulares.

No parece descabellado, entonces, publicar para asignar por medio de la lógica del mercado. Pero el argumento será algo más largo, y requerirá de la comprobación de ciertas hipótesis sucesivas que desarrollaremos en extenso en este trabajo. Se basa en la idea de que el interés general que el legislador pretende cumplir sólo es posible mediante la técnica de la publicación, y que este interés general supone, respecto al aprovechamiento general de las aguas, el respeto a su polifuncionalidad, y, ya en lo relativo a su extracción, a la eficiencia lograda mediante su asignación por medio del mercado.

Este enunciado se comprenderá mejor si se piensa en la alternativa contrapuesta en que el *aqua profluens* no hubiese sido publicada. En primer término, debe considerarse la imposibilidad de distinguir unidades en el sistema de recursos, tomando el carácter homogéneo y fugitivo de cada molécula de agua. Ello impide jurídicamente crear verdaderos derechos de propiedad en tanto las unidades no sean extraídas, aunque nada impide la privatización de la totalidad de las fuentes. Y ello fue así en el Derecho chileno, aunque no como regla general, cuando se entendían privados los cursos de agua que nacían y morían en una misma heredad.

El problema de este modelo, ya en segundo término, es que supone un único beneficiario de las ventajas que conceden las aguas, lo que se hace

cada día más contradictorio con los crecientes beneficios que conceden los recursos hídricos. De este modo, se ha pasado de utilidades meramente sanitarias y de transporte, a usos energéticos, medioambientales, turísticos, etc. La lógica privada descarta esta polifuncionalidad, aun en los casos en que existiesen actividades compatibles, dado que la creación de derechos de propiedad daría lugar a la aparición de barreras en favor de la exclusividad.

En este sentido, parece más lógico descartar la propiedad privada y, considerando los intereses generales de la nación, conceder el tratamiento de bienes nacionales de uso público a todos los cursos de aguas del territorio nacional. Pero ello no resuelve directamente la pregunta de cómo se asignará el aprovechamiento de los beneficios por parte de los particulares. Y para ello resultará indispensable distinguir las reglas de aprovechamiento extractivo y no extractivo.

Así, en los aprovechamientos no extractivos el legislador atisba un menor nivel de conflictos, y escasas posibilidades de lo que en doctrina económica se conoce como “tragedia de los recursos comunes”. No existiendo exclusividad, pero sí rivalidad, siempre cabe el deterioro del recurso por su sobreexplotación. Pero el estado actual no da cuenta de usos no extractivos excesivos. De este modo, el acceso al recurso será abierto a todos, sin crear verdaderos derechos de utilización, sino meras prerrogativas de uso.

Esta lógica no puede mantenerse en los aprovechamientos extractivos, por idénticas razones a las antes expresadas. La tragedia estará servida toda vez que cada particular estará incentivado a sobreutilizar las aguas a efectos de minimizar el riesgo de que los demás le dejen sin posibilidad de acceso al recurso. El ordenamiento jurídico deberá reaccionar configurando derechos de extracción, dando pie a la exclusividad. Y, ya en ello, la forma en que otorga estos derechos dará cuenta de la finalidad pretendida.

Para efectos metodológicos, este trabajo se ha dividido en tres partes, y ellas, a su vez, en capítulos. Cada uno pretende indagar en los aspectos que nos han parecido conducentes a responder las preguntas antes

planteadas, paso a paso, siguiendo como hilo conductor la evolución que han experimentado las cuestiones referidas al Derecho de aguas.

La Primera Parte, denominada “Las dimensiones jurídicas y económicas del agua” está destinada a determinar la incidencia de la regulación legislativa en las dimensiones del agua. A este respecto, el Primer Capítulo de dicha Parte tratará la distinción jurídica que debe hacerse con respecto a las aguas corrientes; los derechos para aprovechar el agua; y, el agua una vez extraída. Desde ahí se enmarcará la actuación del Derecho administrativo a las dos primeras categorías. Seguido de ello, se indagará la especial naturaleza polifuncional de las aguas y las implicancias que de ello se siguen en la regulación. Así, se procederá a diferenciar el supuesto de hecho para la creación de los diversos sistemas de acceso y sus consecuentes reglas de aprovechamiento, las que en definitiva se asignarán dependiendo de los usos que se den a las aguas y la congestión del recurso. Ya en el Capítulo Segundo, dedicado a las formas de aprovechamiento, se explicará el fenómeno de la tragedia de los recursos comunes, ello en atención a todos los factores que, hasta ese momento, van a haber sido desarrollados. Finalizaremos dicho Capítulo con un recorrido histórico de la legislación chilena, en la que veremos cómo fueron evolucionando las formas de acceso al recurso.

La Segunda Parte, denominada “Régimen jurídico de las aguas y de los aprovechamientos particulares”, se presenta con el propósito de analizar las bases sobre las cuales se ha concretado la regulación chilena, tanto constitucional como legal, y que ha incidido en las dos últimas dimensiones de las aguas a que hacíamos referencia en la Primera Parte. El Capítulo Primero está dedicado a desentrañar el régimen constitucional de las aguas y de los derechos privativos para utilizarla. Veremos, como a falta de regulación constitucional del *aqua profluens*, la Ley Fundamental no se mantuvo neutra en la determinación del sentido y alcance que deben tener los bienes nacionales de uso público, cuya enumeración dejó entregada a la Ley. En un segundo punto de este Capítulo veremos el énfasis que puso la CPR en que dichas titularidades quedasen protegidas por medio de la propiedad. Desarrollaremos esta lógica tan especial del ordenamiento jurídico chileno, la “propietarización”, a efectos de comprender su

aplicación en los derechos de los particulares para aprovechar las aguas. En el Segundo Capítulo, abordaremos la regulación legal de las aguas. Dada la diferencia que, a este respecto, se ha producido entre el ordenamiento jurídico chileno y los sistemas continentales, haremos una reseña histórica y comparada de los conceptos doctrinarios que se han considerado como pilares en la construcción del concepto de bien público. El Tercer Capítulo abordará la compleja naturaleza jurídica de los derechos privativos para aprovechar las aguas. Veremos como a consecuencia de la distinta concepción del demanio en Chile, estos derechos, reflejo del elemento normativo de la publicación, se articularán de manera diversa a la concepción doctrinal de los derechos reales administrativos. Analizaremos entonces, su especial configuración en la normativa legal chilena y las consecuencias que de ello se derivan.

La Tercera Parte, titulada “Del análisis económico del Código de Aguas de 1981 y de su reforma por la Ley No. 20.017 de 2005”, se articula en dos capítulos. El Primer Capítulo, atinente a la consagración legal del régimen exorbitante de las aguas, pretende demostrar cómo los principios neoliberales contenidos en la CPR, se incardinaron en el CA, de tal manera de dar a la finalidad de la publicación de las aguas un objetivo basado esencialmente en la eficiencia. Para conseguir esta finalidad, abordaremos el estudio detallado del derecho de aprovechamiento, en su concepción original, contenida en el CA. Para ello, recurriremos a la doctrina económica, la que nos ilustrará toda la corriente en que se basa la arquitectura del derecho de aprovechamiento y su manifestación en el texto legal. El Segundo Capítulo está dirigido a determinar de qué manera se afectó la finalidad de la publicación contenida en el CA, por medio de la reforma que llevó a cabo la Ley No 20.017 de 2005. Para estos efectos, haremos un breve repaso de los antecedentes prelegislativos de la reforma y pondremos a disposición del lector los objetivos declarados por el legislador como fundamentos de la modificación. Continuaremos señalando de qué modo se plasmó la modificación legal y cuál fue su impacto, tanto económico como normativo, esto último, atendiendo a mutación del elemento teleológico.

Esta tesis ha planteado entonces un desafío personal adicional, porque quien la escribe tiene una formación esencialmente jurídica. El

sustrato del modelo chileno, en cambio, es esencialmente económico, lo que ha significado hacer un esfuerzo de entendimiento respecto a los lineamientos subyacentes del legislador. Éste, especialmente a partir del Código de Aguas de 1981, se centra en este aspecto casi ignorando otras variables sociológicas, culturales, religiosas, de las aguas. Y lo hace conscientemente y sin remordimientos. Deja entrever claramente que quiere eficiencia, y que quiere que la misma sea lograda por medio del mercado. Y, para ello, sigue las instrucciones de los manuales de economía como quien no se aleja ni en un gramo de la receta para conseguir el resultado deseado. Conformar un derecho de aprovechamiento tan amplio como le resulta constitucionalmente posible, y lo resguarda de un modo tal que genera las primeras dudas en doctrina sobre su configuración tan similar al derecho de propiedad. Intenta eliminar costes de transacción que le parecen relevantes y deja a la Administración en una posición silente, como autómata en la asignación original de los derechos de extracción.

Dejamos claro desde estas páginas introductorias que no es objeto de este trabajo someter a críticas, sean positivas o negativas, el sistema actualmente imperante en Chile. Veremos que son escasos los instrumentos de medición que nos permitirían llegar a una conclusión en este sentido, sino sólo dar cuenta de las bases sobre las que se construye el ordenamiento en vigor. Queda esta cuestión entregada a los expertos en la materia, y a la espera de que en los años venideros se mejoren los catastros de derechos otorgados e información disponible a objeto de poder llevar a cabo un completo análisis. Conforme al estado actual de los datos disponibles, tales resultados hubiesen sido lamentablemente inexactos.

Hay en esta historia un elemento adicional. Al inicio de los “gobiernos de transición”, a principios de la década de los noventa, se empezó a fraguar un movimiento reformista. No sólo respecto a las aguas, aunque en ellas se presentó de manera más aguda. Probablemente porque los planteamientos sobre los cuales se cimentó el CA de 1981 fueron tan extremos que fueron evidente foco de preocupación. El mercado se estimó enemigo y el Poder Ejecutivo no vaciló en presentar proyectos de reforma del CA para volver a dotar a la Administración de poderes de asignación y gestión.

Renacen los debates políticos, nuevamente disfrazados en matices técnicos y en extensas discusiones normativas. Las reformas, que después de más de veinte años vieron la luz por medio de la Ley No. 20.017, fueron bastante más sutiles que las inicialmente planteadas. El mercado sigue siendo el principal mecanismo asignador y reasignador de recursos, pero se dota a la Administración de poderes que quiebran el principio de neutralidad que había regido en la legislación anterior. Ya detallaremos los aspectos modificados, y los términos de la reforma, pero nos parece necesario señalar que ellos no se basaron en información completa.

No quiero dejar pasar la oportunidad de agradecer a quienes me han ayudado a que este trabajo vea la luz. Así, en primer lugar a mi familia, la que constantemente me prestó su apoyo incondicional y a quienes dedico este trabajo A mis tutores, el Dr. D. Antonio Embid Irujo y el Dr. D. Fernando Rodríguez López, quienes pusieron a mi disposición todas las herramientas que necesité para desarrollar este trabajo, me alentaron y me orientaron en todos los sentidos. A la Universidad de Salamanca, a su claustro, su biblioteca, sus profesores y funcionarios. A esta preciosa ciudad, que cada día me regaló un poco más de inspiración. A la Dirección General de Aguas, en especial a su Director General, Matías Desmadryl Lira y a su Asesora, Paula Vera Robles por su desinteresada ayuda. Asimismo, a Alejandro Vergara Blanco quién me inició en el estudio del Derecho de Aguas, como ciencia del Derecho. En otro orden de cosas, a la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, y su Programa de Becas Chile y a la Beca de la Universidad de Salamanca y el Banco Santander Central Hispano dirigida a estudiantes latinoamericanos de Doctorado. Y por último a todos aquéllos que creyeron en este trabajo, en su importancia y en el futuro beneficio de la regulación de las aguas en Chile.

PRIMERA PARTE

LAS DIMENSIONES JURÍDICAS Y ECONÓMICAS DEL AGUA

Capítulo I: El planteamiento jurídico de las aguas. § 1. *Sobre la necesaria distinción de las tres dimensiones regulatorias de las aguas: las aguas corrientes, las aguas extraídas y el derecho de extracción de las aguas.* § 2. *Sobre los aspectos físicos, jurídicos y económicos de las aguas corrientes que inciden en su regulación y en la creación de derechos privativos sobre ellas.* A. La publicación y la indiferenciación de unidades como razones de la imposibilidad de crear medios de exclusión respecto a las aguas corrientes. B. Sobre la polifuncionalidad de las aguas: la tensión entre la satisfacción de los usos (compatibles) de las aguas corrientes y la tragedia de su sobreexplotación.

Capítulo II: Sobre las diversas formas de aprovechamiento de las aguas. § 1. *Una visión de las formas de aprovechamiento particular de las aguas a partir de la denominada “tragedia de los recursos comunes”.* A. La tragedia de los recursos comunes como resultado de la imposibilidad de exclusión: el acceso abierto al recurso. B. El acceso abierto para los usos no extractivos de las aguas ante la posibilidad de tragedia. C. La congestión en los usos extractivos de las aguas como fundamento para la creación de mecanismos de exclusión y superación de la tragedia. § 2. *Las formas de utilización privada de las aguas conforme a la idea de “reglas de acceso” y “reglas de aprovechamiento”.* A. Los sistemas de acceso abierto: reglas de acceso abierto y reglas de aprovechamiento temporal. 1. Las reglas de acceso abierto como autorización general de uso. 2. La regla del *prior appropriation* como regla de apropiación en los sistemas de acceso abierto. 3. La regla del *prior appropriation* ante supuestos de congestión y escasez. 4. *Excursus*: aprovechamiento de las aguas en un sistema de acceso abierto: el modelo romano. B. Los sistemas de acceso restringido: reglas de acceso discriminatorio y reglas de aprovechamiento exclusivo y excluyente. 1. Sobre la fuente normativa de las reglas de acceso restringido: los sistemas centralizados y descentralizados para la creación de medios de exclusión. 2. El acceso restringido como autorización discriminatoria de uso. 3. Los modelos ripariano y concesional como sistemas de acceso restringido para la extracción de las aguas. 4. La configuración de reglas de apropiación para las unidades no identificables. §3. *Perspectiva histórica: los modelos de reglas de acceso y apropiación ante el uso extractivo de las aguas.* A. Derecho hispánico medieval: la confluencia de los modelos riparianos y concesional. B. Derecho chileno: el progresivo abandono del modelo ripariano y el fortalecimiento absoluto del modelo concesional. 1. La lógica concesional bajo la idea de la intervención administrativa en la distribución del recurso. 2. La reconducción de las aguas a la categoría de los bienes

públicos en la legislación civil: nuevamente, la convergencia de los modelos riparianos y concesional.

El estudio de la regulación de las aguas actualmente vigente en Chile no puede desconocer, por una parte, las características físicas y económicas de su objeto, y, por la otra, toda la tradición jurídica que ha intentado resolver cómo cuadrar los intereses públicos y privados que aquéllas suponen. Como veremos, el Derecho de aguas chileno respeta ciertos aspectos propios de dichas características y tradiciones, utilizándolos como ingredientes para poder lograr su finalidad. Ésta, veremos en las partes siguientes de este trabajo, supone reconocer en el mercado y en la iniciativa privada el mejor mecanismo para la asignación y gestión de las aguas.

Para lograr dicho objetivo, mantiene la técnica de la publicación de las aguas corrientes, que trae su origen en el Derecho romano, a fin de destinarlas al uso de los administrados, aunque no les conceda un derecho de propiedad (al menos en el sentido jurídico) sobre las mismas. Asimismo, reconoce que la homogeneidad de las aguas en su fuente impide la constitución de derechos reales (al no cumplir con el requisito de la especificidad), construyendo una nueva categoría de derecho subjetivo que permite al particular su extracción para el aprovechamiento privado. Y lo hace, finalmente, en la espera que este sistema de “aguas públicas” (como son todas las aguas corrientes en Chile) permita el mejor aprovechamiento del recurso, reconociendo especialmente su utilidad en un número creciente de actividades económicas (polifuncionalidad).

En esta Primera Parte queremos comprobar que la publicación de las aguas no impide, sino que, al contrario, exige la formulación de formas de aprovechamiento a favor de los administrados. Las características físicas y económicas de las aguas determinarán, de algún modo, la reacción normativa, la que también estará guiada por el propósito del legislador que justifica dicha publicación. Históricamente, aún en los albores del Derecho romano, las aguas tendían a ser consideradas como un elemento abundante, que no requería de mayor regulación sino para proteger el uso plural por parte de los administrados. Este sistema de acceso abierto, en que la apropiación de las ventajas del recurso sólo se consigue mediante el

uso efectivo, puede dar pie a la tragedia del “recurso común” en supuestos de congestión. Y la historia da cuenta de cómo se va produciendo dicha congestión al aumentar la población, al descubrirse nuevas utilidades para las aguas y al surgir toda una gama de intereses ecológicos y medioambientales.

La tragedia de la sobreexplotación provocará la necesidad de establecer medios de acceso restringido basados en la discriminación. Históricamente, ello ha tenido lugar respecto a las aguas siguiendo dos modelos que, incluso en ciertas épocas, han coincidido: el sistema ripariano, en el cual el acceso está restringido a los propietarios de los predios ribereños, y el sistema concesional, en el cual sólo tienen acceso los titulares de una concesión de origen administrativo. En un comienzo, el Derecho chileno, basado en los precedentes hispanos, mantuvo el modelo ripariano por largos periodos, pero lo abandonó para aumentar el poder de la administración central en la asignación y gestión del recurso. En una iniciativa posterior, y fruto de las transformaciones políticas, sociales y económicas que afectaron al país durante la década de los setenta, se desechó radicalmente el modelo de gestión centralizada del recurso, entregando al mercado la distribución de los derechos de extracción.

CAPÍTULO I

EL PLANTEAMIENTO JURÍDICO DE LAS AGUAS

Es evidente que el agua es un bien que no sólo nos rodea, sino que también modula nuestro comportamiento. Las civilizaciones se construyen en torno a sus fuentes en tanto se trata de un elemento indispensable para la subsistencia humana. Primero, como de medio de hidratación y de insumo para la agricultura y ganadería. Luego, como medio para el transporte marítimo, fluvial y lacustre, sirviendo como canal de intercambio y desarrollo. Y, ya más tardíamente, se comporta como fuente para la producción de energía hidráulica, como también para la refrigeración de centrales térmicas y nucleares, entre otras.

Sin embargo, este elemento (tan simple a la vista, tan común en nuestra experiencia vital) representa un acertijo para el jurista. Al pretender ofrecer una regulación sobre las aguas, se enfrenta a un bien muy complejo, homogéneo, pero polifuncional y diverso en sus usos. Excesivo en el marco global, pero escaso para su variedad de utilidades. Socialmente relevante, pero indispensable para el ejercicio de las actividades económicas de cada individuo en particular.

Los ordenamientos jurídicos han tendido a desestimarlos como un bien que pueda quedar sujeto a la regulación general de los bienes muebles. Lo trata, en sus versiones más extremas, como un elemento cuyo acceso se transforma en un derecho humano, casi tan esencial como la vida misma. Así, de alguna manera traslada los temores de la escasez a las normas que pretenden moldear la forma en la que la sociedad y los individuos pueden disfrutar de sus beneficios. Pero el planteamiento no puede ser universal. Las condiciones hidrográficas de cada territorio ameritarán un trato diferente. Las sociedades serán más reacias a individualizar las aguas mientras más escasas aparezcan.

En los apartados siguientes pretendemos esquematizar el planteamiento jurídico, especialmente el chileno, frente a las aguas. Pero ello requiere retroceder algunos pasos. Primero, creemos necesario diferenciar las variadas dimensiones regulatorias de las aguas. O, en otras palabras, distinguir los diversos aspectos de las aguas que el ordenamiento jurídico debe considerar para crear un sistema normativo en torno a ellas. Luego, debemos revisar ciertos aspectos físicos, jurídicos y económicos que de algún modo determinan la forma en la que los ordenamientos pueden regular las aguas corrientes y los derechos que pueden concederse o reconocerse a los particulares para acceder a ellas.

§ 1. *Sobre la necesaria distinción de las tres dimensiones regulatorias de las aguas: las aguas corrientes, las aguas extraídas y el derecho de extracción de las aguas*

Previo al estudio del régimen jurídico de las aguas en Chile, nos parece muy relevante distinguir los tres aspectos regulatorios que pueden verificarse con respecto a ellas, y así evitar confusiones innecesarias acerca de sus diversos regímenes jurídicos. En este sentido, podemos diseccionar su tratamiento de la siguiente manera: *en primer lugar*, las aguas consideradas dentro de un sistema hídrico, o *aqua profluens*, que fundamentalmente se refiere a aquéllas contenidas dentro de sus fuentes naturales (un acuífero, un lago, un río); *en segundo lugar*, las aguas ya extraídas de su fuente, diferenciadas así del sistema hídrico, sin que importe por el momento la justificación jurídica que ha permitido tal sustracción; y, *en tercer lugar*, los aprovechamientos particulares relativos a las aguas, sean estos extractivos o no extractivos, como una categoría especialmente vinculada a la finalidad de la publicación a la que haremos referencia.

La lógica de estas tres dimensiones es esencialmente diferente. Los ordenamientos jurídicos tienden a tratar las aguas extraídas como bienes susceptibles de propiedad privada y protegerlas como tales mediante el ejercicio de las correspondientes acciones reales. En otras palabras, las aguas extraídas se sujetan a un modelo jurídico - privado, de modo que su regulación escapa del interés de este trabajo. En estos supuestos

encontramos, entre otros, las aguas embalsadas, las aguas embotelladas, el agua potable, entre otras.

En cambio, sí nos interesa referirnos a las aguas que están aún contenidas en su fuente, en tanto éstas han sido objeto de una regulación jurídico – pública. Como veremos más adelante, los Derechos continentales han pretendido solucionar el asunto de la titularidad de las aguas empleando la técnica de la publicación. Ello con miras a la consecución de ciertos fines de interés general, extirpándolas del régimen general de los bienes (regidos por criterios de Derecho privado) y fijando su regulación mediante normas de Derecho público. Pero cabe precisar que no todo el ciclo hidrológico queda cubierto por la publicación. Sería un poco iluso imaginarse que las aguas lluvias, mientras descienden a la tierra, o incluso aún en las nubes, están sujetas a una *publicatio* (COLOM, 2006, p. 37). Se desprende de lo anterior que la publicación sólo se circunscribe a las aguas terrestres contenidas en sus fuentes (como lagos, ríos y acuíferos), a las que dedicaremos nuestro estudio en el Capítulo II de la Parte Segunda de este trabajo.

En una tercera dimensión, el gobierno de las aguas puede o no dar lugar a la creación de aprovechamientos privativos. A estos derechos nos referiremos en el Capítulo III de la Parte Segunda de esta tesis, pero cabe adelantar lo siguiente, distinguiendo las formas por medio de las cuales los individuos pueden obtener los beneficios del recurso.

Por una parte, con respecto a los aprovechamientos no extractivos de las aguas, históricamente la falta de congestión ha supuesto la conservación de un sistema de libre acceso (*open access*), de modo que toda persona está facultada para efectuar toda suerte de usos que no perjudiquen la fuente ni el potencial aprovechamiento por parte de los demás. Estos sistemas darán lugar a fórmulas de aprovechamiento designadas bajo la idea de que el beneficio corresponderá a quien primero utilice del bien (*prior appropriation*), cesando tan pronto como deje de usarlo. Por ello, jurídicamente no goza de un verdadero “derecho de aprovechamiento”, sino en tanto lo reconduzcamos al mero ejercicio de una libertad personal, radicada en todos los habitantes de la nación.

Por otra parte, con respecto a los aprovechamientos extractivos, la posible congestión a que daría lugar la utilización de las aguas ha originado la necesidad de crear mecanismos de acceso restringido, sea mediante sistemas de tipo ripariano o concesionales. En el momento en que se crean derechos *ex novo* para aprovechar las aguas, apuntamos a una lógica concesional que termina por crear derechos subjetivos públicos para la extracción del recurso. Estos derechos conforman un nuevo bien, cuyos límites y contenido dependen de las razones de la publicación, de modo tal que puede configurarse desde un derecho limitado, temporal y revocable (como en el Derecho español) a un derecho definido, perpetuo y no caducable (como ocurre actualmente en el Derecho chileno).

Pero cabe precisar que aun cuando una persona sea titular de un derecho para extraer determinados volúmenes de agua, ese derecho no se radica en una parte determinada del *aqua profluens*, en el sentido de que aquel derecho no se refiere a una porción identificable de un caudal o acuífero. Ese derecho sólo se refiere a una facultad para extraer aguas y no a determinada agua. Si sostuviéramos lo inverso, por el hecho de crear un sistema concesional no sólo eliminaríamos la característica de *res extra commercium* de las aguas corrientes, sino que de paso también se desvirtuaría la *publicatio* que sobre dichas aguas existe. En suma, las aguas no dejan de ser inapropiables por la circunstancia de otorgar a los particulares derechos de aprovechamiento exclusivos sobre ellas. En otras palabras, estos derechos privativos, como entelequias jurídicas, se configuran de manera ideal sobre las aguas corrientes. Si bien su ejercicio se refiere a ellas, ello no implica la apropiación de una porción real de las mismas. Distinto sería si la concreción del derecho para extraer aguas fuese la de un derecho real. Bajo aquél supuesto, dicha potestad, necesariamente se radicaría en una porción determinada de agua, la cual dejaría de pertenecer a la órbita pública del Derecho y se sujetaría a las reglas del Derecho privado, como cualquier otra mercancía.

MARTÍN-RETORTILLO (1995, p. 64) nos ilustra el contenido del debate jurídico que se ha suscitado en torno a las aguas corrientes, señalando que

“(…) se ha argumentado que las aguas en cuanto *res communis* no pueden ser objeto de propiedad alguna. Asimismo, y superadas ya estas posiciones, se ha tratado igualmente de precisar qué aguas, en concreto, podrían ser objeto de una relación dominical. Planteamientos todos estos habituales al estudiar esta materia, y que llegan incluso hasta nuestros días. No hay duda —se ha dicho— que el agua recogida en un bien mueble o inmueble puede ser objeto de propiedad. Pero, ¿y las aguas corrientes? El agua, en sí misma, es pasajera y distinta en cada momento: el caudal, sin embargo, es permanente. Una cuestión —se ha señalado también— que hay que contemplar «no en la individualidad concreta de una porción de fluido», sino en relación con el agua que forma parte de una corriente, de una masa que se renueva. Incluso, en ocasiones, cabe observar que la titularidad del derecho sobre las aguas ni siquiera aparece referida al agua, sino a una cualidad física de la misma, como puede ser, por ejemplo, su peso, la energía que produce y que mueve una turbina.”

Así, y para salvar las eventuales contradicciones de que da cuenta la doctrina jurídica (BAUER, 2002, p. 60) por “la privatización de un recurso que simultáneamente define como público e intransferible”, nos parece muy relevante la siguiente frase de VERGARA DUPLAQUET (1960, p. 54):

“Y si bien las aguas públicas o de uso público – como todos los bienes de esta especie – no están en el comercio, para el beneficio de ellas por los particulares la ley otorga el derecho real de aprovechamiento, que sí lo está (…)”

En suma, tanto en materia jurídica como económica, es importante hacer la distinción entre estas tres dimensiones del agua. La creación de derechos para aprovechar las aguas no cambiará la condición de bien nacional de uso público de las aguas corrientes. Pero, económicamente, la creación de medios de exclusión (como serían los derechos de extracción privativos) terminará por privatizar un sistema de recursos. Será sobre estas dos últimas dimensiones de las aguas (las aguas corrientes y los derechos

subjetivos públicos que nacen a partir de la concesión) en las que centraremos nuestro interés en las próximas páginas, iniciando el análisis con lo que se refiere específicamente al *aqua profluens*.

§ 2. *Sobre los aspectos físicos, jurídicos y económicos de las aguas corrientes que inciden en su regulación y en la creación de derechos privativos sobre ellas*

Para la comprensión del ordenamiento chileno de las aguas, como también para cualquier otro sistema jurídico, deben tenerse en cuenta ciertas cuestiones preliminares que configuran la mayor problemática que a este respecto se genera.

Por una parte, y desde un punto de vista jurídico, tanto las circunstancias físicas como el recurso a la publicación de las aguas supondrán la imposibilidad de constitución de derechos que recaigan directamente sobre las mismas. Aunque ello no impide la consagración de titularidades privativas que resultarán en medios de exclusión, que terminarán por privatizar el acceso a la fuente de abastecimiento (o “sistema de recursos”). Por otra parte, la naturaleza polifuncional de las aguas supondrá que cualquier orden de regulación deba tener en cuenta una mayor congestión en el uso del recurso, como también velar por la satisfacción del conjunto de actividades más beneficioso socialmente, evitando la denominada “tragedia de los recursos comunes”. Revisemos separadamente ambos aspectos.

A. *La publicación y la indiferenciación de unidades como razones de la imposibilidad de crear medios de exclusión respecto a las aguas corrientes*

Jurídicamente, la *publicatio* de las aguas corrientes impide la creación de derechos exclusivos que recaigan directamente sobre ellas. El bien es declarado como insusceptible de propiedad privada, y, en consecuencia, intransferible, de lo que resulta que el ordenamiento jurídico no puede permitir el desmembramiento de porciones del bien para que queden alojadas en el patrimonio de los particulares. Ello es precisamente lo que se quiere evitar por medio de la técnica de la publicación, en tanto se

entiende que la satisfacción de ciertos intereses públicos no puede ser lograda acudiendo a la lógica de la propiedad privada.

Pero cabe advertir que aún si se consideraran las aguas como susceptibles de tal propiedad, las características físicas del recurso nos enfrentarían a las dificultades de definir el objeto del dominio. Ello dada la imposibilidad de distinguir unidades de agua dentro de sus fuentes, como sistemas de recurso, atendida la naturaleza fugitiva (o mejor dicho, corriente) del *aqua profluens*. En términos más gráficos, nadie podría apuntar con sus dedos las aguas que les pertenecen sin haber procedido antes a su extracción.

Ahora bien, la calificación jurídica no impide considerar estos aspectos desde un punto de vista económico. Un bien es *económicamente* susceptible de propiedad privada si se presenta rivalidad en su consumo y es factible física y económicamente consagrar mecanismos de exclusión a su respecto. No obstante, desde una perspectiva económica, las aguas corrientes tradicionalmente se han conceptualizado como un “recurso común” (SCHLAGER / BLOMQUIST, 2001, pp. 134 y 136). Para comprender lo anterior, corresponde otorgar una definición previa de este concepto económico. Así, OSTROM (1999, p. 497) los define como:

“... un recurso natural o hecho por la mano del hombre, respecto del cual es difícil limitar o excluir a terceros usuarios una vez que el recurso ha sido puesto a disposición de los mismos, y que el consumo de determinadas unidades de dicho recurso por parte de una persona, hace que esas unidades consumidas no puedan ser puestas a disposición de otros”.

En esta definición se contienen los dos elementos, rivalidad y capacidad de exclusión, que hacen posible la clasificación económica de los bienes en bienes privados, públicos y bienes semi-públicos, en los que encontramos a los recursos comunes. Preliminarmente, podemos señalar que la *rivalidad*, referida al consumo de un bien, significa que si puesto éste a disposición de algún usuario, puede ser entregado a otro usuario para que también lo utilice. Por su parte, la *capacidad de exclusión* trata fundamentalmente de la posibilidad de impedir que alguien ingrese al uso o

disfrute de un bien, oponiéndose legítimamente a su admisión. La posibilidad de exclusión requerirá entonces de la aptitud o potencia de un bien para que a su respecto se puedan crear fronteras que permitan excluir a otros de su goce o disfrute. Un recurso es común cuando existe rivalidad, pero no exclusión, mientras que un bien es privado cuando ambas circunstancias le son aplicables.

Como señalan OSTROM y GARDNER (1993, p. 93), la ausencia de mecanismos de exclusión puede derivar de diversos factores, incluyendo el coste de parcelación o delimitación del recurso, como también el coste de crear y proteger los derechos de propiedad para excluir el acceso al recurso. Respecto a las aguas corrientes, entonces, su configuración como recurso común responde principalmente a su naturaleza móvil y, por tanto, al hecho de que sus confines son difíciles de determinar, imposibilitando o, por lo menos, haciendo muy difícil poder crear fronteras que permitan configurar una propiedad privada sobre las mismas (*propiedad fugitiva*) (COOTER / ULEN, 2002, p. 164).

Ahora bien, nos parece conveniente destacar la división que a estos efectos plantean SCHLAGER y BLOMQUIST (2001, pp. 134 y 135) entre los “sistemas de recursos” (*facilities*) y las “unidades del recurso” (*units*), en especial si tenemos presente lo relativo a las tres dimensiones regulatorias de las aguas. Estos autores nos señalan que:

“mientras que el agua de un canal, de un lago, del mar, o de un acuífero, aparece como una masa indiferenciada de recurso (...), el agua extraída de la superficie o de un cuerpo subterráneo, es una cantidad alienable. Puede ser almacenada, medida, transportada, incluso comprada y vendida como un producto básico y consumida. Una cantidad de agua captada para el consumo por un usuario no estará disponible para otro usuario, al menos hasta que retorne al cuerpo de agua del cual fue extraída” (traducción propia).

De lo anterior puede desprenderse que, con respecto a las unidades extraídas, se puede configurar un derecho de propiedad perfecto, el que queda sometido a las reglas del Derecho privado y, en consecuencia, no es

objeto del presente trabajo. Ahora bien, mientras las unidades de agua de cualquier fuente (río, lago, acuífero, entre otros) no hayan sido extraídas, se encuentran integradas en un sistema hidrológico siendo físicamente imposible diferenciar dichas unidades entre sí, por lo que conformarían el *aqua profluens*. En otras palabras, en un bien fugitivo y homogéneo, como son las aguas, no podemos hablar propiamente de “unidades” mientras éstas estén integradas en el sistema. Por tanto, las particularidades físicas del agua harán imposible (o, al menos, muy difícil) generar mecanismos de exclusión de las unidades sin que previamente se hayan extraído de su fuente, y de ahí que sea difícil configurar derechos de propiedad sobre unidades físicas de agua (PROVENCHER / BURT, 1994, p. 876).

El sistema de recursos sólo puede privatizarse si a su respecto se generan mecanismos de exclusión. Ello implicará que, de alguna manera, el acceso al recurso se encuentre limitado a las personas que hayan obtenido un derecho exclusivo y excluyente para el uso del sistema, mediante fórmulas de acceso restringido. En términos económicos, tales personas tendrán un “derecho de propiedad” sobre el sistema de recursos, cuestión que debe matizarse en relación al contenido de dicho derecho, como explicaremos a continuación. Sin embargo, ello implica que la creación de derechos de extracción con respecto a las aguas, es decir, una creación ideal para extraer un determinado volumen, lo que no significa delimitar dicho volumen de agua dentro de una corriente.

Los ordenamientos jurídicos que han creado formas de acceso restringido a las aguas han configurado ciertos derechos de extracción del recurso. En estos términos, los sistemas de recurso (fuentes de abastecimiento, como ríos, lagos o acuíferos) pueden encontrarse económicamente privatizados, pero hemos de puntualizar que el “derecho de propiedad” de que gozan quienes hayan adquirido la posibilidad de acceso sólo supone un derecho exclusivo y excluyente para extraer aguas de una fuente de abastecimiento. Ese derecho de propiedad no se ejerce, como titularidad dominical, sobre dicha fuente, sino con respecto a dicha fuente. No hay, en consecuencia, correspondencia entre el sentido jurídico y económico del derecho de propiedad, dado que el primero sería incompatible con la naturaleza de bien público que se asigna a las aguas corrientes. En definitiva, creemos que indicar que un determinado río o

lago se encuentra económicamente privatizado en razón de la existencia de sistemas de acceso restringido (generadores de medios de exclusión) debe traducirse jurídicamente en la idea de que lo que realmente se ha privatizado es la actividad extractiva que se ejerce en dicha fuente de abastecimiento.

Profundizando aún más esta distinción entre unidades y sistemas de recurso, OSTROM, GARDNER y WALKER (1994, p. 8), nos señalan que “un sistema de recursos crea las condiciones para la existencia de un flujo de unidades de recurso en el tiempo que son apropiables y rivales en el uso. (...)” Este flujo de recursos deriva necesariamente de la constitución de derechos para la extracción. Así, la existencia de un derecho de extracción de aguas, implica también la creación de un medio de exclusión, por cuanto los titulares de dicho derecho podrán excluir a quienes no lo sean. Estos derechos de extracción privativos, sin embargo, no están radicados en el sistema de recurso como unidades identificables dentro del mismo, ya que sólo se refieren a la extracción de un flujo, que, una vez separado del sistema de recurso permitirá la identificación de una unidad. El sistema de recursos en sí estará constituido por una masa indiferenciada de unidades respecto de la cual no es posible (técnica o económicamente) crear un medio de exclusión que no se refiera a una abstracción ideal, como un derecho extractivo.

Por otro lado, y haciendo referencia a una condición para que los recursos comunes puedan utilizarse conjuntamente de forma eficiente, OSTROM (2000, p. 68) señala que “... las unidades de recurso no se usan de manera conjunta, pero su sistema sí es susceptible de ser usado de manera conjunta”. Esta constatación tiene varias implicaciones en la materia que nos interesa: *en primer término*, supone distinguir el régimen aplicable a las aguas corrientes (sistema) de las aguas extraídas (unidades), de tal suerte de poder determinar tanto sus caracteres económicos (recurso común o privatizable/ bien privado) como sus diversos regímenes jurídicos (bien público / bien particular).

Supone, *en segundo término*, que la creación de derechos subjetivos públicos relativos a una determinada actividad (como la extractiva) sólo

implica la privatización de tal actividad, aun cuando recaiga sobre la fuente de abastecimiento, la que continúa siendo un bien público que, por tanto, no es susceptible de propiedad privada. En cambio, en materia económica, la creación de sistemas de exclusión para la realización de ciertas actividades (que se traducen en sistemas de acceso restringido), conlleva la privatización del sistema de recurso en lo que atañe a esa actividad, porque puede que otras actividades sobre el mismo recurso hagan que este último conserve su condición de recurso común, debiendo tolerarse su aprovechamiento colectivo. Lo anterior, principalmente atendiendo al carácter polifuncional de las aguas que explicaremos a continuación.

Supone, *finalmente*, en caso de que se mantengan como recursos comunes, la posibilidad de surgimiento de la tragedia del sistema si no se generan reglas de actuación o incentivos que hagan que los individuos se abstengan de su sobreexplotación, como también genera la dificultad de excluir de los beneficios de la conservación del sistema a quienes no han asumido sus costes (*free - riders*). A esta tragedia nos referiremos más adelante al tratar de las diversas formas de acceso, con especial énfasis a los sistemas de acceso abierto (*open access*).

B. Sobre la polifuncionalidad de las aguas: la tensión entre la satisfacción de los usos (compatibles) de las aguas corrientes y la tragedia de su sobreexplotación

Un aspecto adicional, aunque igualmente relevante en relación a las aguas corrientes, se refiere a su *polifuncionalidad*. Esto es, que sus características físicas las hacen necesarias para la realización de un número cada vez más amplio de actividades. Un listado taxativo de tales fines nos parece imposible, de modo que valga una enunciación ejemplar: las aguas son utilizadas, más bien indirectamente, para fines de navegación, pesca, deportes, como también, ahora directamente, para actividades de riego, generación de energía hidráulica o fines sanitarios. Esta polifuncionalidad hará necesaria la revisión de la rivalidad en términos bastante más amplios y cruzados, de modo tal de entender que existen ciertos usos que son completamente incompatibles con otros, mientras algunos de ellos pueden ser perfectamente compatibilizados.

En este mismo sentido, SCHLAGER y BLOMQUIST (2001, p. 135), haciendo referencia a la rivalidad en el consumo de las aguas, nos señalan que:

“los suministros de agua superficial son especialmente susceptible a externalidades de uso-cruzado, como cuando por embalsar una corriente de agua implica satisfacer ciertos objetivos (control de inundaciones, generación hidroeléctrica, usos recreacionales de las reservas) pero reduce o elimina la capacidad de satisfacer otros valores (belleza del escenario, usos recreacionales de la corriente misma, migración y desove de los peces anádromos). En estas y otras muchas instancias, los efectos de interacción entre los usuarios y los usos resultan en lo que referimos como rivalidad (*sustractability*): el aprovechamiento de un usuario del recurso reduce la cantidad o calidad del remanente que puede ser utilizado por los demás” (traducción propia).

Queda de manifiesto que la rivalidad se verifica en los distintos usos que se le pueden dar a un recurso. De esta forma, los usos extractivos del agua la dejarán indisponible para cualquier otro uso (*la rivalidad en el consumo es absoluta*), mientras que los usos no extractivos no siempre impedirán el desarrollo de otros muchos usos (*la rivalidad de existencia es relativa o, incluso, inexistente*). Sin embargo, lo anterior debe siempre matizarse, ya que a diferencia de muchos otros recursos, las aguas son renovables y, en atención a ello, se reintegrarán de algún modo al ciclo hidrológico. Así, una extracción no consuntiva de las aguas (esto es, con obligación de restituirlas al cauce) permite prever una posibilidad de uso futuro de modo más certero; en cambio, una extracción consuntiva (es decir, sin obligación de restitución) sólo permite la previsión de un uso futuro una vez completado el ciclo hidrológico y de acuerdo a la tasa de renovabilidad.

La polifuncionalidad de las aguas hace que su regulación sea aún más compleja que la de otros recursos. Con respecto a ciertos usos, en los que la rivalidad es menos intensa, el legislador ha estimado no regular de manera intensiva el acceso al bien, configurándolo como el ejercicio de una

libertad individual, o, en otras palabras, un acceso libre y abierto. Ello, sin perjuicio de que el ejercicio de esas actividades podrá estar sujeto a ciertas regulaciones para impedir que se produzcan las externalidades de uso - cruzado a las que hicimos referencia, como también para ordenar un uso conforme a la destinación natural de las aguas, evitar su contaminación, mal aprovechamiento y deterioro de la fuente, entre otros. Estas regulaciones, en consecuencia, sólo se comportan como normas de policía que facultan a la Administración para la conservación del recurso y para la preservación de la paz social¹.

Con respecto a estos usos, MARTÍN-RETORTILLO (1989, p. 688) nos señala que “Si el principio es la demanialidad y la concesión el paso obligado para adquirir titularidades, hay una primera excepción que debe ser destacada con interés. No se trata ahora de respetar anteriores titularidades o de vinculación alguna de carácter constitucional. El legislador es sensible a que hay una operatividad de los sistemas, un estar la ley y el derecho en beneficio general de los ciudadanos y no a la inversa. Se es consciente de que hay aprovechamientos cuya inocuidad general aconseja una desformalización y una simplificación, en definitiva, de la vida de los ciudadanos, que pueden lograr ventajas individuales muy valiosas sin detrimento del común. Tal es el caso de los que se pueden denominar «aprovechamientos propios de alcance limitado».”

Por el contrario, los usos que implican actividades extractivas, y, por tanto, mayor rivalidad, tienden a estar sujetos a una regulación más intensa en lo que concierne al acceso y aprovechamiento del bien, especialmente por su posibilidad de congestión y consecuente aumento de escasez. De ahí que tanto la doctrina económica como la jurídica hayan

¹ De hecho, muchos de estos servicios no extractivos prestados por las aguas, como la navegación o las actividades sanitarias, se comportarán económicamente como servicios que siguen la lógica de los bienes públicos, es decir no rivales ni excluibles. Este fallo de mercado implicará que nadie estará dispuesto a contribuir para la conservación del recurso dado que cualquier agente podrá comportarse como *free - rider* (gorrón), obteniendo parte del beneficio común sin haber contribuido al coste de conservación. Ello permitirá la intervención administrativa, sea a fin de establecer incentivos (u obligar) para que se logre tal contribución o, al menos, para regular el uso del recurso a fin de disminuir los gastos de conservación. Sobre el particular, *vid.* HAVEMAN, 1973, p. 869.

puesto especial atención a estas formas de aprovechamiento, sin hacer mayor referencia a los usos no extractivos.

La polifuncionalidad, entonces, también implicará una mayor posibilidad de congestión. El agua, por un lado, es un bien que admite una pluralidad de usos y, por el otro, es un bien indispensable para una gran variedad de actividades. La posibilidad de que el acceso al recurso se vea congestionado, dada la versatilidad del agua, es muy probable. Podemos deducir que, con relación a los usos no extractivos, la eventualidad de congestión parece ser menor, y, por tanto, no hay motivos para suponer una regulación intensiva por parte del ordenamiento jurídico en relación a las reglas de acceso a las aguas para tales fines. Por el contrario, los usos extractivos del agua pueden dar lugar a la intensificación de la congestión. Así, la regulación existente tiende a impedir el riesgo de que algunos usos, incluso de poco valor relativo, impidan la satisfacción de aquellos usos que la sociedad estima de mayor relevancia.

En este mismo sentido, EMBID (2006, pp. 185 y 186) nos señala que:

“Por otra parte y al margen de las características físicas del medio, también hay que destacar como causa determinante del resultado (...) la de encontrarnos ante un recurso natural, imprescindible para el desarrollo de la vida humana, de la economía, de los ecosistemas, lo que en realidad y sobre todo ocasiona una intervención inevitable de los poderes públicos sea para conseguir su preservación o para su más racional utilización con el lógico resultado de una publicación real, material del conjunto de las aguas (...)”.

El autor nos revela que la realidad fáctica en la que se encuentran inmersas las aguas, dada su polifuncionalidad, reclama a las herramientas del Derecho que acudan a garantizar y proteger esta situación.

En su auxilio, y en una perfecta armonía con las necesidades sociales que reclaman su injerencia, los ordenamientos jurídicos continentales tienden a cubrir y amparar las aguas por medio de la técnica de la publicación, instituida como un mecanismo de intervención

administrativa. Como veremos más adelante, la finalidad de la publicación, como manifestación del interés general de la sociedad, se revelará en la necesidad de tutelar la polifuncionalidad de las aguas e, incluso, en sistemas como el promovido por el Derecho chileno en vigor, promover que los derechos de uso extractivo sean asignados eficientemente. SANTAMARÍA PASTOR (2004, p. 93), haciendo referencia a aquellos bienes destinados primariamente al uso por parte de los sujetos privados (el uso por parte del *populus*), nos señala que “es necesario ordenar [*su uso*] para asegurar un aprovechamiento eficiente y racional del mismo, pero que puede llegar a ser consuntivo (...)”.

En suma, en el contexto del Derecho chileno, la polifuncionalidad de las aguas implica que éstas deben estar puestas a disposición del *populus* para su aprovechamiento particular, y de ahí que sean bienes nacionales de uso público en los términos del artículo 589 del Código Civil chileno (en adelante, “CC”)². Ahora bien, corresponderá al ordenamiento jurídico prever los mecanismos más idóneos para regular el acceso a los recursos hídricos. Como veremos más adelante, la menor posibilidad de congestión de los usos no extractivos de las aguas bien puede implicar que la constitución de derechos de aprovechamiento privativo sea innecesaria en cuanto el coste de creación de tales fronteras será mayor al beneficio que se reporte de las mismas, al tiempo que se ha argumentado que podría posibilitar la creación de monopolios provocando una escasez artificial (DEMSETZ, 1988, p. 23). Por su parte, la publicación podrá ser más intensa respecto a los usos extractivos de las aguas, particularmente en lo relativo a su forma de acceso, requiriendo incluso seguir un sistema concesional para la creación de derechos privativos y excluyentes de extracción. En este caso, la generación de esta clase de derechos ha sido económicamente justificada por ciertos autores, sea por la necesidad de evitar la “tragedia de los recursos comunes” (HARDIN, 1968, p. 1.245), sea

² El artículo 589 CC dispone lo siguiente: “*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.”

para permitir su racional asignación, atendiendo a la equidad o a la eficiencia, dependiendo del momento histórico.

CAPÍTULO II

SOBRE LAS DIVERSAS FORMAS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

La polifuncionalidad de las aguas hará que el legislador necesite plantear formas en que los particulares puedan aprovecharse de sus beneficios. Cualquiera que sea la definición que aquel legislador tenga respecto a su naturaleza jurídica, por tanto, debe reconocer a los individuos alguna forma de aprovechamiento que les facilite la realización de sus actividades económicas.

Enfrentado a las alternativas, el legislador puede optar entre accesos abiertos y libres para todo individuo, pero debe tener en cuenta las consecuencias de su actuar. La rivalidad entre los usos y la ausencia de mecanismos de exclusión pueden llevar a su tragedia. El uso intensivo del bien, sobre todo si consideramos su creciente polifuncionalidad y congestión, puede llevar a su sobre-explotación y repercutir, incluso, en la estabilidad de los ecosistemas.

Pero, como se ha argumentado, aunque las particularidades físicas de las aguas impedirán la construcción de derechos de propiedad que recaigan directamente sobre ellas, nada impide algún nivel de privatización para el acceso al recurso. Sin embargo, la creación de reglas de acceso restringido no liberará al bien de su tragedia, a menos que aquéllas sean complementadas por reglas de apropiación lo suficientemente definidas como para restringir su sobre-utilización.

El legislador, no obstante, se enfrentará a una disyuntiva, en tanto los sistemas restringidos bien pueden derribar los amplios brazos de la polifuncionalidad. La cuestión estará en determinar a quién corresponde la definición de las funciones más valiosas de las aguas: a la Administración, mediante una gestión centralizada de los recursos, supuesta concedora de

los mejores intereses de la nación en la distribución y uso de las aguas; o a los propios particulares, por medio de decisiones de mercado que respondan a los fines a los que éste le asigne un mayor valor.

En los epígrafes siguientes no pretendemos resolver todas estas cuestiones, que en definitiva se encuadran en un extenso debate ya secular, sino sólo dar cuenta de la fisonomía de estas alternativas y de sus principales consecuencias. El estudio estará principalmente dirigido a los modelos de solución que se han planteado históricamente, con especial énfasis en el Derecho chileno. La referencia histórica terminará en la legislación vigente, aunque sólo de manera enunciativa, en tanto una descripción más detallada será objeto de las siguientes partes de esta tesis.

§ 1. *Una visión de las formas de aprovechamiento particular de las aguas a partir de la denominada “tragedia de los recursos comunes”*

A. *La tragedia de los recursos comunes como resultado de la imposibilidad de exclusión: el acceso abierto al recurso*

El asunto de las formas de aprovechamiento de los recursos comunes se ha planteado en relación a la denominada “*tragedia de los recursos comunes*”. Para comprender cabalmente en qué consiste la citada tragedia, hemos de observar que la característica más definitoria de esta clase de bienes es que no podemos excluir a otros de acceder a ellos. De lo anterior podemos derivar que concurrirán a su goce todos los individuos que así lo deseen. Sin embargo, cada uno de ellos, particularmente considerado, ingresará al aprovechamiento del recurso común con miras a satisfacer su propio interés individual. Por ejemplo, en lo relativo a los usos no extractivos de las aguas, el acceso estará usualmente abierto a todos los individuos, sin que ninguno de ellos pueda impedir que otro sujeto pueda ingresar al disfrute de las aguas, consideradas bienes nacionales de uso público.

Para comprender el alcance de la expresión “*tragedia de los recursos comunes*”, HARDIN (1968, p. 1.244), nos explica como la “mano invisible” a

la que hace referencia SMITH³, no siempre conducirá al mejor interés público. Ello, en atención a que los seres racionales siempre tenderán a maximizar su propia ganancia. Así, HARDIN ejemplifica dicha cuestión argumentando que, actuando sobre un recurso común, como serían los pastizales, los individuos racionales se preguntarán qué utilidad les reportaría agregar una unidad más de ganado a pastar. El autor señala que esta utilidad tiene un componente positivo y uno negativo. El positivo es aquel beneficio particular que recibe el individuo al engordar sus animales y que sólo lo beneficia a él. El negativo es aquél que se produce a consecuencia del sobrepastoreo de los pastizales y que es compartido por todos. De esta forma, cada individuo agregará más y más animales a pastar con el objeto de aumentar su beneficio personal. Esto inevitablemente conducirá a la ruina del pastizal. Concluye el autor indicando que la ruina es el destino al que llegarán todos los hombres que buscan su propio interés libremente frente a un recurso común (HARDIN, 1968, p. 1.244).

El mismo autor expresa que una consecuencia económica que acarrea la noción de los recursos comunes es que dejan de estar valorados por las personas (HARDIN, 1968, p. 1.245). En este mismo sentido, GORDON (1954, p. 135) ya señalaba que:

“Así aparece, entonces, que hay cierta verdad en el aforismo que reza que la propiedad de todos es propiedad de nadie. La riqueza que es gratuita para todos no es valorada porque aquél que es lo suficientemente temerario como para esperar el tiempo propicio para usarla sólo verificará que ha sido tomada por otro. Los pastizales que el vaquero deja atrás no tienen valor para él, ya que mañana será comida por otro animal; el petróleo bajo la tierra no tiene valor para el taladrador, ya que otro lo extraerá legalmente; los peces en el mar no tienen valor para el pescador, porque no hay ninguna certeza que mañana estarán ahí para él si hoy son dejados atrás. Un factor de producción sin valor para los cálculos de los negocios de sus usuarios no aportará nada a sus ingresos” (traducción propia).

³ La tesis de SMITH, 2010, p. 293, se centra en la idea de que la búsqueda del beneficio individual por parte de las personas promoverá, como si fuera el efecto de una mano invisible, la consecución de intereses públicos.

B. El acceso abierto para los usos no extractivos de las aguas ante la posibilidad de tragedia

Si aplicamos lo descrito a las aguas, tendremos que previamente hacer una distinción en lo que se refiere a los aprovechamientos extractivos de los no extractivos. Así, en aquellos usos que no implican extraer aguas y con respecto a los cuales el acceso al recurso es usualmente abierto, podríamos sostener que se configura una posible hipótesis de tragedia. Pero este enunciado debe ser nuevamente matizado a efectos de distinguir los diversos usos no extractivos de los que da cuenta la polifuncionalidad de las aguas. Por supuesto que habrá algunos usos que difícilmente producirán un componente negativo, al menos relevante, en la utilidad del recurso común, de manera que las aguas corrientes no deberían verse sensiblemente deterioradas. En estos casos, la regulación administrativa probablemente no determinará una fórmula restrictiva de uso, sino, a lo más, exigirá el respeto al destino natural del bien, y creará simples fórmulas de ordenación para evitar un conflicto entre los individuos. Ejemplo de lo anterior se da en el uso de las aguas para fines recreacionales y de transporte (no contaminante).

Sin embargo, aún en el caso de ciertas utilidades no extractivas, existe la posibilidad de que se presente este componente negativo, principalmente en lo que se refiere a la contaminación de las aguas corrientes. Como señala HARDIN (1968, 1.245) esta tragedia no consiste en la sobre-extracción del recurso común, sino en añadir algo en las aguas, como desperdicios o materiales tóxicos o nocivos. Así, el hombre racional considerará que “su parte en el coste de los residuos que descarga en el recurso común es menor que el coste de purificación previo a tal liberación” (traducción propia). En este caso, la reacción normativa probablemente establecerá incentivos para que los individuos asuman el coste de la purificación, como ocurre con la promulgación de normas restrictivas (medioambientales) o el establecimiento de los correspondientes impuestos.

C. La congestión en los usos extractivos de las aguas como fundamento para la creación de mecanismos de exclusión y superación de la tragedia

Ahora bien, un acceso abierto a la extracción de las aguas sólo podría parecer admisible en cuanto no exista una previsión de la tragedia. Ello tendrá lugar en sociedades que no efectúan aún un uso intensivo del recurso que pudiere dar lugar a congestión. De este modo, la tragedia no debería ser un factor extremadamente relevante a ser tomado en cuenta por parte del legislador en aquellas sociedades en que, dado a su menor avance (como en Roma) o dada la menor necesidad de actividades extractivas de las aguas corrientes (como en regiones extremadamente húmedas), no se prevea la posibilidad de una sobreexplotación derivada de la congestión en los aprovechamientos extractivos.

En caso contrario, esto es, a medida que van aumentando las actividades que requieren de usos extractivos de las aguas, la tragedia se manifestará al menos como una grave lesión a los ecosistemas. Lo anterior, porque cada individuo estaría incentivado a extraer la mayor cantidad de agua posible para beneficiarse individualmente, sin tener en cuenta el perjuicio global a que se verán expuestos conjuntamente todos los usuarios. Es por ello que, a juicio de HARDIN (1968, p. 1.248), sólo se justificará mantener recursos comunes en caso de que exista una baja densidad poblacional. Pero, como los avances de las sociedades han dado cuenta de un fenómeno contrario, en que incluso la polifuncionalidad de las aguas ha ido en aumento, la lógica de los recursos comunes de acceso abierto debería ser abandonada. En este sentido, todo el razonamiento del autor se basa en que hoy por hoy existe una gran densidad poblacional con miras a seguir a creciendo, todo ello en un mundo limitado y en el cual existe libertad de procreación y estabilidad social consolidada.

La tragedia de los comunes puede ser incluso más compleja y acusada en el caso de que el recurso tenga una naturaleza fugitiva o móvil. Como señalan SCHLAGER, BLOMQUIST y YAN TANG (1994, p. 295), forman parte de esta clase aquellos bienes cuyas unidades están sujetas a un constante movimiento espacial, sin perjuicio de la facultad de captación por parte de sus usuarios. Ello implica que la característica esencial de estos recursos es que las unidades son móviles aun cuando se encuentren

dentro del sistema (*facility*), cuestión que evidentemente se presenta en el caso de las aguas corrientes. La mayor dificultad en la identificación de los usuarios en este tipo de recursos provocará, a juicio de los citados autores, un agravamiento de las externalidades de apropiación y provisión, a las que haremos referencia a continuación, hasta el punto de someterlo a un uso incluso más intensivo que otros recursos comunes, y, en consecuencia, a un mayor riesgo de sobreexplotación.

Siguiendo el esquema propuesto por OSTROM (2000, p. 90), los problemas de apropiación se refieren a la forma de asignar una cantidad fija de unidades de recurso de manera de evitar la atomización de ingresos que provocará, en caso de tratarse de un recurso de libre acceso, una explotación superior a la óptima, como queda demostrado conforme al modelo del dilema del prisionero (al que haremos referencia más adelante); como también a los conflictos ocasionados por las diferencias espaciales o temporales en el aprovechamiento del recurso, generando problemas de asignación. En referencia a los sistemas de irrigación, OSTROM y GARDNER (1993, p. 97) agregan que los problemas de apropiación se referirán a la asignación del agua para sus fines productivos. Así, podemos apreciar que existen externalidades de apropiación en el evento de que un usuario aumente su actividad extractiva de aguas (de unidades del recurso), reduciendo la capacidad extractiva de los demás apropiadores en la misma fuente. Por su parte, los problemas de asignación, agregan los citados autores, requieren de la heterogeneidad del recurso. Así, los distintos puntos o tiempos de extracción pueden relacionarse con una capacidad extractiva diferente. En el caso de las aguas, ello se traduce, por ejemplo, en las dificultades para la coordinación de los usuarios aguas arriba y aguas abajo, como también para establecer sistemas de turno en fuentes de caudal muy variable.

Por su parte, “los análisis de problemas de provisión se centran en la naturaleza productiva y dependiente del tiempo de la inversión en el recurso mismo” (OSTROM, 2000, p. 91). Sin embargo, el estudio de estos problemas requiere de una nueva distinción entre aquéllos que provienen del lado de la oferta o del lado de la demanda.

En el primer caso, la naturaleza común del recurso implicará que ninguno de sus usuarios tenga reales incentivos en llevar a cabo acciones o a generar una tecnología que propenda a su conservación, en tanto los beneficios obtenidos de ellas se comportarán económicamente como “bienes públicos”, permitiendo su aprovechamiento por parte de quienes no han contribuido en tales esfuerzos de conservación (*free-riders*, o gorriones).

Y es aquí donde nuevamente vale la pena volver a la distinción entre unidades y sistema de recurso. Las unidades extraídas evidentemente pasarán a ser bienes privados, rivales y susceptibles de exclusión, de manera que la naturaleza común sólo puede ser reputada del sistema (*facility*) y de las unidades indiferenciadas que aún forman parte de él. Por ello es que, ya relativo a los sistemas de riego, OSTROM y GARDNER (1993, p. 97) puntualizan que los problemas de aprovisionamiento se referirán a los costes involucrados en su creación y conservación. Ahora bien, como también señala OSTROM (2000, p. 68):

“Una vez que muchos apropiadores dependen de un sistema de recursos determinado, las mejoras al sistema están a disposición de todos los apropiadores de manera simultánea. Es muy costoso (y en algunos casos inviable) excluir a un apropiador de un sistema de recursos de las mejoras que se le han hecho al sistema mismo. Contribuyan o no, todos los apropiadores se benefician del mantenimiento que se le da a un canal de riego, a un puente o a un sistema de cómputo”.

Por su parte, desde el punto de vista de la demanda, los problemas de provisión requieren de la regulación de los niveles de extracción a efectos de no afectar negativamente el recurso. Pero en el caso de los recursos comunes de naturaleza fugitiva, la ausencia o, al menos, la mayor dificultad en la obtención de información precisa sobre los niveles de recurso existente, como asimismo de las causas de su posible fluctuación, probablemente provocarán un mayor interés de parte del hombre racional de utilizar más unidades del recurso que las necesarias a fin de asegurar su exclusividad sobre las unidades ya extraídas, bajo las ideas del “*first capture*” o “*use it or lose it*” (SCHLAGER / BLOMQUIST / YAN TANG, 1994, p. 298). Así, por ejemplo, los usuarios extractores de las aguas corrientes

probablemente no tendrán una información continua y actualizada sobre si la fuente está siendo agotada por una sobreexplotación aguas arriba, o si el menor caudal sólo tiene razón de ser en el cambio climático, si implicara menores precipitaciones. Por su parte, la mayor amplitud de personas que pueden estar haciendo uso del recurso sin conocimiento unos de los otros, especialmente importante si consideramos la unidad de las corrientes, hace difícil que cualquiera de ellos esté dispuesto a limitar voluntariamente sus facultades de extracción. En consecuencia, la dificultad en señalar una causa para el deterioro del bien y la falta de confianza entre los usuarios darán cuenta de una utilización superior a la óptima (SCHLAGER / BLOMQUIST / YAN TANG, 1994, p. 298).

En conclusión, la tragedia del recurso común se produce fundamentalmente porque se reúnen tres condiciones: *(i)* los individuos no tienen posibilidad de excluir a otros en el disfrute del bien; *(ii)* tampoco tienen asegurada una cantidad de recursos que aprovechar; y *(iii)* hay incertidumbre de la estrategia de los demás individuos. De este modo, la estrategia dominante (al menos, débilmente) de cada uno de los usuarios del recurso común, como veremos, será aprovechar la mayor cantidad beneficiosa posible, en tanto sólo el uso le reporta exclusividad y obtención de beneficios.

En otras palabras, la tragedia se producirá toda vez que, respecto al recurso común, no exista un derecho definido, exclusivo y excluyente de explotación, de manera de permitir al usuario excluir a otros de su aprovechamiento y que, de este modo, se cree un incentivo perverso para aprovechar la mayor porción posible del recurso con el objeto de evitar que otro lo haga antes que él. Ello da origen a una sobreexplotación o sobreutilización.

HARDIN (1968, p. 1.245), en su repudio por los recursos comunes, y apelando a la necesidad de ponerles término, señala dos alternativas: privatizarlos o mantenerlos como propiedad pública, pero asignando derechos para acceder a ellos. GORDON (1954, p. 135) añade que:

“Los recursos naturales de propiedad común son bienes gratuitos para los individuos y bienes escasos para la sociedad. Sujetos a una explotación sin regulación, puede que no produzcan renta; ello puede lograrse sólo con métodos que los transformen en propiedad privada o propiedad pública (del gobierno), en cualquier caso sujetas a una dirección de poder única” (traducción propia).

Sin embargo, y ya desde una perspectiva jurídica, la técnica de la *publicatio* de las aguas implicará que su justificación debe plasmarse en los mecanismos que se conceden a los particulares para su aprovechamiento. No basta, en consecuencia, con evitar la tragedia del recurso, sino que será necesario comprobar que tal cuestión ha sido tomada en consideración por el legislador en la configuración del régimen de utilización privada de las aguas, cuestión que no siempre es necesaria ni efectiva.

§ 2. *Las formas de utilización privada de las aguas conforme a la idea de “reglas de acceso” y “reglas de aprovechamiento”*

La estructura planteada por la doctrina económica a efectos de explicar la tragedia de los recursos comunes nos parece oportuna a efectos de describir las diferentes fórmulas de aprovechamiento que se conceden a los particulares, fórmulas que nos acercan al descubrimiento de los fines de la publicación. Para expresar nuestra posición a este respecto, creemos necesario iniciar con una distinción entre lo que denominaremos *reglas de acceso* al recurso común de lo que llamaremos *reglas de apropiación* de los beneficios que reporta dicho recurso.

Por *reglas de acceso* entenderemos aquellos criterios previamente establecidos para que los particulares puedan ingresar a disfrutar del bien, independientemente de si por medio de aquéllas se establecen o no mecanismos de exclusión con respecto a terceros. Sin embargo, observamos que parte de la doctrina económica se ha referido a este tipo de reglas como diversas formas de “propiedad” sobre los bienes. En este sentido, por ejemplo, BROMLEY y CERNEA (1996, p. 11), distinguen entre cuatro formas de propiedad respecto a los recursos comunes, esto es, propiedad estatal, propiedad privada, propiedad común y acceso abierto. Sin embargo, como ya advierten SCHLAGER y OSTROM (1992, p. 250)

siempre deben distinguirse las “reglas” de los “derechos”, de tal suerte que las primeras son normas que autorizan la realización de ciertas actuaciones individuales, mientras los derechos son tales actuaciones individuales autorizadas. En suma, respecto a los recursos comunes, la autorización no se refiere a una titularidad sobre el bien (propiedad), sino a la posibilidad de acceder a él y, eventualmente, a extraer sus beneficios conforme a una cierta regla de apropiación.

Ahora bien, una regla de acceso no resuelve el modo en que los particulares disfrutan de los beneficios que reporta un bien, sino sólo identifica quiénes pueden ingresar a hacerlo. Por ello es necesario dar cuenta de otro conjunto de reglas, aunque creadas en función de las anteriores, que regirá las fórmulas de aprovechamiento individual, y a las que, para estos efectos, denominaremos *reglas de apropiación*. Así, para SCHLAGER y OSTROM (1992, p. 250), en un contexto muy similar, haciendo referencia a los derechos que nacen de las diversas reglas operativas, y con relación a los recursos comunes, los derechos de propiedad más importantes (en un nivel operacional) son los de “acceso” y los de “extracción”, definiendo éstos últimos como aquellos que permiten obtener los “productos” de un recurso, como por ejemplo, pescar o apropiarse de aguas. En otras palabras, la posibilidad de utilización individual del recurso debe suponer la existencia de una norma que determine, no ya quién tiene derecho a acceder a él, sino cómo se procede a su utilización. Por ello, podemos definir estas reglas como aquellas disposiciones por medio de las cuales los individuos se asegurarán la exclusividad de los beneficios individuales que reporta el recurso común, mecanismos que variarán dependiendo del sistema de acceso elegido.

Dada la interdependencia entre ambos tipos de normas, nos parece apropiado seguir el análisis dando cuenta de las diversas reglas de acceso que ha reseñado la doctrina económica y, ya en ellas, ver las alternativas posibles para la configuración de las reglas de apropiación. Ello, en todo caso, principalmente en relación a las aguas, considerando sus propiedades características.

A. *Los sistemas de acceso abierto: reglas de acceso abierto y reglas de aprovechamiento temporal*

1. *Las reglas de acceso abierto como autorización general de uso*

Una primera forma de acceder a un recurso, y quizás la más básica, es por medio de la regla del acceso abierto (*open access*). Al contrario de lo que estiman BROMLEY y CERNEA (1996, p. 19), no creemos que la operatividad de esta regla tenga como núcleo distintivo o como condición necesaria, el hecho de que el recurso se encuentre inapropiado (a modo de un *res nullius*), sino que lo trascendental es que, independientemente de que exista o no una titularidad, se conceda una autorización general, común e ilimitada (*uti universi*) para aprovechar el bien. Como señala BRADEN (1985, p. 356), los sistemas de acceso abierto son aquéllos en que los individuos no pueden ser excluidos en el uso de un recurso, aún escaso.

Dada esta autorización general, esta forma de aprovechamiento supone, además, que ninguno de los usuarios pueda excluir a otros del uso del recurso, como también que ninguno de ellos tenga asignada alguna cuota ideal ni identificable en su disfrute, a modo de unidades de tiempo, espacio o cantidad. Y no puede ser de otro modo porque, en la base del sistema de acceso abierto, se encuentra la idea de un recurso (al menos, aparentemente) ilimitado, que no requiere del otorgamiento de una cierta seguridad en la posibilidad de uso por parte de los individuos previo a su utilización efectiva.

Piénsese, por ejemplo, en el disfrute común del aire o de las playas públicas, incluso, en el verano. Las reglas del *open access* se traducen, en definitiva, en normas de acceso que nunca podrán dar lugar a la exclusión, pero que no por ello estarán completamente exentas de ciertas reglas de uso. Por ello no nos parece adecuada una definición del sistema de acceso abierto basado en la idea de la ausencia de restricciones en la extracción o uso (RUNGE, 1985, p. 368), a menos que se matice indicando que tal falta sólo se refiere a la determinación de sus usuarios. En este caso, y dada la universalidad de beneficiarios, es imposible pensar en alguna suerte de acuerdo que éstos pudieren alcanzar como fruto de sus negociaciones, dado que los costes de transacción serían infinitos. Así, las reglas de uso

serán necesariamente impuestas por el legislador, y probablemente tenderán a evitar conflictos entre particulares y asegurar la estabilidad del recurso por cualquier medio que no afecte la universalidad del acceso.

2. *La regla del prior appropriation como regla de apropiación en los sistemas de acceso abierto*

Ahora bien, no es esta regla de acceso abierto la que podrá provocar la tragedia del recurso, sino el mecanismo de aprovechamiento individual que a ella corresponde. O, en otras palabras, como toda regla de acceso, su análisis debe ser complementado con la referencia a las reglas de apropiación. En el caso de que se trate de un sistema de acceso abierto, la única regla posible será la del *prior appropriation* o regla de primera apropiación, que se entiende bajo el supuesto de “primero en el tiempo, primero en el derecho” (*prior tempore, potior iure*). Esta regla pretende resolver el problema de la imposibilidad de exclusión en el acceso al recurso, asegurando a los particulares que, una vez hayan accedido a él, la exclusividad se dará con respecto al beneficio ya obtenido.

En este punto conviene distinguir los usos no extractivos de los extractivos del bien. En el primer caso, la regla del *prior appropriation* no servirá como mecanismo para apropiarse de una porción física del recurso común, sino para asegurar su disfrute temporal. Por ello, bastará con el uso actual y efectivo que una persona haga del bien para impedir que otro pueda excluirla de ese uso individual, por cuanto ha adquirido exclusividad sobre tal beneficio. Así, sólo una vez que la persona deja de disfrutar del bien, esta prerrogativa se desvanece. Ejemplo de ello se da en la utilización de las playas públicas: el individuo no tiene un derecho previo al uso de parte de la playa, pero una vez que ha ingresado en ella obtiene exclusividad del espacio ocupado, exclusividad que conservará todo el tiempo en que se mantenga en tal lugar.

Respecto a una actividad extractiva, en cambio, la regla del *prior appropriation* implicará que el particular se hará dueño de las unidades del recurso una vez extraídas. En consecuencia, el uso actual y efectivo del recurso, a fin de obtener exclusividad, siempre implicará proceder a la

extracción. Ejemplo de ello se da en la doctrina americana occidental del siglo XIX para los usuarios de agua denominada *prior appropriation*⁴, según la cual:

“los derechos de agua son concedidos a una persona según el uso beneficioso que ésta pretenda darle a una determinada cantidad de agua. Estos derechos perduran mientras se les otorgue el uso beneficioso que justificó su otorgamiento. Así, los elementos tradicionales para una apropiación válida son: la intención de utilizar las aguas para un uso beneficioso; una extracción actual de las aguas; y, su directa aplicación a un uso beneficioso” (GETCHES, 1997, pp. 74 - 75) (traducción propia).

El elemento central de este modo para utilizar de manera privativa las aguas se verifica con la apropiación directa y la utilización de las mismas sin necesidad de que exista una concesión. Lo que se origina es un derecho precario para utilizarlas (exclusivamente) mientras perdure su extracción de la fuente. “Esencialmente, el primer usuario de las aguas de una fuente específica mantenía un derecho que sería protegido en contra de las demandas de otros que vinieran más tarde” (GETCHES, 1997, p. 78) (traducción propia), lo que en doctrina anglosajona se ha denominado “*first in time, first in right*”. Así, cualquier persona podía ingresar a buscar aguas, sin que a su respecto existiese un derecho exclusivo y excluyente para

⁴ Como señala BAUER (1996, p. 183) “A mediados del siglo XIX los pioneros norteamericanos empezaban a conquistar y poblar las zonas centrales y occidentales del país, las grandes planicies más allá del río Mississippi y las montañas y desiertos del Oeste. Estas zonas eran más áridas que las del Este, de modo que la escasez del agua se hizo el factor determinante en toda actividad económica, sobre todo la agricultura. En un estado tras otro hubo que abandonar la doctrina ribereña, para fomentar el consumo de agua en el riego (aún en terrenos no ribereños), y acabar con la inseguridad de derechos compartidos. Se fundó la regla que “el primero en tiempo es primero en derecho”, y así en cada río se armaba una lista de derechos en orden de prioridad, con volúmenes determinados. La nueva doctrina se llamaba “apropiación previa” (prior appropriation), o simplemente “apropiación”, y se adoptó en todo el Oeste a fines del siglo pasado [siglo XIX] y a principios del actual [siglo XX]. Ella no sólo permitía la diversión de aguas, sino en muchas partes la requería para constituir el derecho. (La innovación fue impulsada por los mineros que llegaron a California durante la fiebre del oro, a partir de 1848. Ellos explotaban terrenos de dominio público y necesitaban tomar agua para hacerlo)”

impedir a otro buscarlas, como en el caso de mediar una concesión. Y, dado que la regla de apropiación es el *prior appropriation*, el primero que extraiga el agua, se hará dueño de las mismas, sin que tales prerrogativas concedan un medio por el cual las personas puedan asegurarse una exclusividad con anterioridad a tal extracción. Así, para GETCHES, (1997, p.76) “la medida de un derecho apropiativo es la cantidad que puede ser destinada a un uso beneficioso en un tiempo razonable utilizando una diligencia razonable” (traducción propia).

3. *La regla del prior appropriation ante supuestos de congestión y escasez*

Ahora conviene examinar estas materias en relación con la posibilidad de congestión en la utilización de los recursos. A estos efectos, entendemos por congestión la situación en que el recurso ha llegado a ser escaso, de manera que no existe una oferta suficiente como para satisfacer su demanda real. La escasez, en suma, no es un concepto absoluto, sino que debe apreciarse en función a las necesidades que por medio de aquél se pretende satisfacer, esto es, de su demanda. Ya nos señalaban CABALLER y GUADALAJARA (1998, p. 15) que:

“En algunos libros de economía, no muy antiguos, el aire y el agua se consideraban como ejemplos típicos de bienes sin valor económico por su teórica abundancia. Ambos pueden tener este significado en áreas geográficas poco pobladas, en las cuales existen grandes cantidades de ambos bienes sin utilizar. Algo parecido a lo que ocurrió en las primeras etapas de los regadíos, pero que no es válido en la actualidad. A medida que dichos bienes se emplean con mayor intensidad, disminuye su disponibilidad y se convierten paulatinamente en bienes susceptibles de asignarles un valor económico y proceder a su tasación”.

Por tanto, mientras no exista tal congestión, es de prever que los individuos no tendrán incentivos como para asegurar una exclusividad en el aprovechamiento del recurso. Pensarán que éste estará siempre disponible dado que no pronostican un supuesto de escasez. Siguiendo el ejemplo de las playas propuesto, por este motivo no todas ellas están

cubiertas de toallas o reposeras a efectos de que los particulares puedan reservar un puesto.

Por su parte, ya nos señala HARDIN (1968, pp. 1.244 y 1.245) que la congestión de un bien sometido a la lógica del acceso abierto conduce a su sobreexplotación y consecuentemente a la tragedia (ruina) del recurso. Lo que ocurre, como agrega BRADEN (1985, p. 356), es que el ejercicio del interés individual correrá en contra del interés colectivo de todos los usuarios, de tal suerte que, con una mirada cortoplacista, cada individuo pretenderá obtener el mayor provecho posible, incluso conociendo que parte del coste (derivado del deterioro del recurso) será absorbido por la comunidad y no únicamente por él.

Pero a estos efectos creemos conveniente seguir el modelo expuesto por DEMSETZ (1988, pp. 21 y 22), quien señala que siempre deben considerarse dos componentes en el grupo de derechos que conforman el “señorío” sobre un recurso, como son la exclusividad y la alienabilidad. DEMSETZ (1988, p. 21) define estos dos elementos de la siguiente manera:

“La exclusividad se refiere al derecho de determinar quiénes usarán un recurso escaso de una manera determinada. La noción de exclusividad, por supuesto, deviene del derecho de insistir que nadie más que el ‘dueño’ use el recurso, pero esta noción se extiende aquí para incluir el derecho del dueño de determinar quiénes más pueden usar el recurso. La alienabilidad se refiere al derecho de reasignar la propiedad a otro. Incluye el derecho de ofrecer a la venta a cualquier precio” (traducción propia).

Cuando la propiedad de un recurso es común, en principio, ninguno de estos atributos estaría presente. Así, por ejemplo, cuando existe un acceso abierto a usar las aguas, todos pueden ingresar a usarlas sin que exista mecanismo alguno para impedir que alguien las utilice, del mismo modo que nadie puede disponer de ese derecho de uso y transferirlo para admitir su reasignación. Como veremos, un sistema como éste ha sido históricamente admitido para el uso (extractivo o no extractivo) de las aguas en Roma y, actualmente, para configurar las formas de utilización no extractivas del recurso.

Sin embargo, el citado autor agrega que, cuando un recurso es verdaderamente escaso, estos dos elementos no pueden ser absolutamente eliminados. Así, la exclusividad se traducirá en el uso efectivo del recurso, de modo que nadie más puede ocupar la unidad que está siendo actualmente utilizada. Por su parte, la alienabilidad se verificará con alguna decisión de autoridad que implique, por ejemplo, cobrar por el uso del recurso.

Las ventajas de mantener el uso común o de privatizar el uso de un recurso se deben revisar según las circunstancias subyacentes al recurso mismo. Si se trata de un recurso común que se encuentra congestionado o en el cual los bienes que les utilizan a modo de insumo han subido sus precios, DEMSETZ (1988, p. 22) concluye que no es eficiente mantener un sistema en que la exclusividad y la alienabilidad se obtengan por dichos medios. Por su parte, cuando un recurso no se encuentra congestionado, imponer un mecanismo que privatice el acceso, puede terminar facilitando la creación de monopolios dado el establecimiento de barreras a la entrada. De hecho, JOHNSON y LIBECAP (1982, p.1006) explican que el rechazo a la creación de derechos de propiedad sobre esta clase de recursos se ha basado principalmente en un intento por evitar la creación de monopolios, basados incluso en la idea de igualdad constitucional. La verdad, creemos, es que cualquier forma de privatización puede derivar en el monopolio, sea que se trate o no de un recurso común.

A juicio de OSTROM (2000, p. 90), lo anterior se puede observar desde la perspectiva del dilema del prisionero. Así, en un recurso común en el que hay un acceso abierto e ilimitado “en el que no hay ningún límite en relación con quien puede apropiarse (...) Ningún apropiador tiene incentivos para dejar unidades de recurso para que otro apropiador las explote”. En este caso, en que el elemento de exclusividad no puede sino determinarse por el uso efectivo, la estrategia dominante de cada usuario va a tender a utilizar el mismo irrestrictamente, aun cuando no lo necesite.

Pero el dilema del prisionero, agrega RUNGE (1985, p. 368), sólo tendrá lugar en tanto nos encontremos en un juego binario (cooperar o no

cooperar para la consecución del interés colectivo) y la decisión de uno de los agentes altere el consumo del recurso por parte de los demás agentes. Así, si el recurso es abundante, las decisiones de consumo por parte de los demás probablemente no afectarán las estrategias de los demás usuarios. Piénsese, por ejemplo, en la decisión de una persona de tomar una bocanada mayor de aire que la habitual. En cambio, la escasez del recurso provocará una interdependencia en los individuos, a objeto de fijar una estrategia dominante, probablemente dirigida a la sobreutilización.

Ya nos señala BRADEN (1985, p. 356) que el sistema de acceso abierto crea una “incertidumbre de comportamiento” (o “incertidumbre estratégica”), conforme a la cual la interdependencia de los individuos provocará que éstos actúen tomando en cuenta las eventuales actuaciones por parte de los demás usuarios. En los recursos de flujo variable, añade el citado autor, se sumará la existencia de una “incertidumbre natural” (BRADEN, 1985, p. 356) dado el desconocimiento del nivel de recursos disponible a futuro. La suma de ambas incertidumbres, estima, resultará invariablemente en que el bien se expone a una sobreexplotación. Ello será así porque ambas incógnitas llevarán a los individuos a explotar más con el objeto de evitar que otro ocupe alternativamente el recurso y así perder su posibilidad de aprovechamiento futuro.

Como concluyen SANDLER y ARCE (2003, p. 357), aplicando la teoría de los juegos a los recursos comunes, la estrategia dominante derivará en el uso irrestricto del recurso por parte de ambos agentes, de modo tal que el equilibrio de Nash supondrá, a la larga, que todos resultarán perjudicados bajo la idea de la tragedia de los recursos comunes propuesta por HARDIN⁵. Explican dicha tragedia atendiendo a la siguiente

⁵ GOETZE, 1994, p. 79 explica el mismo resultado por la vía inversa, considerando el sacrificio que cada agente podría realizar para evitar la tragedia de los recursos comunes, sacrificio que se configuraría como una abstención de uso. Dado que dicha abstención sería considerada como una contribución en el sistema de los “bienes públicos” (*public goods*), se revela la posibilidad de *free – riders* (gorriones) que se beneficiarán de tal sacrificio sin efectuar una contribución recíproca. De este modo, el dilema del prisionero hará que la estrategia dominante sea la de no contribuir, esto es, a no abstenerse del aprovechamiento irrestricto del recurso.

figura, que supone un coste común (deterioro del recurso común) de 5 y un beneficio individual (por la utilización del recurso común) de 8.

		<i>Agente 2</i>	
		<i>No aprovecha el recurso</i>	<i>Aprovecha el recurso</i>
<i>Agente 1</i>	<i>No aprovecha el recurso</i>	(0, 0)	(-5, 3)
	<i>Aprovecha el recurso</i>	(3, -5)	(-2, -2)

La estrategia dominante, en este caso, será la de aprovechar el recurso, dado que el perjuicio que sufre el individuo por no aprovechar el recurso es mucho mayor que al utilizarlo. Y, como todos los individuos perciben el juego de la misma manera, todos a la vez emplean su estrategia dominante, es decir, aprovechar el recurso⁶.

Estos resultados serán más graves en la medida que existan más agentes competidores en la utilización del recurso, por cuanto la estrategia dominante será siempre hacer el mayor uso posible del mismo⁷. La congestión, por el motivo que sea, producirá entonces un deterioro exponencial del recurso común, a un ritmo cada vez más veloz. Ello porque el coste común (que en el ejemplo de SANDLER y ARCE era de 5) se replicará por cada nuevo usuario que ingrese al juego, circunstancia que no tendrá en cuenta cada agente individualmente considerado que, en su análisis coste/beneficio, sólo atenderá a la porción del coste común que le incumbe, pero no al coste común que su aprovechamiento implica para los demás (SANDLER / ARCE, 2003, p. 265).

Si se produce el resultado antes indicado, por supuesto indeseable bajo todo punto de vista, se tenderá al desarrollo de políticas públicas destinadas a evitar o, al menos, a atenuar el impacto de la estrategia dominante, que, como hemos visto, consiste en el máximo aprovechamiento del recurso. Estas políticas públicas, que tendrán

⁶ De este modo, el único posible resultado es el equilibrio de NASH, en el cual ningún agente cambiara unilateralmente su estrategia.

⁷ Para mayor información sobre el dilema del prisionero con jugadores múltiples en relación al sistema de acceso abierto, *vid.* RUNGE, 1985, pp. 369 – 370.

diferente cariz dependiendo de las razones que trasuntan la publicación de las aguas, redundarán al menos en establecer mecanismos de acceso limitado, a los que haremos referencia más adelante.

Sin perjuicio de lo anterior, existe otra tendencia para enfrentar las externalidades de los recursos comunes, que van más allá de la sola privatización. Así, RUNGE (1981, p. 595) nos señala que la “tragedia de los comunes” no tendría su origen en el dilema del prisionero, caracterizada por el estricto prevalecimiento de las estrategias individuales, sino que la externalidad a que da lugar el recurso común es más bien un “problema de incertidumbre”, que se traduce en que la decisión de aprovechar o no aprovechar el recurso, hasta su sobreexplotación, se toma bajo la incertidumbre del conocimiento de las estrategias de los demás usuarios del recurso.

Los individuos, al decidir de qué manera van a aprovechar el recurso, tomarán en consideración el comportamiento de los demás usuarios. A su juicio, para reducir la incertidumbre, que constituye la externalidad, son necesarias las reglas que adoptan los mismos usuarios. “Las reglas provienen de diversas formas, y la propiedad privada es sólo una de ellas” (RUNGE, 1981 p. 595) (traducción propia). Sin embargo, el mismo autor señala (1981, p. 602) que esta teoría no podría ser aplica en aquellos casos en que existe una regla de acceso abierto, dado que los usuarios, al no estar limitados en el ingreso, no podrían llegar a crear las reglas para poner fin a la incertidumbre.

4. *Excursus: aprovechamiento de las aguas en un sistema de acceso abierto: el modelo romano*

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. La distinción entre unos y otros atienden a distintos factores dependiendo del sistema, aun cuando exista controversia sobre el punto. En las fuentes (manantiales) y aguas estancadas (lagos, estanques y pantanos), el criterio parece ser el de su localización (GEREZ KRAEMER, 2008, pp. 75 y 115), de tal modo que éstas

fueron públicas o privadas dependiendo de su ubicación en terrenos públicos o privados. En las aguas corrientes, en cambio, el criterio cambia hasta exigir la perennidad del sistema (*“Publicum flumen esse Cassius definit quod perenne sit (D. XLIII. XII. I. III)”*).

Un ejemplo clásico del sistema de acceso abierto de las aguas, incluso para usos extractivos, se dio históricamente en Roma para las fuentes públicas. Para estos efectos, debemos empezar por aclarar el régimen jurídico general de las aguas como *res publicae*, aunque este concepto no parece haberse manifestado de modo uniforme en los diferentes pasajes del *Corpus Iuris*. Como comprueba COLOM (2006, p. 23), el concepto de *res publicæ* fue utilizado, al menos, en cuatro sentidos: como cosas pertenecientes a entes públicos o a la colectividad⁸, como *res extra commercium*⁹, como cosas fuera del comercio del Estado (inalienabilidad) y como equivalentes a los *res communis*.

Ahora bien, 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 (Digesto, 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 a los demás, de lo que derivaba la total apertura de los recursos para su uso dada la ausencia de factores de exclusión.

Sin embargo, esta idea debe ser matizada con la categorización de los ríos como *res publicæ*, concepto que, aunque también pueden suponer

⁸ De hecho, en el Digesto, I, VIII, 1, Gayo señalaba que las cosas públicas se reputaban que no estaban en los bienes de nadie, porque se consideraban de la misma universalidad (*“quæ publicæ sunt, nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur...”*).

⁹ En Digesto, XVIII, I, 72, Papiniano añadía que, hecho un pacto de venta sobre cosa pública (sagrada o religiosa), nada de esto se vendía (*“lege venditionis illa facta, si quis sacri, aut religiosi, aut publici est, eius nihil venit”*), de lo que derivaba su carácter de *res extra commercium*.

una utilización general, se caracterizaba precisamente por su afectación al uso público¹⁰. El carácter 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 sociológicas¹¹.

La inclusión de los puertos, vías pecuarias y caminos públicos en la misma categoría (Digesto, XLIII, VII, 1), nos otorga una idea de que su uso colectivo se refería, incluso preferentemente, a la facilitación del transporte, de la libertad ambulatoria de los hombres, sin dar luces sobre otras formas de aprovechamiento¹². Pero ya respecto al agua, su uso evidentemente excede la noción de vía de comunicación. Así, para el ejercicio de cualquier actividad, su aprovechamiento común se regulaba conforme a la lógica del *salve iuri tertii* (VERGARA BLANCO, 1998a, p. 308), al tiempo que el acceso libre se protegía mediante fórmulas interdictales populares (Digesto, XLIII, VIII, 2), negándose el interdicto en tanto se hubiese efectuado, en lugar público, un hecho que causare algún daño a terceros (Digesto, XLIII, VIII, 2)¹³.

¹⁰ En Insitituta, II, I, 2, se dispone que “*flumina autem omnia et portus publica sunt; ideoque ius piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque*”, de lo cual deriva una primera utilidad en la publicación de las aguas, como es su acceso general a fines de pesca. En similar sentido, Marciano reiteraba que los ríos y puertos son públicos (Digesto, I, VIII, 4) y Gayo que el uso de las riberas y de los ríos eran públicos por el derecho de gentes (Digesto, I, VIII, 5).

¹¹ Vid. FERNANDEZ DE BUJÁN, 2008, p. 234.

¹² De hecho, Pomponio agregaba en Digesto LXIII, XII, 2, que nada impedía que se condujese agua de un río público si el Emperador o el Senado no lo vedaban con tal que esta agua no estuviere empleada en uso público; pero no se permitía hacer esto, ya si era navegable, ya si en virtud de él otro se hacía navegable (“*quominius ex publico flumine ducatur aqua, nihil impeit, nisi Imperator aut Senatus vetet, si modo ea aqua in usu publico no erit; sed si aut navigabile est, aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere*”).

¹³ Esta misma lógica es la que impulsa a Ulpiano a disponer en Digesto, XLIII, XII, 1, “no hagas en río público o en su orilla ni introduzcan en río público o en su orilla, cosa alguna por la cual se haga peor para las naves la estancia o el paso” (“*Ait Praerot: ne quid in flumine publico ripave eius facias, ne quid in flumine publico neve in ripa eius immitas, quostatio interenavigio deterior sit, fiat*”).; y en Digesto XLIII, XIII, 1, que se veda hacer en el río público o en su orilla cosa por la que corra el agua de otro modo que como corrió en el

El régimen establecido por el Derecho romano para el aprovechamiento particular de las aguas parece articularse de manera bastante inorgánica. Pero adviértase que el interés general que justificaba la publicación de las aguas en Roma era precisamente asegurar su aprovechamiento general y común¹⁴. O, en otras palabras, garantizar un sistema de acceso libre (*open access*), de modo tal que la técnica de la publicación no podía ser complementada mediante la estructuración de títulos privativos para su aprovechamiento exclusivo. El interés del Derecho romano resultaba, entonces, 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.

Desde el punto de vista económico, hemos visto, este sistema de acceso libre y abierto (*open access*), provoca que la única manera de asegurarse de una porción determinada de aguas sea mediante su uso efectivo. Sin embargo, un sistema como tal sólo podría ser justificable en Roma en tanto podamos intuir la ausencia de congestión, incluso respecto a sus aprovechamientos extractivos. Sólo así es posible asegurar un modelo que, conforme a las lecciones del dilema del prisionero, no haya terminado por destruir los recursos hídricos, o, por lo menos, los ecosistemas dependientes de ellos.

Pero este sistema no necesariamente implica una ausencia absoluta de reglas de gobierno (*management*), sino sólo que éstas pueden modular la forma de utilización en todo lo que no se refiera a limitaciones en el acceso. De este modo, incluso en el Derecho romano, no sólo se aprecia la necesidad de crear ciertas reglas básicas de convivencia, en este caso, con mecanismos para asegurar una preferencia para la navegación y para que la explotación del recurso no redunde en el perjuicio a terceros, sino también

estío anterior, y que se otorga interdicto a fin que no menguen los ríos con derivaciones no concedidas, o a que cambiado el cauce no se cause perjuicio a alguno de los vecinos.

¹⁴ Aún cuando FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2008, p. 232, advierte de la existencia de un sistema concesional para la derivación de agua pública para usos particulares.

un sistema judicial de protección que asegure el respeto del aprovechamiento común y general, previo ejercicio de las correspondientes acciones interdictales.

Obsérvese que en aquellos sistemas en los que el interés de la publicación se dirige al establecimiento de reglas de acceso abierto, las reglas de apropiación se basan en ciertos principios que aseguren, al menos, la libertad, igualdad y gratuidad de acceso, como también su uso ordenado y conforme a su destinación natural. Cabe destacar, adicionalmente, las ideas que el uso del dominio público no debe impedir ni dificultar gravemente el aprovechamiento de los demás, ni causar daños al bien demanial (MONTT, 2002, p. 290). O, como bien resume PAREJO (2004, pp. 458 y 459)

“Es claro que el uso común, aun siendo tal, no es ilimitado y no lo es precisamente por corresponder simultáneamente y por igual a todos los ciudadanos. Pues, en otro caso, su afirmación implicaría al mismo tiempo su anulación, por imposibilidad de coexistencia... Con entera independencia, pues, el grado de precisión con la que el título habilitante determine el contenido y el alcance del uso común, ni uno ni otro pueden rebasar el umbral que representa el efecto consistente en menoscabar el uso que igualmente corresponde a los demás... Del límite que es así inherente al uso común deriva de suyo el carácter necesariamente normal, es decir, conforme con la afectación del bien de la utilización que suponga. La afectación lo es, en efecto, al uso general y el uso común es el que primariamente deriva de tal destino”.

Ahora bien, el modelo romano del acceso abierto a las aguas se conserva actualmente en el ordenamiento jurídico chileno sólo en lo que respecta a los usos no extractivos. De este modo, la regla de acceso estará abierta a toda persona, y la regla de apropiación se sujetará a la fórmula del *prior appropriation*. En consecuencia, la forma de aprovechamiento así dispuesta nos da luces sobre la finalidad de la publicación de las aguas, que, a este respecto, se traducirá en asegurar el acceso común y general de todos los administrados, sin posibilidad de crear mecanismos de exclusión.

B. Los sistemas de acceso restringido: reglas de acceso discriminatorio y reglas de aprovechamiento exclusivo y excluyente

Una regla de acceso restringido pretende, por un lado, conceder el uso exclusivo de un bien a aquél a quien se le ha otorgado el derecho de acceso, como, por otro lado, permitir a éste excluir a todos aquéllos a quienes no se les haya asignado tal derecho. Una primera cuestión de las que debemos hacernos cargo, al menos desde el auge de los planteamientos de OSTROM, se refiere a la fuente de las reglas que suponen una discriminación el acceso y aprovechamiento del recurso, especialmente sobre la conveniencia y posibilidad de que éstas sean producidas por los propios interesados (y no por la autoridad central).

Resuelto este punto, debemos retomar la idea del sistema de acceso restringido sobre la base de una regla de acceso que debe fundarse en un criterio de discriminación. Quien puede y quien no puede aprovecharse del recurso es una cuestión a ser resuelta sobre la base de criterios que superen las barreras constitucionales de la “igualdad en la ley”, de tal suerte que no resulte de una distinción antojadiza.

1. Sobre la fuente normativa de las reglas de acceso restringido: los sistemas centralizados y descentralizados para la creación de medios de exclusión

La tesis central de OSTROM (2000, pp. 36 - 48) consiste en desarticular la teoría que supone que el único modo de poner término a la tragedia de los bienes comunes consiste en “un Leviatán externo” que conduce a la idea de que los Gobiernos centrales deben controlar la mayoría de los sistemas de recursos naturales. Esta solución, aunque puede llegar a resultados óptimos, implicaría suponer “la exactitud de la información, la verificación de las capacidades, la credibilidad de las sanciones y los nulos costos de administración”. Asimismo, la vía de la privatización de los recursos comunes, generando mecanismos de exclusión por medio de derechos de propiedad, tiende a la idea de una imposición al comportamiento de los particulares, proveniente de una autoridad externa, aunque improbable en bienes de carácter fugitivo. Supone, en conclusión, que existe una vía alternativa en virtud de la cual

los apropiadores pueden establecer un contrato vinculante para comprometerse con una estrategia de cooperación forjada por ellos mismos, suponiendo que aquéllos sólo estarán de acuerdo en una estrategia de uso que suponga compartir equitativamente los niveles sustentables de rendimiento del recurso y los costes de hacer cumplir el arreglo.

La teoría desciende hasta formular que los propios interesados, quienes tendrían una información más completa acerca del comportamiento del recurso y de los demás usuarios, podrían establecer un conjunto de reglas encaminadas a determinar quiénes podrían aprovechar sus beneficios y en qué términos, siempre en un modelo cooperativo.

La primera regla a determinar por los propios usuarios es aquélla que establece *quiénes* tienen acceso al recurso, usualmente a modo de acceso restringido (*boundary rules* o “reglas de límites”), principalmente de manera de incentivar mecanismos de asignación, como también de generar confianzas que aseguren la actitud cooperativa (OSTROM, 1999, p. 510). Las reglas de autoridad, por su parte, se referirán a la *forma de utilización* del recurso, o, en otras palabras, al código de conducta a ser cumplido por cada apropiador. Se traducen en lo que hemos denominado como reglas de apropiación, aunque quizás de manera más amplia en cuanto no sólo se refieren a la determinación de un *quantum*, sino que también pueden suponer el establecimiento de formas particulares de extracción (por ejemplo, la definición de lugares, tiempos, tecnologías aplicables, entre otras).

Entonces, OSTROM supone que tanto las reglas de acceso restringido como las reglas de apropiación podrían provenir tanto de una autoridad central como de los propios interesados, decantando por estos últimos dada su mayor información sobre el comportamiento del recurso, de sus propias necesidades y de la sostenibilidad del sistema. Por ello, cabe observar que estas afirmaciones suponen que este tipo de normas tiene por primer objeto la salvaguarda del recurso y su alejamiento de la tragedia, sin asumir otros fines generales que pueden derivar de su conformación jurídica.

Queremos expresar, entonces, que se obvia aquí que el recurso también puede ser o no común dependiendo de una elección de política legislativa, y que su carácter de bien público (como *res extra commercium* e insusceptible de propiedad privada) puede provenir precisamente de la pretensión de satisfacción de un interés general o nacional. Y es esto lo que ocurre respecto a las aguas, al menos en la mayor parte de los sistemas continentales, y especialmente en el Derecho chileno, de tal suerte que todas las reglas de acceso y aprovechamiento del bien deben ajustarse a la satisfacción de tal interés general. En otras palabras, la posibilidad de dejar que los propios interesados fijen reglas de límites, de autoridad, u otras en torno al recurso siempre deberá estar condicionada al cumplimiento de los fines nacionales que han justificado la *publicatio*, cuestión que redundará en una dificultad mayor: determinar quiénes son los verdaderamente interesados en el gobierno del recurso y, por tanto, quiénes son los que deberían participar en la elaboración de tales reglas. La respuesta probablemente se centrará en alguna de las siguientes alternativas: o bien debe limitarse el poder de decisión de los interesados locales, de manera que las reglas que generen se inserten necesariamente en el campo delimitado por la *publicatio*; o bien se asume que las normas deben ser establecidas de modo general y abstracto por parte de la autoridad central, quien supuestamente representa los designios de toda la nación.

Es evidente que el Derecho chileno (como todos aquéllos que han optado por la publicación de las aguas para la consecución de ciertos intereses generales) ha optado por esta última alternativa. Y nos parece más lógica en tanto comprendamos que la técnica de la publicación se traduce en un título de intervención administrativa, precisamente para que la Administración cree las reglas que de mejor manera se ajusten a la finalidad constitucionalmente prevista. Permitir que estas reglas sean establecidas por los interesados locales probablemente se alejaría de este objetivo puesto que, como afirma OLSON (1992, p. 15), la primera finalidad de esta clase de organizaciones es la protección de los intereses de sus miembros, y no necesariamente de los intereses generales de la nación. Así creemos que, del mismo modo que “la acción individual no organizada... no será capaz de favorecer en absoluto ese interés común o no podrá favorecerlo adecuadamente” (OLSON, 1992, p. 17), la acción colectiva de

un grupo menor tampoco podrá satisfacer adecuadamente el interés nacional.

En suma, y a nuestro juicio, para la satisfacción de tal interés, el sistema de gobierno propuesto por OSTROM debería estar tan fuertemente restringido que, probablemente, perdería su sentido. Además, la determinación de los interesados convocados al foro que creará las correspondientes reglas de acceso y apropiación parece difícilmente delimitable en las aguas, en las que física y jurídicamente prima lo que se ha denominado el principio de unidad de la corriente. Particularmente en el Derecho chileno, esta idea queda reflejada en el artículo 3 CA, que dispone que *“Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoyo hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente.// La cuenca u hoyo hidrográfica de una caudal de aguas la forman todos sus afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos, y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente”*¹⁵. El concepto de interesados, en suma, puede terminar por integrar un número tan amplio de participantes que la posibilidad de acuerdos parezca lejana, a la vez que se incrementan exorbitantemente los costes de transacción. Ello sin perjuicio de que, en todo aquello que no afecte el elemento teleológico de la publicación, y siempre previa delimitación de los interesados, se permita a los particulares generar acuerdos para una mejor y más coordinada utilización del recurso, como ocurre en toda forma de actuación colectiva (por ejemplo, por medio de organizaciones de usuarios o sistemas de manejo de cuencas).

Un último elemento que puede alejarnos del modelo propuesto por OSTROM se refiere a la polifuncionalidad de las aguas. Los ejemplos empíricos propuestos por la citada autora tienden a suponer un grupo de interesados que profesan un mismo oficio, o, al menos, que efectúan un idéntico aprovechamiento del recurso. Su mayor homogeneidad permitirá

¹⁵ Para mayores referencias a este principio, *vid.* VERGARA BLANCO, 1997, *passim*, especialmente cuando en p. 41 señala que “De manera consecuente, para el Derecho de Aguas, que estudia los problemas de este recurso natural, es un imperativo considerar como base fundamental esta “unidad”, tanto respecto del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de los particulares sobre las aguas, como del ejercicio de las potestades del Estado en materia de aguas”.

adecuar sus intereses en tanto se simplifica el manejo de las externalidades. La polifuncionalidad, hemos señalado, produce externalidades cruzadas de uso, al tiempo que disgrega el interés común de los usuarios en una multitud de intereses menores difícilmente coordinables.

JOHNSON y LIBECAP (1982, p. 1.010), señalan que la facilidad de la contratación (de la acción colectiva) supone la homogeneidad, de modo que la diferencia de habilidades, márgenes e intereses supondrá un incremento considerable de los costes de transacción. De ahí que un sistema de distribución del recurso pueda ser difícil de alcanzar por medio de un acuerdo entre particulares. Imagínense, por ejemplo, las dificultades de acuerdo en el establecimiento de reglas de acceso o de apropiación entre regantes e hidroeléctricas, o entre asociaciones ecologistas y concesionarias de agua potable, y ello replicado en cada fuente de agua existente en el territorio nacional.

2. El acceso restringido como autorización discriminatoria de uso

Como hemos indicado, la tragedia de los recursos comunes ha llevado a la doctrina a asumir que el sistema de acceso abierto debe ser reemplazado por un sistema de propiedad privada o, al menos, de acceso restringido. A juicio de COOTER y ULEN (2002, p. 163), el punto de quiebre entre uno y otro sistema supone tener en cuenta que “una regla de acceso abierto provoca el uso excesivo de un recurso, mientras que los derechos de propiedad privada requieren la costosa exclusión de quienes no son propietarios”. Estos autores (2002, pp. 163 y 164), indican que aquél hecho:

“sugiere el momento en que una sociedad económicamente racional cambiará la regla legal para un recurso, del acceso abierto a la propiedad privada. Cuando el recurso no está congestionado y el mantenimiento de la frontera es barato, el acceso abierto es más barato que la propiedad privada. Pero a medida que pasa el tiempo, puede aumentar el congestionamiento y puede mejorar la tecnología del mantenimiento de la frontera. Eventualmente, podría llegarse a un punto donde la propiedad privada resulte más barata que

el acceso abierto. Una sociedad económicamente racional privatizará un recurso en el momento en que el mantenimiento de la frontera cueste menos que el uso excesivo del recurso”.

Para evitar la tragedia, las autoridades pueden establecer sistemas de acceso restringido, que económicamente podrán traducirse en la configuración de derechos de propiedad. Indicamos que se trata de una terminología económica dado que, desde el punto de vista jurídico, el resultado de la creación de tales mecanismos de acceso restringido no siempre podrán traducirse en derechos reales de dominio que recaigan sobre una porción determinada del recurso. Así ocurre, al menos, respecto a las aguas, en las que la imposibilidad de identificación de unidades dentro de la corriente, impedirá la configuración de un derecho real que recaiga directamente sobre ellas.

Para ello, se deberá adoptar una regla de acceso distinta a la del *open access*, que tenga por objeto establecer un número limitado de usuarios, para lo cual puede echar mano a cualquier cualidad o característica particular que permita efectuar una discriminación. Con una regla de acceso más restringida se crea una primera barrera que implica poder excluir a ciertas personas del aprovechamiento del bien, a la vez que, implícitamente, pretende beneficiar a ciertas personas que, atendiendo a la característica diferenciadora de la regla, ha obtenido una facultad de exclusión a su favor.

Sin embargo, para OSTRUM (2000, p. 90), tal acceso limitado supondrá un refuerzo de la exclusividad:

“donde un grupo bien definido de apropiadores debe depender conjuntamente de él para tener acceso a unidades de recurso, los incentivos que enfrentan los apropiadores dependerán de las reglas que gobiernan la cantidad, el tiempo, la ubicación y la tecnología de la apropiación, así como el modo como se supervisan y se hacen cumplir. La estructura de un recurso común de acceso restringido no es la de un juego del dilema del prisionero”.

A nuestro juicio, los sistemas de acceso restringido, en principio, sólo provocarán la disminución del número de posibles competidores, quizás hasta desacelerar la tragedia del recurso común, pero mientras no sean complementados con reglas de apropiación que no se basen en la primera apropiación (*prior appropriation*), probablemente no se resolvería la tragedia y quizás se mantendría la estructura del dilema de prisionero, aunque con menos agentes.

Podemos citar como ejemplos de reglas de acceso restringido, el sistema ripariano de uso de las riberas, las tarificaciones de acceso, los permisos de uso, los sistemas concesionales, entre otros. En ellas, los criterios distintivos se refieren al carácter de propietario de un terreno ribereño, a la titularidad que concede el previo pago de una tasa, o, incluso, el simple ajuste a un procedimiento administrativo que concede una cierta titularidad, y que permiten excluir a todos quienes no cumplen con tales condiciones o no han obtenido las correspondientes prerrogativas de acceso. Sin embargo, ninguna de estas reglas, independientemente, logrará evitar la tragedia del recurso. Piénsese en el ejemplo más simple: para reducir el número de usuarios de un determinado bien, la autoridad decide cobrar un canon (o tarifa) que incluso puede ir en aumento a medida que más usuarios decidan ingresar a él. Sin embargo, mientras el canon no se establezca en relación a la porción del recurso que podrá ser aprovechada, quien ya haya ingresado al bien seguirá incentivado a utilizar la mayor cantidad de recurso posible a efectos que no sea empleado por las demás personas que, al igual que él, han pagado por su ingreso. Imaginemos el simple caso de un restaurante con sistema de *buffet* libre, en que cada persona tiene que pagar un monto determinado para poder comer tanto cuanto desee. El sistema de acceso restringido (pago inicial) no evitará que, probablemente, cada individuo se sirva incluso más de lo que está dispuesto a comer a fin de asegurarse que el alimento que tanto le gusta estará a su disposición. En definitiva, los individuos asignan un valor de opción a la comida que se sirven de más.

3. Los modelos riparianos y concesional como sistemas de acceso restringido para la extracción de las aguas

Ahora bien, ya en relación con las aguas, los sistemas más habituales, histórica y comparadamente, pasan por el modelo ripariano y el concesional. A continuación nos referiremos brevemente a sus principales características:

La *doctrina ripariana* se basa en una regla de propiedad atada en que:

“cada propietario ribereño asentado en la orilla de un lago o en la ribera de un río tiene un derecho ilimitado al uso del curso de agua, sin perjuicio de la ubicación de su propiedad a lo largo del flujo del agua y sin importar el momento en que adquirió la propiedad o comenzó a hacer uso del agua” (BURNES / QUIRK, 1979, p. 25) (traducción propia).

Tradicionalmente, la doctrina económica ha tratado el sistema ripariano como un complejo en el que se conjugan dos factores: una regla de acceso y una regla de apropiación.

Como regla de acceso, el sistema ripariano implica un factor de atribución, la propiedad de la tierra ribereña, que basta para configurar la fórmula de acceso restringido al recurso hídrico. No obstante, COOTER y ULEN (2002, p. 162) explican que:

“se ata la propiedad de los bienes fugitivos [*como el agua*] a la propiedad asentada”, de manera que “con esta regla se evita la inversión excluyente (...) porque todos los derechos [*sobre la propiedad ribereña*] son ya propiedad de alguien, de modo que la regla no provee ningún incentivo para adquirir la propiedad extrayendo demasiad[a] [*agua*] prematuramente”.

Sin embargo, nuevamente creemos que un sistema de propiedad atada (como el ripariano) no siempre resolverá la tragedia del recurso, en cuanto ello dependerá de la configuración de las reglas de apropiación que a este modelo de acceso se añaden. El sistema ripariano, entendido únicamente como regla de acceso, no limitará la tragedia de las aguas en tanto supondrá una competencia (un juego del dilema del prisionero) restringido únicamente a quienes tienen el carácter de propietario de tierras

que deslinden con la fuente, pero, al tiempo que no asegura la disponibilidad del recurso sin mediar su previa extracción, ninguno de ellos tiene incentivos como para no sobreutilizar las aguas. Es decir, el sistema ripariano operará como una regla de acceso discriminado que, al determinar un cierto número de personas habilitadas para usar un recurso, genera respecto de ese grupo un medio de exclusión con respecto a los que no pueden acceder (los “no ribereños”). Sin embargo, entre aquéllos que conforman el grupo de personas autorizadas a hacer uso del recurso, no necesariamente existe exclusión. Lo anterior se debe fundamentalmente a que estos usuarios no tienen una potestad definida y excluyente relativa al uso del recurso que les permita excluir a otros de su disfrute.

Sin embargo, dado que el sistema ripariano puede suponer el acceso de una pluralidad de usuarios (por supuesto, todos ellos ribereños), el modelo requerirá alguna mención a las reglas de apropiación. En este sentido, una primera premisa usualmente supondrá que:

“los riparianos tienen derecho al flujo de agua que corre en la orilla de sus tierras en el sentido de que no se produzca alteración o disminución de ese flujo”, añadiendo que, la coordinación de los derechos de los riparianos entre sí, debería suponer que sus derechos “son correlativos y los facultan a cuotas proporcionales en los usos de un caudal” (BINGHAM, 1934, p. 254) (traducción propia).

Para estos efectos, la doctrina extranjera ha ido elaborando criterios para consolidar tal correlación, principalmente bajo el principio del “uso razonable”. El establecimiento de un criterio, más que una precisa unidad de volumen / tiempo, supone que cualquier eventual discusión sobre el establecimiento de una cantidad fija dependerá de una decisión jurisprudencial.

Así, BURNES y QUIRK (1980, p. 115) nos indican que “la doctrina ha sido interpretada para que los riparianos puedan retirar las aguas que sean “razonables” en relación a las necesidades de los riparianos río abajo” (traducción propia). Este criterio del “uso razonable”, como límite a las

extracciones de aguas, ha llevado a la doctrina a determinar sus confines, de modo tal que se ha estimado que:

“(…) un derecho ripariano pertenece sólo a los usos de la tierra ribereña. Usos en otros lugares ajenos a aquellos de la tierra ribereña (...) no pueden estar protegidos o justificados bajo él [*derecho ripariano*]” (BINGHAM, 1934, p. 153) (traducción propia).

El “uso razonable” al que hacemos mención tiene su sustento en una comunidad de usos riparianos que se van moldeando proporcionalmente de acuerdo a los requerimientos de los predios ribereños. Predios ribereños que le dan origen y que configuran el límite de la doctrina ripariana. Por ello, aun aplicando el criterio del “uso razonable”, si se pretendiera que las aguas fueran utilizadas de tal manera que se asignasen a sus usos de mayor valor, el sistema ripariano actuaría como una piedra de tope. Lo anterior, atendiendo a que todos los usos compiten en un sistema proporcional, independiente del valor del uso que se le dé al agua. Se atiende, más bien, a un criterio equitativo de reparto entre los distintos ribereños que debe respetar todos los usos, impidiendo limitar las necesidades de otros predios, aun cuando fueran económicamente irrelevantes.

Como se colige de lo anterior, el sistema ripariano en estado puro no puede dar cuenta de una unidad extractiva independiente (absoluta), sino que sólo puede establecerse en relación con los demás derechos, es decir, de una manera interdependiente (o relativa). Por este motivo, y dado que probablemente variarán tanto el número como los requerimientos de los ribereños, es que los derechos a los que dan lugar las reglas de apropiación son esencialmente variables e indefinidos. Como nos señala MILLIMAN (1995, p. 43):

“El resultado es que un derecho ripariano no otorga ninguna certeza de una cantidad definida de agua y eso hace que pierda su significado como verdadera propiedad. Esta falta de cuantificación crea incertidumbre en el tenedor individual del derecho y para todos los propietarios en un curso de agua. El intercambio o la transferencia de derechos de agua entre usos

competitivos y usuarios mediante el mercado es severamente obstaculizado, y la asignación del agua entre usuarios alternativos es llevada a cabo esencialmente por el criterio de un juez” (traducción propia).

En razón de lo anterior, una regla de apropiación que no pueda definirse en la unidad y que no se comporte de manera autónoma genera ciertos inconvenientes. En este sentido, CIRIACY - WANTRUP (1955, p. 877) nos indica que los:

“Derechos riparianos son “equivalentes” y, por ello, inciertos e inseguros en términos de una definición cuantitativa. Si la demanda de agua basada en derechos equivalentes excede la oferta, alguna forma de racionamiento se hace necesaria. Este racionamiento, como cualquier otro establecimiento autoritario de derechos de aguas entre reclamantes, es una función de los tribunales; es comúnmente denominada ‘adjudicación’” (traducción propia).

Ello nos deja de manifiesto que la doctrina ripariana requiere, en caso de exceso de demanda (congestión), de la creación de reglas de apropiación definidas que determinen unidades a extraer fijadas independientemente de otros derechos extractivos.

A nuestro juicio, separando ambas clases de reglas, resultará que los sistemas riparianos admiten la creación de otros criterios de apropiación de las aguas distintos a los del señalado uso razonable, proporcional y correlativo a demás propietarios ribereños. A juicio de CIRIACY - WANTRUP (1955, p. 877, n. 11):

“(…) En algunos Estados que aplican la doctrina ripariana (…), un sistema de permisos es utilizado para los usos extractivos. Ello constituye un primer paso en la dirección de la apropiación. En la medida que se van limitando el número de permisos, en la medida en que se van emitiendo para ciertas cantidades y condicionándolos en otros sentidos, el modelo se va aproximando al sistema del *prior appropriation* en todo sentido, salvo en su denominación” (traducción propia).

En otras palabras, el sistema ripariano termina por desvirtuarse en la medida en que las reglas de apropiación sean determinadas por un *quantum* si se utilizan en los usos extractivos, acercándose cada vez más a lo que entendemos por un sistema concesional, sobre todo si la determinación del *quantum* es realizada a efectos de permitir la transferencia del derecho a un no-ripariano.

En suma, un sistema ripariano, por la especial configuración de los derechos de aprovechamiento que origina, no puede propender hacia una asignación eficiente del recurso. El hecho de que la determinación de los derechos sea correlativa a los demás usuarios y en función de los usos del predio ribereño, además de la circunstancia de impedirse su transferibilidad, necesariamente conduce a un desajuste entre las reales necesidades que se devengan con respecto a las aguas y los usos a que está destinada.

Por otro lado, el *sistema concesional* parte de una base completamente diversa, suponiendo la existencia de un acto por el cual la Administración “amplía los derechos del administrado, pues la palabra misma -concesión- indica que la Administración entrega alguna facultad o derecho - poder, en fin - al interesado” (VERGARA BLANCO, 1992, p. 262). La publicación del bien supondrá, en este caso, que los administrados deben tener acceso a alguna fórmula de uso del bien, ya no a modo de libre acceso, sino respetando el procedimiento legalmente establecido y conforme a los contornos del derecho *ex novo* que surge en virtud de este último a efectos de cumplir con la finalidad prevista. Este derecho se configura como una potestad pública administrativa, que, más que recaer sobre un determinado bien, admite la realización de una cierta actividad con respecto a los bienes del demanio, sujetándose estrictamente a los términos del derecho concesionalmente constituido.

En el sistema concesional, la regla de acceso ya no se sujetará a una propiedad principal, como es la propiedad de la tierra en el sistema ripariano, sino a los requisitos previstos por el legislador para el cumplimiento de la finalidad que justificó la publicación de los bienes. La regla de acceso, por tanto, será neutra, y su extensión estará determinada

por el elemento teleológico o finalidad que ilumina la publicación. En un sistema medieval, por ejemplo, el modelo concesional (bajo la denominación general de “mercedes”) probablemente se sujetaba a la idea de privilegio, concedida a una persona en atención a su posición social o a otros atributos personales. En la actualidad, en cambio, la regla de acceso suele ser lo bastante amplia como para aceptar que cualquier persona pueda seguir el procedimiento concesional hasta la obtención del derecho subjetivo público que le permita aprovechar el bien público. La limitación, hoy por hoy, no suele estar dada, en consecuencia, por características personales del concesionario, como sí a las garantías que puede ofrecer para la mejor realización de las actividades a ser desplegadas por éstos en relación al demanio. Ello no se opone a que, atendidas las finalidades de la *publicatio*, la posibilidad de optar a una concesión quede vinculada a elementos que carezcan de neutralidad de frente al concesionario. En suma, lo que define los requisitos para obtener una concesión está directamente determinado en atención a la finalidad de la publicación.

Ahora bien, para la comprensión de las reglas de apropiación, bien vale la pena tener en cuenta lo expresado por VERGARA BLANCO (1992, p. 263), en el sentido de que “La Administración, en este caso, no se encuentra con situaciones jurídicas previas: las crea, las configura, las delimita”. En otras palabras, el “pliego de condiciones” que marca el límite de las facultades concedidas al particular (VILLAR PALASÍ, 1950, p. 88), o, en otros términos, las características y extensión de las reglas de apropiación dependerán del contenido de las facultades concedidas a los administrados en relación al bien público, contenido que será más o menos amplio dependiendo del elemento teleológico o finalidad justificativa de la publicación. Esta neutralidad, esta posibilidad que se concede al legislador para completar el régimen sin más orientación ni limitaciones que las que impone la satisfacción del interés general, es la que permite que las reglas de aprovechamiento sean tan diversas como finalidades se pretendan cumplir, cuestión que desembocará, en lo que nos interesa, en la permanente mutación del Derecho de aguas chileno, a pesar de que, ya desde el Derecho indiano, siempre se haya seguido el modelo concesional.

4. *La configuración de reglas de apropiación para las unidades no identificables*

Ahora bien, la existencia de un sistema de acceso restringido, a diferencia del *open access*, permite la configuración de reglas de apropiación diferentes a la primera apropiación (o *prior appropriation*). La definición de un grupo determinado de competidores permitirá que quien esté encargado de la gestión del recurso (autoridad central o local) determine una forma de asignarlo de modo de evitar su tragedia y, a la vez, conseguir otros objetivos de política económica y jurídica que se deseen satisfacer. Este segundo aspecto es particularmente relevante en caso de que el bien sea económicamente un recurso común, pero se encuentre jurídicamente publicado a efectos de satisfacer un interés general.

Por tanto, a efectos de configurar un medio de exclusión (dentro del grupo) y evitar la tragedia de los recursos comunes, será siempre necesario crear una regla de apropiación. En los casos en que la unidad se encuentre indiferenciada dentro del sistema de recursos, la regla de apropiación deberá traducirse en la generación de mecanismos que permitan diferenciarla, no ya física, sino virtualmente. Por ejemplo, la creación de una regla temporal no cumple tal finalidad: si se permite a quienes ya han obtenido acceso al recurso (los propietarios ribereños) extraer recursos dentro de una determinada franja horaria, el dilema del prisionero probablemente redundará en la búsqueda de tecnología que le permita extraer la mayor cantidad posible, llevando nuevamente a su sobrexplotación. Tampoco lo hará, por ejemplo, la distribución física de los usuarios en el sistema del recurso, por cuanto probablemente se desarrollarán medios para atraer las unidades hacia el punto geográfico conferido.

Así, la forma de impedir la tragedia será mediante la creación de derechos (como medios de exclusión) que determinen una unidad de medida para su extracción. Por ejemplo, para el caso de las aguas, esta unidad de medida podrá estar configurada por un determinado volumen por unidad de tiempo (metros cúbicos anuales, litros por segundo, entre otros). O, al menos, que se fije un criterio para su determinación, como ocurre con el citado principio de “uso razonable” como complemento del

sistema ripariano en los Estados Unidos, o el “uso conveniente” al que en su momento hizo referencia el Derecho chileno (artículo 834 CC original, que citaremos más adelante). A nuestro parecer, esta creación de cuotas individualizadas, conlleva una cierta privatización del aprovechamiento extractivo del recurso, aliviando igualmente la tragedia del recurso común.

En el caso del sistema concesional, la neutralidad a la que antes hiciéramos referencia, permitirá la configuración de un derecho en términos bastante más precisos que el sistema ripariano. Dado que ya no es necesaria su unión a la tierra, y, por tanto, a unidades invariablemente unidas al beneficio del predio, el derecho *ex novo* bien puede ajustarse a una medida absoluta, aunque en ciertos extremos, como la sequía, pueda verse afectada para efectos de un racionamiento proporcional.

Obsérvese, sin embargo, que se trata ésta sólo de una posibilidad, por cuanto la finalidad de la publicación bien puede sostener modelos completamente diferentes, aun relativizando el derecho público subjetivo al ejercicio de ciertas actividades o, incluso, a medidas predeterminadas en relación a tales usos. De un extremo a otro ha girado el Derecho chileno, como resultará visible de la exposición que realizaremos a continuación de la legislación aplicable.

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

“Exigen éstos [*los bienes públicos*] la intervención del Poder público, en el disfrute y aprovechamiento de aquellas cosas que, aunque son de uso común, no bastan para el consumo de todos. La sociedad no puede abandonarlas al interés o la codicia individual sin ocasionar grandes perturbaciones en el orden público; y el fomento de la riqueza exige por otra parte que se dé la preferencia a aquéllos aprovechamientos que más puedan contribuir a ella, distribuyendo esos bienes comunes con la misma economía y acierto con que un prudente padre de familia distribuye los suyos. Con estas razones sostienen

los escritores consagrados al estudio de este ramo especial de la Administración pública la conveniencia de declarar del dominio público todas las corrientes de aguas como único medio de distribuirla con acierto y de conciliar las necesidades de la navegación, de la agricultura y de la industria”.

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

§3. *Perspectiva histórica: los modelos de reglas de acceso y apropiación ante el uso extractivo de las aguas*

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

En el Derecho hispánico medieval surge una tendencia patrimonializadora de los bienes que actualmente denominaríamos como públicos. De tal suerte, aún bajo el influjo del Derecho romano, se entendía que tales bienes (incluyendo las aguas) eran comunes, en cuanto destinadas al uso común (VERGARA BLANCO, 1998b, p. 235). Conceptualización ésta que, luego, fuera patrimonialmente aclarada situando las aguas en la categoría de la *iura regalia*, o bienes patrimoniales del Rey. La regalía evolucionará desde una concepción personal de patrimonio del Monarca, a una idea institucional de patrimonio de la Monarquía o de la Corona (VERGARA BLANCO, 1998a, pp. 45 – 47).

En el Libro VIII, Título V, Ley XXXIX del Fuero Juzgo (654), se advierte una cierta dualidad en el tratamiento del *aqua profluens*. Por una parte, en los grandes ríos (calificados por fines de pesca o navegación) se asignaba un derecho preferente de uso a los propietarios ribereños, admitiendo incluso su cierre hasta la mitad del río, y, por la otra, se

aseguraba a todos los hombres que al menos la otra mitad quedaría libre para su uso común. Estas mismas ideas se reiterarán luego en el Fuero Real (1252 – 1255). El Libro IV, Título VI, Ley VI disponía que ningún hombre podía cerrar los ríos mayores, nuevamente calificados por sus fines de pesca o navegación. En cualquier caso, los propietarios ribereños podían usar las aguas que les fueren necesarias, con tal que no se afectare el paso de las naves ni a los pescadores, bajo el apercibimiento de sanción pecuniaria.

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

Sin embargo, paralelamente existen algunas referencias a una cierta titularidad del Monarca respecto a las aguas, una regalía, como se aprecia en las leyes de las Cortes de Nájera (1137), cuando se dispone que “*Todas las aguas, é pocos salados que son para facer para sol, é todas las rentas dellas, rindan al Rey, salvo las que dio el Rey por privilegio, ó las ganó alguno por tiempo en la manera que devía*”. Nociones estas que se reiteran en el Ordenamiento de Alcalá (1348), en Ordenanzas Reales de Castilla (1484) y en la Nueva Recopilación (1567). Esta tendencia se manifestó con mayor fuerza en el Reino de Navarra que expresamente consideraba todos los ríos como regalía del Príncipe (excluyendo únicamente los que nacían en terreno particular, que, por su escasa cantidad o por no ser perennes no pudiesen emplearse en utilidad pública), de modo que el acceso particular sólo podía lograrse por medio de real licencia¹⁶.

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

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

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

Una síntesis de ambas tendencias se revela en la Novísima Recopilación de las Leyes de España (1805), en tanto la Ley 1, del Libro IX, Título XVIII, disponía que las pilas y fuentes (así como las minas y pozos de sal) pertenecían a la Corona, ordenando se recaudasen a su favor todas las rentas que de ellas derivasen, y que nadie se entrometiese en ellas, salvo que hubiesen recibido privilegio o los hubiesen ganado por tiempo inmemorial. Adicionalmente, la Ley VII, Título XXVI de su Libro VII disponía la prohibición de cerrar o embargar canales y ríos que entraren por los términos de las ciudades y villas, por donde soliesen andar los navíos y pescadores, y aprovecharse de ellos de otros oficios, de que comúnmente acostumbrasen aprovecharse de ellos los vecinos de tal lugar y tierra, cuando los hubieren menester, bajo el apercibimiento de una sanción de seiscientos maravedíes y la orden de poner fin al embargo o cierre a su costa. La excepción, sin embargo, ya no se daba respecto a los

propietarios ribereños, sino respecto de aquéllos que “*mostraren privilegios de los Reyes donde Nos venimos*”, pudiendo ejercerlos conforme a los términos del privilegio otorgado, o conforme “*se le da por juro de heredad*”.

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

La Ley VI del mismo título agregaba que los ríos (navegables), puertos y caminos públicos pertenecían a todos los hombres comunalmente, independiente de su nacionalidad. Como señala GALLEGO ANABITARTE (1986, p. 131), se ha producido aquí una síntesis entre los *res comunis omnium* y los *res publicæ* del Derecho romano. Su carácter común embarazaba a los propietarios de los terrenos ribereños, quienes no podían objetar las actividades de aprovechamiento efectuadas por cualquier persona, incluyendo, ejemplarmente, el atraque de los navíos, la venta de mercaderías y otras semejantes. Ahora bien, una característica especial de este régimen parece advertir, a la vez, limitaciones en las formas de aprovechamiento y una escala de preferencia en los diversos usos de los recursos hídricos. Así la Ley VIII, agregaba que no podían construirse molinos ni otros edificios si ello embarazaba el uso común de la navegación, y la Partida III, XXXII, XVIII agregaba que sólo podía construirse un nuevo molino si no se embargare o menguare el corrimiento

de agua de un molino anterior. Y he aquí una primera referencia a un criterio de restricción como regla de apropiación de las aguas, fijado al menos en atención a la posibilidad de embargo o mengua a otros usuarios (molineros), conforme a un régimen de preferencia temporal.

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

Como anotan CALVO y PEREYRA (1862, pp. 8 y 9), la propia naturaleza del bien hacía también que el dominio no tuviese un carácter absoluto, sino que debía respetar los iguales derechos que se habían concedido a los demás propietarios ribereños. El agua viva, la unidad de la corriente, hacía que cada derecho debiese estar esencialmente limitado a no perjudicar los derechos del resto. Ello suponía, por una parte, que el propietario inferior no podía rechazar la corriente que venía de más arriba, como tampoco el propietario superior podía evitar injustamente su corrimiento. Pero estas limitaciones (este interés colectivo en la conservación natural del cauce) no se justificaba en la publicación de los ríos no navegables, satisfaciéndose aquél mediante la mera tutela judicial del cumplimiento de las limitaciones antes señaladas.

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

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

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

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

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

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

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

*adquiera más derecho que el que corresponda por las leyes comunes, atendida la antigüedad y preferencia en la merced entre los varios interesados*¹⁸.

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

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

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

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

¹⁹ Nótese que LIRA y DE LA MAZA, 1940, p. 8, explican la referencia a las ordenanzas locales por las diferencias hidrográficas que existen en todo el territorio nacional, que dificultan, a su juicio, la promulgación de reglas generales en esta materia.

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

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

a. *La supervivencia del sistema ripariano en el Código Civil*

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

A su vez, VERGARA DUPLAQUET, 1960, p. 11, agrega que Andrés Bello previó “las dificultades que presentaba la materia en razón de la falta de conocimiento práctico y sin duda pesó en él la idea de que era menester que se ordenara y consolidara la propiedad sobre la tierra primero, para llegar luego al sano repartimiento de las aguas; dejó así a la mayor experiencia de las generaciones posteriores, la tarea de legislar sobre éstas en forma completa.”

especiales. Les basta su calidad de dueños de las heredades atravesadas o circundadas por el cauce natural”, a lo que CLARO SOLAR (1979, T. IV, p. 72) agregaba que:

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

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

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

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

propietarios ribereños²¹; o cuando las aguas hubiesen sido necesarias para los menesteres domésticos de todos los habitantes de un pueblo vecino.

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

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

Pero la doctrina y jurisprudencia sólo alejaron la lógica concesional del ámbito estrictamente privado, pero no toda la configuración del

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

derecho que conformaba la merced. Este derecho fue caracterizado entonces como “derecho real”, bajo la denominación del artículo 577 CC, como aquéllos que se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Y, como tal, susceptible de dominio (amparado por la acción reivindicatoria) y de posesión (amparado por las acciones posesorias) (LIRA / DE LA MAZA, 1940, pp. 19 – 21).

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

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

Punto común de todas estas clases de mercedes consistía en que su obtención dependía del pago de ciertos derechos (con excepción de las mercedes para usos domésticos) y que su cesión o transferencia quedaba

sujeta a la obtención de una autorización administrativa, dando lugar al pago de nuevos tributos. El procedimiento concesional previsto en el Decreto Ley No. 160, de 1924, suponía un decreto de concesión provisoria sujeto al pago en tesorería de la suma en él determinada (dependiente de las hectáreas a regar, de los litros a utilizar en las labores industriales o de los caballos proyectados para la fuerza motriz), pagos que debían ser renovados cada diez años, bajo el apercibimiento de la caducidad de la concesión. El decreto de concesión definitiva, por su parte, estaba sujeto a la presentación de un proyecto definitivo y, nuevamente, al pago de una tasa ascendente a la mitad de las cantidades fijadas para las concesiones provisionales. Estas circunstancias daban cuenta de la subsistencia del interés en la obtención de ingresos para las arcas fiscales (como ocurría en el régimen de las regalías menores en la época medieval) como justificación de la publicación de las aguas, aunque de su regulación se vislumbran otras motivaciones, como la coordinación en el uso del recurso y la sujeción a un modelo de distribución basado en los designios de la autoridad central.

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

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

Ahora bien, un nuevo ingrediente para justificar la publicación se traslucía de la Ordenanza sobre Policía Fluvial y de Irrigación del Valle de Copiapó, de 30 de enero de 1875, y de la Ordenanza para la Distribución de las Aguas del Río Huasco dentro de los Límites del Departamento de

Vallenar, de 3 de enero de 1880. En ambas ordenanzas, aunque específicas, se señalaba como materia de regulación *la conservación de las aguas, de sus afluentes y vertientes*. Esta conservación, se desprende de la propia normativa, no debe entenderse aún en términos ecológicos (problemática más actual), sino en relación a los derechos de aguas legalmente constituidos. Ello significaba que los caudales debían mantenerse, evitando sustracción de las aguas y desvíos no autorizados, de manera de preservar la distribución de las aguas de la manera en que ella fue asignada por las autoridades competentes. En suma, los sistemas de vigilancia y policía fluvial seguían justificándose en la preservación del acceso privativo otorgado bajo la técnica del procedimiento concesional y de las mercedes de aguas.

Sin embargo, ya era posible denotar un giro conceptual profundo en esta materia con la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades, promulgada el 24 de diciembre de 1891, que ponía en el centro del sistema concesional el fomento de la agricultura (artículo 26, número 2). No obstante, esta declaración original no pareció incidir mayormente en el régimen público de las aguas, ni generó preferencias especiales para su otorgamiento, sólo enunciando que corresponde a las Municipalidades “*conceder, sin perjuicio de derechos adquiridos por terceros, mercedes de aguas de ríos y esteros de uso público (...)*” Sin perjuicio de lo anterior, hemos de notar que, al menos a contar de esta normativa, la legislación de aguas chilena siempre se ha estructurado poniendo especial atención y tomando como principal modelo los usos del agua para fines de la agricultura. Sólo con el Código de Aguas de 1981 (en adelante, “CA”) se atisba un modelo alternativo, mediante la incorporación de los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos.

Por su parte, el Reglamento para la Concesión de Uso de las Aguadas de las Provincias del Norte, de 22 de septiembre de 1893, se fundamentaba, como el propio texto expresaba, en la constitución de un sistema especial de concesión para el resguardo de los intereses generales y particulares involucrados. Y he aquí por fin una argumentación relevante para comprender los intereses generales a los que la propia norma hacía referencia, manifestados con tal intensidad que ameritaban la publicación

del recurso. El artículo 3° del referido reglamento disponía la caducidad del derecho para el caso que éste fuere usado para un aprovechamiento diferente para el que fue concedido, y, más relevante aún, el artículo 6° también sancionaba con caducidad el hecho de que el concesionario no hiciese aprovechamiento de la aguada, dentro del plazo que se le señalare, para el uso para el cual le fue concedido su derecho.

A partir de esta norma, aún específica al sistema concesional de ciertas provincias del norte del país, debe entenderse que el interés general que fundamentaba la publicación no residía únicamente en el acceso público de las aguas, sino ya específicamente en que las aguas fuesen efectivamente aprovechadas para el uso específico que ameritó su otorgamiento. Así, se mantiene la técnica de la publicación, pero se amplían sus motivaciones, dando lugar a un régimen jurídico diverso. No interesaba ya al legislador el fomento del uso público, del acceso a las aguas por parte de todos los habitantes de la nación, sino que se exigía que quien adquiriese un derecho de aprovechamiento efectivamente lo emplease para las finalidades que le motivaron a presentar la correspondiente solicitud. El interés general redundaba en que ese uso se hiciese efectivo, que no se tradujese en un “derecho de papel”, en tanto entendía que sólo de este modo se producía una asignación del recurso a fines de efectiva producción, evitando su despilfarro.

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

En la era previa a la codificación de las aguas de 1951, surge un largo listado de normas que, de alguna manera, profundizaron algo más el régimen configurado a grandes rasgos en el Código Civil (VERGARA

BLANCO, 1990, pp. 128 – 130). La diversidad normativa se fundamentaba, a juicio de LIRA y DE LA MAZA (1940, p.8), en que el legislador chileno fue reglamentando, a medida que las necesidades lo exigían, las diversas situaciones que se generaban en relación con las aguas. Y ello siempre basado en las dificultades que ofrecen las características naturales de los recursos hídricos, que “así como es movediza y caprichosa en sus manifestaciones naturales, es a veces casi intangible para los conceptos jurídicos y otras difícil de someter a regímenes de derecho (...)” (ALDUNATE, 1904, p. 57).

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

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

Ahora bien, la unificación normativa se logró recién con el Código de Aguas, de 28 de mayo de 1951²², luego de una tramitación parlamentaria que tomó más de veinte años²³. En lo que nos interesa, se conservó la división propuesta en el Código Civil en aguas públicas y privadas, siguiendo iguales criterios de navegabilidad (para los lagos, en el artículo 11) y de tratarse o no de cauces naturales que cruzaren varias

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

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

heredades (para los ríos, en el artículo 10). Sólo parece necesario agregar la nueva referencia a las aguas subterráneas, que, conforme al artículo 22, estaban sujetas a un sistema dualista de asignación: si se refería a la extracción para fines de bebida y uso doméstico, el aprovechamiento correspondía al dueño del suelo (sistema ripariano); en cambio, para fines diversos, el aprovechamiento requería de la obtención previa de una merced de aguas (sistema concesional).

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

Y el derecho de aprovechamiento pasó a ser caracterizado por el artículo 12 como “*un derecho real que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código*”. De esta redacción, señala VERGARA DUPLAQUET (1960, p. 19), se advierten dos aspectos fundamentales: por una parte, su configuración como derecho real de uso, goce y disposición de las aguas de dominio público, categoría que pretendía conceder certeza y seguridad a los particulares, y, por la otra, su sujeción a las reglas especiales que prescribe el propio Código, como resguardo a los intereses de la comunidad. Para BAUER (2002, p. 66):

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

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

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

De acuerdo a este sistema, ya no podía señalarse que la razón de la demanialización de las aguas fuese asegurar su aprovechamiento público, en igual pie, para cualquier actividad económica. Ello hubiese implicado la innecesidad de justificar las solicitudes de derechos y que su insuficiencia debía ser soportada por todos quienes hubiesen deseado hacer uso de ellas, sino asegurar la efectiva utilización del recurso conforme a

una lógica preestablecida por el propio legislador²⁴. Conforme a esta idea de funcionalidad de las aguas también es previsible la reiteración de su falta de uso como causal de caducidad del derecho de aprovechamiento, esta vez cifrada en un plazo de cinco años (artículo 280)²⁵, como también el establecimiento de restricciones en su uso al destino específico para el cual fueron concedidas (artículo 26)²⁶. Estas dos notas (obligatoriedad de uso y especificidad) se tradujeron en aquéllas que le diferenciaban del derecho de propiedad concebido de modo tan amplio en el artículo 582 del Código Civil²⁷ (y, a la sazón, en el artículo 10, número 10, de la Constitución Política de 1925), al mismo tiempo que dan mayor fuerza a la justificación de la publicación de las aguas detrás del Código de 1951.

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

Dónde sí pudo observarse un primer giro radical en todas estas materias es en la Ley N° 16.640, de 16 de julio de 1967, que, en el marco del proceso de la Reforma Agraria, modificó completamente los

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

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

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

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

planteamientos dogmáticos del Derecho de aguas chileno²⁸. Así, la principal modificación se refirió a la completa y absoluta publicación de todas las aguas terrestres del territorio nacional, de manera que ya no cabía clasificación alguna de los recursos hídricos en razón de su titularidad (artículo 94)²⁹. Esta idea había sido anticipada por medio de una reforma constitucional, por parte de la Ley N° 16.615, de 20 de enero de 1967, que confería al legislador la posibilidad de reservar todas las aguas existentes en el territorio nacional al dominio público, admitiendo la posibilidad de expropiación de aquéllas aguas que, a la fecha, estaban aún sujetas a dominio privado, dado que se consideraban todas ellas como de “utilidad pública”³⁰.

La modificación pasó a ser más ideológica que normativa, como se desprende del propio mensaje de la nueva regulación, que consideró que el Código de Aguas de 1951 caía en una contradicción al tratar la mayoría de las aguas como bienes nacionales de uso público (y, por tanto, “*incomerciables e imprescriptibles*”) con una conformación del derecho de aprovechamiento de aguas en términos tan similares al dominio, otorgando a su titular facultades de uso, goce y disposición. Así, el referido mensaje

²⁸ Si bien las modificaciones al Código de Aguas de 1951 se realizaron por medio de la propia Ley No. 16.640, de Reforma Agraria, el nuevo Código de Aguas se publicó recién en 1969 en virtud del Decreto con Fuerza de Ley No. 162.

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

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

concluía que “En este aspecto las modificaciones que se proponen mediante el presente Proyecto de Ley tienden a salvar las contradicciones señaladas, de manera que las aguas estén sujetas al régimen jurídico que como tales le corresponde, ejerciendo el Estado sobre ellas la tuición que les incumbe, tratándose de un bien de dominio público que debe usarse del modo más racional y eficiente”. De hecho, BAUER (2002, p. 67) señala que:

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

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

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

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

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

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

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

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

más, en situaciones que sólo en la letra parecen excepcionales, se confirieron al Estado, por medio del Presidente de la República, facultades de cancelar derechos de aprovechamiento de aguas para su mejor destino.

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

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

De este modo, se dio cuenta de una regulación bastante intrusiva de los derechos de aprovechamiento, en términos de limitar su cuantía a la que se estimaba administrativamente adecuada para fines de riego (artículo 97) y autorizar al Presidente de la República a fijar tasas de “uso racional y beneficioso” de las aguas para sus diferentes utilidades (artículo 105)³¹.

³¹ Como explica BAUER, 2002, p. 68, “El Código de 1967 tuvo un ambicioso objetivo de redistribuir los derechos de aguas según nuevas y técnicas «tasas de uso racional y beneficioso». Estas tasas iban a ser determinadas por científicos y técnicos del gobierno quienes establecerían las cantidades de agua necesarias para diferentes cultivos

Para PARKS y HANSEN (1978, p. 207), esta idea del uso beneficioso constituyó el principal instrumento de intervención administrativa, añadiendo que significó el vehículo para dejar escapar todo criterio de eficiencia económica. A este punto, sin embargo, cabe agregar otras fórmulas de intervención, que se tradujeron incluso en exigir a los “usuarios” la realización de obras privadas a efectos de obtener un mejor uso del recurso (artículo 100), facultar al Presidente para la determinación de formas alternativas de distribución de las aguas en periodos de extrema sequía (artículo 101), facultar a la Dirección General de Aguas la modificación de las fuentes de abastecimiento cuando así lo aconsejase el más adecuado empleo de las aguas (artículo 102), permitir al Presidente declarar extinguido cualquier derecho de aprovechamiento (cualquiera fuese su origen) cuando hubiese sido necesario destinar el agua para fines de bebida o cuando así lo requiriese el desarrollo económico de una zona (artículo 107), facultar al Presidente la declaración de áreas de racionalización del uso del agua, extinguiendo todos los derechos de aprovechamiento vigentes, entre otros.

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

bajo diferentes condiciones agronómicas y geográficas. Entonces los derechos de agua serían asignados y reasignados a predios determinados según la tasa local de uso.”

en caso de infracción, en la mayor penalidad posible, traducida en la muerte (o, en términos jurídicos, en la caducidad) del derecho. Caducidad que, al ser planteada a modo de sanción, no ameritaba indemnización alguna a favor de su titular (artículo 110).

Otra particularidad de este nuevo régimen fue su desconfianza en los procesos de reasignación de las aguas por medio de la lógica del mercado. Los derechos de aprovechamiento no podían cederse de manera independiente del predio al que beneficiaban (artículo 104). En razón de lo anterior, la Ley No. 16.640 también declaró extinguidas las hipotecas, prohibiciones, embargos y otros gravámenes que pesaban sobre los derechos de aprovechamiento (artículo 119), precisamente porque ninguna de tales figuras podía sostenerse ante un bien que había pasado a ser inenajenable.

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

De ello se deduce la creencia de que la inenajenabilidad de los bienes públicos no sólo se refería a la imposibilidad de que los particulares negociasen sobre ellos, sino que debía extenderse también a cualquier título que pudiesen tener para su uso y goce exclusivo. De lo anteriormente indicado es previsible el error: las aguas son bienes nacionales de uso público, y, por tanto, inenajenables en los términos del artículo 1.464,

número 1, del Código Civil. Pero ello se refiere a las aguas propiamente tales, que evidentemente no podrán ser enajenadas por un particular porque, ni aun gozando de un derecho de aprovechamiento, ha adquirido alguna suerte de titularidad sobre el recurso mismo en tanto situado en la fuente. Sin embargo, los derechos de aprovechamiento son creados *ex novo* en virtud del procedimiento concesional, con una individualidad propia, y que pueden ser o no objeto de transacción dependiendo de la finalidad de la publicación. Así, en nada se opone a la lógica de los bienes públicos la enajenación de los derechos que sobre ellos se conceden siempre y cuando el título que se haya concedido para el aprovechamiento de los bienes tenga un carácter patrimonial (no constituya una mera libertad o permiso de uso) y no se haya otorgado en exclusiva consideración de quien resulte ser su titular. De este modo, cuando el Código de Aguas de 1951 admitió expresamente la transferencia de los derechos de aprovechamiento de aguas, no estando sujeto a ninguno de los límites antes señalados, no caía en contradicción alguna, siempre que tal enajenación no implicase una infracción a las limitaciones de uso que configuraban tales derechos bajo su vigencia.

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

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

CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE

1. Un estudio de la aproximación jurídica de las aguas requiere de la distinción de tres dimensiones regulatorias que, aunque evidentemente vinculadas, suponen características y desafíos normativos diferentes. El objeto de esta tesis supone referirnos únicamente a las aguas corrientes y a los derechos de aprovechamiento sobre ellas.
2. La tradición histórica ha sometido al *aqua profluens* a la técnica de la publicación, suponiendo la imposibilidad de constituir derechos de propiedad sobre ella. E, incluso, la homogeneidad del bien impedirá la constitución de esta clase de derechos sin privatizar completamente un sistema de recursos, solución que estuvo parcialmente vigente en Chile hasta la absoluta publicación de las aguas continentales en 1967.

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

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

3. La publicación de las aguas no supone una fórmula predeterminada de aprovechamiento particular, con tal que ésta se exprese de alguna manera. Pero sus características económicas determinarán que un sistema de acceso abierto (*open access*) sólo sean aceptables fuera de supuestos de congestión, en tanto la mayor

escasez relativa del recurso provocará la denominada “tragedia de los recursos comunes”. Por ello, sólo parece admisible en la actualidad cuando nos enfrentamos a un uso no extractivo de las aguas, en la que los derechos de uso de los particulares sólo son limitados en razón a la conservación del bien y al respecto a los derechos de los demás individuos.

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

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

El continuo abandono del sistema ripariano se ha justificado, en primer lugar, dada la necesidad de aumentar los poderes de gestión de la Administración central sobre el recurso. La necesidad de coordinar usos y de velar por su mejor aprovechamiento conforme a los criterios preestablecidos por el legislador no es completamente

compatible con un modelo en que la discriminación se basa sólo en la posición geográfica del terreno del cual el particular es dueño.

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

El sistema concesional tiene como ventaja el poder adecuar el modelo a las diferentes justificaciones de la publicación que puedan presentarse. Tanto en un modelo centralizado, en el que el derecho estará limitado (en su contenido y permanencia) a las decisiones de la Administración, como en un sistema descentralizado, en que se buscará una definición del derecho que admita su libre transacción en el mercado. A este último modelo responde el sistema chileno vigente, al que dedicaremos las siguientes partes de esta tesis.

SEGUNDA PARTE

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

Capítulo I: Las aguas y los aprovechamientos particulares desde la perspectiva constitucional. §1. *De la ausencia de un marco jurídico – constitucional para la determinación de la naturaleza jurídica de las aguas.* A. Una visión histórica sobre las razones del silencio del constituyente respecto al régimen jurídico de las aguas: la publicación de las aguas como decisión legislativa. B. El régimen constitucional de los bienes nacionales de uso público como primera aproximación al marco jurídico de las aguas en el Derecho chileno. 1. El acceso a la propiedad privada como garantía constitucional. 2. Las excepciones a la propiedad privada como “anti-garantías”: los *res omnia communis*, los bienes públicos y los bienes sujetos a un régimen constitucional especial. 3. La caracterización constitucional de los bienes nacionales de uso público. §2. *Marco jurídico – constitucional del derecho privativo para aprovechar las aguas.* A. Alcance de la protección constitucional al aprovechamiento de las aguas: la estabilidad del derecho por medio de la reconducción a la propiedad privada. B. La protección constitucional del derecho de propiedad como amparo a la titularidad sobre el derecho de extracción de las aguas corrientes. 1. La reserva legal relativa a los modos de adquirir el dominio y a la configuración de las facultades de uso, goce y disposición. 2. La protección de la propiedad mediante la regulación y las limitaciones a la expropiación. 3. La acción de protección constitucional como medio de resguardo del derecho de propiedad. 4. La protección de la esencia del derecho de propiedad (artículo 19, No. 26 CPR) como “supragarantía constitucional”.

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO I

LAS AGUAS Y LOS APROVECHAMIENTOS PARTICULARES DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

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

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

§1. De la ausencia de un marco jurídico – constitucional para la determinación de la naturaleza jurídica de las aguas

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

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

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

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

³² *Vid.*, en especial, las actas de la Sesión No. 182^a de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de enero de 1976.

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

Aun así, cabe precisar las razones por las cuales se prefirió el silencio constitucional respecto al *aqua profluens*. Al respecto, cabe recordar que a la época en que se discutía el tenor de esta disposición constitucional, la legislación en vigor ya le otorgaba a las aguas corrientes la calificación de “bienes nacionales de uso público”. En la Parte Primera anterior ya nos hemos referido a que, fruto de una modificación legal del año 1967, incorporada por la Ley No. 16.640, de Reforma Agraria, el artículo 595 CC pasó a disponer que “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”. De este modo, se borraron todos los vestigios de los sistemas anteriores que, siguiendo los modelos hispánicos (e, incluso, romanos), distinguían aguas sujetas a dominio público de aquellas que eran susceptibles de propiedad privada.

En suma, la propuesta de la Subcomisión de Propiedad sólo pretendía elevar a rango constitucional un texto ya consagrado legalmente. Sin embargo, dicho aspecto fue el que precisamente rechazó la Comisión Ortúzar, que, a su vez, estimó que la regulación y calificación jurídica de las aguas eran materias que correspondían únicamente al legislador. En definitiva, el constituyente decidió prescindir de una calificación jurídica de las aguas con el objeto de otorgar una mayor flexibilidad a la (presente o futura) categorización del legislador en la determinación o modificación de su régimen jurídico, sólo sometiendo el derecho que se le asigne a los particulares (cualquiera sea su naturaleza o contenido) a la garantía de la propiedad. Así, José María EYZAGUIRRE GARCÍA DE LA HUERTA (Presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad) sostenía que “*De manera que el régimen de aguas, en cuanto a considerarlas como bienes nacionales*

*de uso público, no quedaría ya en un marco constitucional muy estricto y difícil de modificar*³³.

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

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

La Comisión Ortúzar estaba tan decidida en evitar que la CPR se pronunciara afirmando la calificación jurídica de las aguas como bienes

³³ Acta de la Sesión No. 183^a de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de marzo de 1976.

³⁴ Acta de la Sesión No. 183^a de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de marzo de 1976.

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

nacionales de uso público, que tal decisión no sólo incidió en la omisión de la frase inicial del texto presentado por la Subcomisión de propiedad, sino que esta idea también moduló la referencia a los derechos de los particulares para hacer uso de las mismas, cambiando la expresión original “*derecho de aprovechamiento de las aguas*”, por el que se encuentra actualmente en vigor, cual es, “*derechos de los particulares sobre las aguas (...)*”. Lo anterior ya que se temía que se pudiese malinterpretar el espíritu del constituyente y deducir del concepto “*derecho de aprovechamiento*” que implícitamente se le estaría dando a las aguas un necesario carácter de bien nacional de uso público.

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

1. El acceso a la propiedad privada como garantía constitucional

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

Hemos de observar que la norma constitucional ha emitido un juicio ideológico previo, confiriendo una garantía general para la adquisición del dominio sobre toda clase de bienes e impidiendo que la autoridad administrativa o el poder legislativo (salvo las excepciones contempladas) declaren insusceptibles de apropiación ciertos bienes. Esta

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

disposición supone, como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional chileno (en adelante, “TC”) “(…), *garantizar el acceso al dominio privado de las personas de toda clase de bienes, (...); de modo que proteja a las partes de actos legislativos o de autoridad que excluyan de este libre acceso a alguna categoría de bienes, salvo las excepciones contempladas en la misma norma constitucional*”.³⁷ Como se desprende del fallo, la esencia de la garantía consiste en amparar el acceso de los particulares a la propiedad privada y proteger a los individuos de frente a los actos de la Administración que pretendan restringir el objeto sobre el cual poder hacer efectiva dicha garantía.

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

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

³⁸ Acta de la Sesión No. 1 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 24 de septiembre de 1973.

³⁹ Acta de la Sesión No. 6 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 9 de octubre de 1973.

⁴⁰ Del texto del Memorándum de fecha 26 de noviembre de 1976, aprobado por la Comisión Constituyente que contiene las metas u objetivos fundamentales en que deberá inspirarse la nueva Constitución Política del Estado, y que consta del acta de la Sesión No. 18 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 22 de noviembre de 1973, se desprende la necesidad de consolidar el derecho de propiedad, al señalar: “Fortalecerá, asimismo, el derecho de propiedad al cual es inherente una función social. Sin él, las libertades públicas constituyen una ilusión. Es un hecho en efecto, que la intervención excesiva del Estado en las actividades económicas deja entregada la subsistencia de los ciudadanos al entero

En el seno de la Comisión Ortúzar, el tratamiento constitucional que se pretendía otorgar al derecho de propiedad estaba imbuido en el temor de que dicha garantía volviese a ser vejada como en el régimen de la Unidad Popular⁴¹, dando paso a la dilución del control político del país⁴². A juicio de los comisionados, el derecho de propiedad había sido intensamente avasallado en el gobierno anterior, especialmente por el hecho de que su desarrollo había sido íntegramente entregado al legislador, sin límites reales. De este modo, la propiedad sobre los medios de producción se había trasladado al Estado, perdiendo, por un lado, los particulares, toda iniciativa privada y seguridad jurídica⁴³, y por otro lado, el país, su desarrollo económico⁴⁴. En ese mismo sentido, Guillermo BRUNA CONTRERAS señalaba que:

arbitrio de las autoridades públicas, con lo cual el ejercicio real de todas las libertades se resiente o desaparece.”

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

⁴² En este sentido se pronunciaba Enrique ORTÚZAR ESCOBAR en la Sesión No. 17 de la Comisión Ortúzar, de 15 de noviembre de 1973, con los siguientes dichos: “Si desaparece esta garantía fundamental, (...) tal como lo pretendió el régimen marxista que imperó en el país, se habrá llegado al control político de toda la ciudadanía.”

⁴³ En este sentido se pronunciaba el Presidente de la Comisión Ortúzar, Enrique ORTÚZAR ESCOBAR, en la Sesión No. 1 de la Comisión Ortúzar de 24 de septiembre de 1973, al señalar: “La iniciativa particular no puede existir, y menos tener la proyección que el desarrollo del país requiere, sin fortalecer el derecho de propiedad, tan gravemente conculcado por el régimen anterior.”

⁴⁴ A este respecto, en la Sesión No. 156 de la Comisión Ortúzar, de 7 de octubre de 1975, Gustavo LORCA ROJAS se refería a la conculcación de la garantía del derecho de propiedad “precisamente la experiencia vivida durante los años 1970-1973 se debió, en gran medida, al debilitamiento que de ese derecho [derecho de propiedad] se produjo. (...) la misión del Constituyente en este instante (...) es precisamente establecer el modo de que este derecho quede perfectamente conceptuado en la Constitución, y quede garantizado en

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

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

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

tal forma que no haya dudas sobre lo que se quiere decir y lo que en la Constitución debe expresarse para que, en realidad, el derecho de propiedad sea una garantía efectiva en Chile. (...) en la medida en que no se garantice este principio del derecho de propiedad, no se está garantizando el proceso de la libertad económica que se ha emprendido, y se sabe, también, que en la medida de que esa libertad económica no existe, tampoco existe la libertad política, y la experiencia muy dura que se vivió en el país así lo demuestra.”

⁴⁵ Intervención del profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Chile, Guillermo BRUNA CONTRERAS, en la Sesión No. 26 de la Comisión Ortúzar, de 26 de marzo de 1974, para emitir su juicio acerca del memorándum elaborado por la referida Comisión que contenía las metas u objetivos fundamentales en que se debía inspirar la nueva Constitución Política del Estado.

pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.”

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

La característica esencial que comparten las cosas comprendidas en estas tres “anti-garantías” es la insusceptibilidad de ser apropiadas⁴⁶. Sin embargo, la justificación de la inapropiabilidad (y, en consecuencia, de su in comerciabilidad, como posibilidad de constituir relaciones jurídico – privadas a su respecto) es diversa para cada una de estas excepciones. Esta justificación, será “natural” en tanto se refiera a los *res communis omnium*, puesto que su consagración no pasa de ser más que un reconocimiento del legislador a una situación de hecho, como ocurre con el aire o el altamar⁴⁷.

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

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

En cambio, tratándose de los bienes que “*deben pertenecer a la nación toda*”, su delimitación es un concepto meramente jurídico, proveniente de una decisión de política legislativa, justificada por los fines económicos, políticos, sociales o culturales que se desean satisfacer. No ocurre lo mismo respecto de los bienes que se sujetan a una situación excepcional conforme a “*lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución*”, o lo que podríamos denominar la “reserva constitucional”, puesto que es el mismo constituyente quien las estatuye y regula, y, por tanto, no necesita justificarse ante sí mismo.

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

Así, en primer lugar, los *res omnia communis* o cosas que por su naturaleza pertenecen a todos los hombres, son tratados de manera excepcional por la CPR al reconocer que dichas cosas naturalmente y de manera *ex ante* al ordenamiento jurídico, carecen de susceptibilidad de apropiación privada. El artículo 585 CC se ha referido a esta categoría de cosas señalando que “*Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. // Su uso y goce son*

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

determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional”.

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

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

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

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

Sobre esta última categoría, la Comisión Ortúzar discutió sobre las diferencias entre una reserva y la calificación de bien nacional de uso público. Así, José María EYZAGUIRRE GARCÍA DE LA HUERTA, advirtiendo dicha diferencia, señalaba que “La reserva está referida a bienes que están en el comercio humano, que son susceptibles de apropiación privada, pero por disposición expresa de la Constitución quedan bajo el dominio nacional o del Estado...”⁴⁸, otorgando como ejemplo de dichos bienes algunas sustancias minerales. Como se advierte, el concepto que el constituyente otorga a la reserva supone que se trata de bienes que, por expresa disposición constitucional, van a quedar excluidos del tráfico jurídico privado y serán entregados en dominio al Estado. Si bien podríamos legítimamente preguntarnos en qué consiste ese dominio estatal y en qué se diferencia del dominio privado, aquellas cuestiones exceden el ámbito de este trabajo⁴⁹.

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

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

⁴⁸ Acta de la Sesión No. 202^a de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de abril de 1976.

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

covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.”

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

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

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

A diferencia de los bienes sujetos a reserva constitucional, el concepto de los bienes nacionales de uso público está sujeto a la reserva legal, de modo que sólo la ley podrá vedar el acceso de los particulares a la adquisición del dominio sobre un determinado bien. Al respecto, debe precisarse que se trata de una ley, sin referencias expresas al quórum necesario para su aprobación. Pero si se tratase de una ley simple, se produciría una cierta inconsistencia con lo dispuesto en el inciso segundo del mismo artículo 19, número 23 CPR, al disponer que “Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o

requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes". Así, sólo las limitaciones o requisitos específicos para la adquisición del dominio (*que es lo menos*) estarían sometidas a un régimen de reserva legal intensificado, mientras que la publicación propiamente tal (*que es lo más*) se sujetaría al requisito de una ley simple. Esta interpretación no sería coherente, por lo que entendemos que, a *fortiori*, toda forma de publicación debe estar justificada por el interés nacional y dispuesta en una ley de quórum calificado⁵⁰.

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

⁵⁰ Así también, VERGARA BLANCO, 2001, p. 372, y MONTT, 2002, p. 221. En este sentido se había pronunciado el TC, al resolver que "*El constituyente ha expresado así su voluntad, exigiendo que el establecimiento de limitaciones o requisitos para "adquirir el dominio" sólo puede imponerse por medio de una ley aprobada por mayorías superiores a las que precisa una ley común*" (considerando vigésimo segundo de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol No. 115, de 3 diciembre 1990). Sin embargo, más recientemente se ha pronunciado en contra de esta interpretación, como se aprecia en el considerando trigésimo cuarto de la sentencia del TC, Rol No. 1.281, de 13 agosto 2009, al resolver que "*Que el carácter excepcional del dominio público hace que la intervención del legislador sea inevitable. Por eso, la Constitución exige que la ley –ley común- deba declarar los bienes que lo conforman ("que la ley lo declare así", artículo 19 N° 23)*".

⁵¹ Así lo señala expresamente el considerando trigésimo de la sentencia del TC, Rol No. 1281, de 13 de agosto de 2009.

que todos los bienes, cualquiera sea su naturaleza, pueden ser libremente adquiridos por parte de los particulares.

Su carácter excepcional se refuerza con el sintagma “*deben pertenecer*”, frase propuesta por Jorge OVALLE QUIROZ en el seno de la Comisión Ortúzar, a efectos de que no se pueda ampliar al concepto de bien nacional a aquéllos que, por su naturaleza, no parecen destinados a serlo⁵². Por de pronto, este concepto implica que para no afectar la libertad de acceso a la propiedad por parte de los particulares, la publicación debe justificarse de algún modo en el interés general, pero añadiendo que éste sea de tal magnitud que sólo pueda ser logrado acudiendo al extremo de desterrarlo del comercio privado. Si dicho interés general pudiese satisfacerse utilizando otra suerte de herramientas jurídicas (por ejemplo, mediante la creación de un mercado intervenido o regulado, por medio de la imposición de obligaciones legales, o mediante el establecimiento de limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad) bien podría objetarse la lógica de la publicación.

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

⁵² Acta de la Sesión No. 202^a de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de abril de 1976.

⁵³ Conforme al inciso segundo del artículo 19, número 23 CPR: “*Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes*”.

⁵⁴ Una cierta consideración en este sentido es presentada por SAINZ MORENO, 1999, p. 494, a efectos de evitar una hipertrofia del dominio público habida cuenta del carácter

protección del derecho de propiedad, la igualdad de oportunidades y el bien común constituyen el *corpus* de los principios económicos constitucionalmente reconocidos en la CPR (YRARRÁZVAL, 1987, pp. 100 y 101).

La subsidiariedad del Estado implicará que éste debe socorrer a los particulares allí donde la sociedad y sus grupos económicos sean deficientes en la provisión del bien común (VARELA, 1989, p. 381). En la materia que nos ocupa, los intereses generales de la nación harán que el Estado cese su abstencionismo, siendo dotado de poderes de intervención suficientes como para lograr la consecución del bien común. El legislador publica los bienes a efectos de conseguir resultados que supone no podrán ser obtenidos mediante la lógica general de la propiedad privada y la libertad de empresa. En este sentido, el legislador crea regímenes exorbitantes al Derecho privado, concediendo al Estado una función tutelar mucho más firme que aquélla que le corresponde respecto a la propiedad privada, traducida en este último caso en su consagración y protección judicial. En el caso de los bienes públicos, a diferencia de lo que ocurre con la propiedad privada, el Estado deberá velar por el efectivo cumplimiento de los intereses generales que han motivado la publicación y configurar las específicas modalidades por medio de las cuales los particulares pueden acceder a aquéllos.

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

En el Derecho chileno, la formulación del orden público económico a contar de la entrada en vigencia de la CPR se advierte centrada en la férrea protección de la propiedad privada, como también en la libertad de empresa. Entonces, el modelo elegido supondrá que todo cuanto se desvíe de estos parámetros generales sólo puede ser entendido desde una

genérico de los méritos de la afectación en su destino al uso público, servicio público, el fomento de la riqueza o la defensa nacional.

perspectiva excepcional, fundando la reserva en fines superiores, tales como “los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (respecto al derecho de propiedad, consagrado en el artículo 19, número 24 CPR) o “la moral, el orden público o la seguridad nacional” (respecto a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 19, número 21 CPR). O, como puede deducirse de las palabras de YRARRÁZAVAL (1987, p. 101), del principio general de bien común que incluso debe prevalecer en materia económica, como concepto genérico que permite el establecimiento de limitaciones u obligaciones en todos estos aspectos.

Una interpretación armónica de todos tales conceptos necesariamente implicará que la creación legal de un bien nacional de uso público, o, en otros términos, el recurso a la técnica de la publicación de los bienes, debe respetar todos tales extremos. Por este motivo, no pueden tolerarse las limitaciones a la adquisición de una determinada clase de bienes, o, en otros términos, a la configuración de relaciones jurídico – privadas a su respecto, si con ello se conculca la libre iniciativa económica o se restringe excesivamente el derecho de propiedad. Entonces, la clave del “interés nacional” nos deberá reconducir a la noción de “bien común”, principio que se revela como el gran lineamiento de todo poder público y como finalidad esencial del Estado a partir del artículo 1º CPR⁵⁵.

La jurisprudencia constitucional ha reconducido el interés nacional, justificante de la publicación, a la noción de “utilidad pública” consagrada en el artículo 19, número 24, inciso segundo de la CPR. El TC ha considerado que los bienes nacionales de uso público *“dada su propia naturaleza de quedar reservados para el uso de todos, debe darse por establecido que existen en razón de la utilidad pública; esto es, de todos los habitantes y del interés general de la Nación. // El hecho de reservarse un bien al dominio de la Nación toda debe entenderse fundado en razones de utilidad de aquellos que podrán usar del*

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

*bien: el público. La razón de ser de la reserva es entonces la utilidad pública*⁵⁶. En este sentido, debe entenderse que la excepción a la libre adquisición del dominio se justifica en cuanto estos bienes se afectan para satisfacer intereses colectivos, relativos al uso del público, que sólo pueden conseguirse por medio de su sujeción al régimen jurídico público. Las soluciones a las que podría llegar el sometimiento de estos bienes al Derecho común, no coinciden con los requerimientos de utilidad pública que dichos bienes están llamados a satisfacer.

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

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

⁵⁶ Considerandos vigésimo segundo y vigésimo tercero de la sentencia del TC, de fecha 30 de abril de 2009, en causa Rol No. 1.215, por Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de “Inversiones Pingueral Ltda.”, “Inmobiliaria Pingueral S.A.” e “Inmobiliaria e Inversiones Costa Pingueral Ltda.”, y don Gustavo Yáñez Mery respecto del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en el juicio sumario sobre reclamo deducido contra resolución administrativa, Rol No. C/4193/2008, caratulado “Inversiones Pingueral Ltda. y otros con Fuentes Fuentealba, María Angélica”, del Tercer Juzgado de Letras de Concepción.

§2. Marco jurídico – constitucional del derecho privativo para aprovechar las aguas

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

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

La inclusión de esta declaración, sin embargo, no resultó pacífica en el proceso preconstitucional. Pese a que la Comisión Constituyente lograra un acuerdo en su contenido, la Junta de Gobierno prefirió desecharlo, probablemente por sus connotaciones tan extremas, de tal modo que el Acta Constitucional No. 3 (contenida en el Decreto Ley N° 1.552, de 13 de noviembre de 1976) sólo disponía que un estatuto especial regularía todo lo concerniente al dominio de las aguas. Esta reticencia inicial fue finalmente superada con el Decreto Ley No. 2.603, de 23 de abril de 1979, en el que se amplió la declaración de la referida Acta Constitucional, a efectos de declarar la propiedad de los titulares sobre sus derechos sobre las aguas, en los mismos términos que los actualmente vigentes.

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

reciben los derechos concesionales mineros reconocidos en la misma garantía constitucional⁵⁷.

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

De la lectura de las actas de las sesiones de la Comisión Ortúzar, aparece que la explicación de esta definición constitucional se basó especialmente en la crítica de los comisionados al débil planteamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas en el contexto de la Reforma Agraria (ALBURQUENQUE, 2001, p. 345). Aunque ya nos detendremos algo más en este aspecto en los Capítulos siguientes, bien cabe adelantar que la Ley No. 16.640, de 16 de julio de 1967, no sólo determinó la publicación de todas las aguas territoriales⁵⁸, sino que también se preocupó de modular la extensión de los derechos de aprovechamiento. Conforme al Mensaje de la citada ley, y a objeto de respetar el carácter público y nacional de las aguas, se pretendía cambiar la naturaleza jurídica de aquéllas. Al respecto, expresaba que “En efecto, se instituye un derecho de uso sobre las aguas

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

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

que, por una parte esté de acuerdo con su calidad de bienes nacionales de uso público y que, por otro lado, constituya suficiente garantía para los particulares, en forma que éstos puedan realizar una actividad creadora sin incertidumbre en cuanto al uso de este recurso esencial.”

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

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

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

De este modo, el debate preconstitucional se centró, a propuesta de Enrique EVANS DE LA CUADRA, en el aspecto que se estimaba más necesario regular a fin de superar las falencias del sistema anterior: que los titulares gozasen de dominio respecto a sus derechos sobre las aguas. Tanto así que se desestimó una referencia a tal derecho bajo la fórmula de “derecho de aprovechamiento”, por considerar que esta noción estaba teñida de las connotaciones negativas que arrancaban de la legislación

prevista en 1967⁵⁹. De hecho, el tenor con el que fue finalmente redactada la norma evidencia el alejamiento de dicha fórmula a efectos de reconocer la titularidad dominical sobre cualquier tipo de derecho, hubiese o no sido constituido de conformidad a los términos de la Ley No. 16.640, para lo cual prefirió hablarse de los “derechos de aguas constituidos en conformidad a la ley o reconocidos por la ley”.

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

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

En primer lugar, la referencia a los derechos de los particulares sobre las aguas no puede ser entendida en términos demasiado amplios, sino sólo en lo concerniente al ejercicio de actividades extractivas. Una interpretación coherente del texto constitucional impedirá asumir que éste tiene por objeto ofrecer igual grado de protección a todas las personas que requieran efectuar actividades no extractivas en las aguas corrientes, generalmente sujetas a la lógica de un sistema de acceso abierto (*open access*). Lo anterior no sólo resulta del tono del debate de la comisión constituyente, sino especialmente de la intensidad del resguardo previsto y de la finalidad del mismo.

La posibilidad de que los particulares hagan uso de las aguas para actividades no extractivas no puede estar protegida por vía dominio, en tanto ello restringiría las herramientas administrativas para delimitar los

⁵⁹ Sobre el tenor de este debate, *vid.* el debate contenido en las actas de la Sesión No. 183^a de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de marzo de 1976.

términos de la forma de aprovechamiento. De esta manera, cualquier limitación a tal derecho debería estar establecida por ley, basada en la función social de la propiedad, al tiempo que cualquier restricción debería ser convenientemente indemnizada, una vez satisfechos los requisitos de la expropiación. Siguiendo esta interpretación, su resultado no nos parece lógico, principalmente si se considera que un supuesto “derecho” a acceder (no extractivamente) a las aguas correspondería a todos los habitantes de la Nación (artículo 589 CC).

En segundo lugar, aún a pesar de que es posible llegar a una interpretación coherente del texto de la CPR, existe una profunda confusión terminológica en el debate preconstitucional respecto a la naturaleza jurídica de los derechos que se conceden a los particulares para el aprovechamiento extractivo de las aguas. De este modo, ya hemos referido el rechazo por la denominación de “derechos de aprovechamiento”, pero debemos puntualizar que el mismo surge, a juicio de la Comisión Ortúzar, de la comparación de su naturaleza en la regulación prevista en el Código de Aguas de 1951 con el contemplado en la Ley No. 16.640.

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

“con relación a la actual naturaleza del derecho de aguas, que es un derecho real administrativo —como lo califica el Código de Aguas después de la modificación que le introdujo la ley de reforma agraria— que tiene todas las características de una concesión. De manera que terminó aquel derecho de dominio que existía sobre el aprovechamiento de las aguas y que establecía el antiguo Código, sustituyéndose por este derecho real administrativo, el cual se constituye en la forma que dispone el citado Código y que está sujeto a que, en cualquier momento, por una resolución fundada de la Dirección General de Aguas, el Presidente de la República ordene la distribución de las aguas de una determinada cuenca u olla hidrográfica entre los distintos regantes, estableciendo lo que se denomina “tasa de uso racional y beneficioso” para cada uno de ellos y extinguiendo, por lo tanto,

el goce que estos mismos tengan sobre las aguas con que hasta ese momento regaban”.

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

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

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

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

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

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

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

Esta reconducción supone, en primer término, la aplicación al derecho particular para aprovechar las aguas de todo el régimen jurídico que a la propiedad corresponde, y, por de pronto, de la garantía

constitucional reconocida en el artículo 19, número 24 CPR, que en su parte pertinente dispone que:

“La Constitución asegura a todas las personas (...) El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o 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 por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar, previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada 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 CPR, el derecho de propiedad pasó a constituir la garantía de protección por excelencia, de tal manera que ha existido una marcada tendencia doctrinal y jurisprudencial a reconducir cualquier suerte

de derecho a esta garantía constitucional. Esta fórmula, conocida bajo la idea de la “propietarización de los derechos”, se articula sobre la base de concebir la existencia de “derechos sobre derechos” (VERGARA BLANCO, 1991-1992, p. 284), extendiendo los deslindes del objeto del derecho de propiedad a toda suerte de titularidades subjetivas.

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

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

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

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

jurídicos al régimen dominical, al menos en lo relativo a su adquisición, conservación y pérdida.

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

Por su parte, la CPR amplió el margen de protección al reconocer en el artículo 19, número 24, inciso primero, que *“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.”*, propietarizando todas las “cosas incorporales”, es decir, todo derecho subjetivo de carácter patrimonial⁶². Aunque la amplitud del objeto de protección pueda ser discutible, lo que sí debemos tener claro es que la CPR propietarizó de manera expresa el derecho de los particulares para aprovechar extractivamente las aguas

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

⁶² En el acta de la Sesión No. 155 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de octubre de 1975, Alejandro SILVA BASCUÑÁN se refería al derecho de propiedad en los siguientes términos: *“(…) se concibe el derecho de propiedad como comprensivo de todo beneficio de carácter patrimonial, ya sea el derecho real de dominio sobre cosas muebles e inmuebles, sobre derechos reales y personales, sobre cosas corporales e incorporales y sobre cualquier tipo de beneficios patrimoniales. (…) Estas normas se refieren a todos los estatutos de los beneficios patrimoniales, cualquiera sea su índole y, respecto de todos ellos, afirma la necesidad de respetar su esencia”*.

(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 incorpóreos a que se refiere el inciso primero del mismo artículo.

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

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

⁶³ Acta de la Sesión No. 166 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 13 de noviembre de 1975.

⁶⁴ En el acta de la Sesión No. 19 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 20 de diciembre de 1973, se dejó constancia que la Subcomisión de Derecho de Propiedad presentó a la Comisión Ortúzar el método de trabajo a seguir y las primeras preocupaciones que surgían en el seno de dicha Subcomisión. Así, el comisionado José María EYZAGUIRRE GARCÍA DE LA HUERTA señalaba, con respecto a los derechos de aprovechamiento de aguas, que: “La figura que se usa actualmente es, en lugar de un

Sin perjuicio de las imprecisiones técnicas, se desprende de aquellos dichos que, a los ojos de la Comisión Ortúzar, el problema de la legislación de aguas de 1967 era que los concesionarios, al no ser verdaderos titulares de sus respectivos “derechos” de aprovechamiento, quedaban a merced de las actuaciones de la Administración, con lo cual el derecho quedaba “sujeto a que, en cualquier momento, por una resolución fundada de la Dirección General de Aguas, el Presidente de la República orden[are] la distribución de las aguas de una determinada cuenca u hoya hidrográfica entre los distintos regantes, estableciendo lo que se denomina “tasa de uso racional y beneficioso” para cada uno de ellos y extinguiendo, por lo tanto, el goce que estos mismos tengan sobre las aguas con que hasta ese momento regaban”⁶⁵. En definitiva, los concesionarios podían ser despojados de sus derechos por parte de la Administración, sin que ésta los indemnizara.

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

derecho de dominio, el derecho de aprovechamiento de aguas concedidos por el Estado a los propietarios para el resguardo y explotación de sus predios, o bien para el funcionamiento de las industrias y agua potable para las poblaciones; es decir, existen diversos tipos de concesión. La Subcomisión ha estimado que debe establecerse un régimen que, sin importar el reconocimiento de un derecho de dominio sobre las aguas, permita asegurar las inversiones que conforman una infraestructura tendiente a lograr el mejor aprovechamiento de este elemento, tales como redes de canales, tranques de almacenamiento, etc. En definitiva se pretende reforzar el derecho de aprovechamiento y evitar que se cometan irregularidades, como por ejemplo, fijar una tasa desproporcionada y arbitraria respecto del uso del agua en una zona determinada, lo que provocaría la caducidad del derecho de aprovechamiento de que pueden gozar los particulares.”

⁶⁵ Palabras del comisionado José María EYZAGUIRRE GARCÍA DE LA HUERTA contenidas en el acta de la Sesión No. 182 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de enero de 1976.

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

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

De este modo, la aplicación del régimen constitucional de la propiedad privada, como garantía protectora del derecho público subjetivo de aprovechamiento de las aguas, pretende revestir a este último de la máxima protección frente a los actos de los particulares y de la Administración, quedando el derecho así cubierto con las herramientas jurídicas más sólidas para hacer frente a cualquier decisión administrativa que tenga por objeto conculcarlo o abolirlo. En consecuencia, mediante la técnica de la propietarización, la CPR pretende disponer de una reserva legal en lo relativo a la adquisición, facultades, limitaciones, obligaciones y causales de expropiación del dominio (artículo 19, número 24 CPR); la regulación de las causales, procedimiento e indemnización para el caso de expropiación (artículo 19, número 24 CPR); prevenir los abusos de la Administración y de los particulares, confiriendo la posibilidad de ejercer la acción de protección (artículo 20 CPR); y la protección del derecho en su

⁶⁶ Actas de la sesión No. 182 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de enero de 1976.

esencia (artículo 19, número 26 CPR). A todas estas materias nos referiremos a continuación.

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

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

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

En el caso de los derechos de aprovechamientos de agua, el mandato constitucional debe reconducirse a las reglas establecidas en el CA respecto a la adquisición de los derechos de aprovechamiento. Así, los modos originarios de adquisición se describen en el artículo 20 CA, que, en su parte pertinente, es del siguiente tenor: *“El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad...// Exceptúanse los derechos de aprovechamiento sobre las aguas que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad, como asimismo, sobre las aguas de lagos*

menores no navegables por buques de más de cien toneladas, de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros, a la fecha de vigencia de este código. La propiedad de estos derechos de aprovechamiento pertenece, por el solo ministerio de la ley, al propietario de las riberas”.

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

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

Asimismo, la CPR señala que quedan sujetas a la reserva legal todas las disposiciones que se refieran a la forma en que los particulares pueden usar, gozar y disponer de los bienes, en tanto constituyen éstas las facultades esenciales del dominio. De este modo, la protección constitucional nuevamente se refiere a la prohibición de que la Administración se inmiscuya en estas materias a fin de que el particular pueda pasar a tener un derecho de propiedad que, en la práctica, sea inútil.

Ya en relación con los derechos de aprovechamientos de agua, cabe destacar que su definición legal hace alusión a las facultades de uso y goce

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

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

La justificación de la existencia de una de las variables que configura la “función social” de la propiedad determinará que cualquier limitación a ella establecida no deba sujetarse al régimen de la expropiación al que nos referiremos a continuación. La idea de que la extensión de la propiedad privada esté modulada por la utilidad colectiva habría surgido en el marco de la Constitución Política de 1925, en que se permitió el establecimiento de limitaciones por razones de orden social y de intereses generales, criterio que fue profundizado con motivo de las reformas constitucionales de 1967 (por medio de la Ley No. 16.615), hasta incorporar expresamente el concepto de “función social” de la propiedad. En cualquier caso, con motivo de la promulgación de la CPR, la idea de la “función social” ha quedado delimitado en razón de los siguientes bienes

jurídicos: “los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. Estos cinco factores son taxativos, sin perjuicio de que cada uno de ellos tiene una amplitud considerable a efectos de encuadrar en ellos diversos presupuestos fácticos. Dichos conceptos constituyen “términos indeterminados” por cuanto sus contornos no están claramente definidos ni en la CPR ni en la ley. Será, por tanto, misión del legislador determinar si una situación particular queda o no contenida en dichos supuestos, únicos y legítimos para imponer limitaciones u obligaciones a los propietarios en razón de la función social de la propiedad.

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

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

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

- (i) *Reserva legal*: la expropiación sólo puede ser dispuesta en virtud de una norma de rango legal, sea general o particular, desterrando el ejercicio de las potestades reglamentarias de la Administración. En cualquier caso, la propia norma agrega que el encargo al legislador no sólo se refiere a disponer la

expropiación, sino también a calificar y expresar la causa de la expropiación a fin de velar por su constitucionalidad.

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

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

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

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

constitucionalmente protegido, y es esa sustracción la que motiva la indemnización.”

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

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

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

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

Ahora bien, cabe señalar que la técnica de la expropiación fue utilizada a efectos de disponer la publicación de todas las aguas en el año 1967. Al respecto, y sirviendo de antesala a la Ley No. 16.640, de Reforma

Agraria, la Ley No. 16.615 dispuso una reforma constitucional conforme a la cual *“La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción”*.

Pero es necesario advertir que una cosa es la expropiación de las aguas que, a la fecha de la Ley No. 16.640, tenían el carácter de “aguas privadas” de conformidad a los términos el Código Civil, y otra se refiere a la expropiación de los derechos de aprovechamiento de aguas que se constituyen sobre las “aguas públicas”, sea en virtud de la ley o mediando un procedimiento concesional. Los miembros de la Comisión Ortúzar no tuvieron claridad sobre esta distinción regulatoria⁶⁷.

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

⁶⁷ *Vid.*, especialmente, las actas de la Sesión No. 182 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de enero de 1976.

cubría el supuesto especial contemplado para los derechos de aprovechamiento, creando una reiteración innecesaria.

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

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

El principal medio de protección de la garantía que confiere la propietarización de un derecho se articula por medio del denominado “recurso de protección”, consagrado en el artículo 20 CPR. En realidad, más que un recurso, constituye una acción de rango constitucional⁶⁸, destinada a restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado cuando éste “*por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio*” de ciertos derechos y garantías reconocidos en el artículo 19 CPR, entre los que se encuentra el derecho de propiedad. Esta protección por supuesto que ampara también al titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, en exactamente los mismos términos que respecto al dominio sobre cualquier otra clase de bienes. O, como indica VERGARA BLANCO (1998a, p. 314):

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

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

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

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

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

La antijuridicidad de la actuación u omisión resultará en su arbitrariedad o ilegalidad, perturbando o amenazando el ejercicio de las garantías constitucionales cubiertas por el recurso. La arbitrariedad está dirigida a cubrir los supuestos en que la acción u omisión del infractor no tiene justificación racional alguna, suponiendo que ha existido “carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, falta de proporción en los medios empleados, o ausencia o inexistencia de hechos que fundamentan la acción u omisión recurrida”⁷⁰. La ilegalidad, por su parte, parece un concepto más simple de definir, en tanto se refiere a situaciones que “no se atienen a la normativa por la cual debe regirse, o cuando un órgano ejerce atribuciones exclusivas en forma indebida, contrariando la ley” (PFEFFER, 2006, p. 98).

- b. *Que por causa de dichos actos u omisiones se haya producido una “privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de*

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

⁷⁰ SOTO KLOSS, 1992, p. 189.

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

- c. *Que se trate de aquellos derechos y garantías específicamente contemplados en el artículo 20 CPR.* Como se refleja en el texto constitucional, no era pretensión de la Comisión Constituyente que todas las garantías constitucionales fuesen efectivamente resguardadas por el “recurso de protección”, excluyendo expresamente a aquellos derechos económicos o sociales (generalmente denominados como de “segunda generación”). Esta circunstancia ha sido precisamente aquélla que ha dado lugar a que, en un intento de equidad, los tribunales hayan pretendido ampliar el ámbito expreso del recurso, generalmente mediante el uso de la técnica de la propietarización de los derechos⁷¹.

Sobre los titulares de la acción de protección, el artículo 20 CPR dispone que “*El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos (...)*”. Para MOLINA GUAITA (2006, pp. 287 y 288), la expresión “*El que...*” utilizada por el constituyente “señala el sujeto protegido con la acción, dándole la mayor generalidad, comprensiva de personas naturales, sea que actúen individual o colectivamente; de asociaciones, sea que tengan o no personalidad jurídica; sea personas jurídicas de derecho privado o de derecho público. Nos parece que, siendo una garantía constitucional de gran amplitud, debe conjugarse con la expresión inicial del artículo 19 que [señala] “la Constitución asegura a todas las personas”,

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

y en consecuencia, todas las personas, en la amplitud señalada en esa disposición, es la que corresponde a la inicial del artículo 20: “El que...”, que podrá leerse como “toda persona que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales...”

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

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

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

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

por una ley, deberá presentar un recurso de inaplicabilidad para el caso concreto, de conformidad al artículo 93, números 6° y 7° CPR⁷².

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

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

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

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

Opinión contraria sugieren los citados autores (2003, p. 75), al indicar que el carácter netamente jurisdiccional de las facultades ejercidas por los Tribunales Superiores de Justicia en el conocimiento y fallo del “recurso de protección” supone hacer aplicable las garantías del debido proceso (reconocidas en el artículo 19, número 3 CPR), requiriendo, entre otros, la bilateralidad de la audiencia y la igualdad jurídica de las partes en conflicto.

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

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

“[su] propósito fundamental era crear un mecanismo procesal ágil y expedito de protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y no

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

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

cubiertos por el Recurso de Amparo, lo que debiera entenderse sin perjuicio de los procedimientos ordinarios civiles y criminales que dispone el ordenamiento” (FERRADA /BORDALÍ / CAZOR, 2003, p. 71).

4. *La protección de la esencia del derecho de propiedad (artículo 19, No. 26 CPR) como “supragarantía constitucional”*

En el Derecho chileno, la consagración constitucional de la “no afectación de los derechos en su esencia” (artículo 19, número 26 CPR) tuvo su origen en las sesiones de la Comisión Ortúzar, precisamente al momento de tratar el derecho de propiedad. Surge, en un principio, la inquietud de limitar las amplísimas atribuciones que, con respecto a la regulación de la propiedad, habían sido entregadas al legislador con motivo de la reserva legal para que éste estableciera los modos de adquirir la propiedad, usar, gozar y disponer de ella.

Para estos efectos, el constituyente tuvo en consideración lo dispuesto en el párrafo 19.2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, al señalar enfáticamente que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia,” imposibilitando que las leyes pudiesen afectar la “esencia del derecho mismo”. A partir de esta idea, comienza un profundo debate, relativo a la conceptualización de lo que debe entenderse por “esencia del derecho” (su contenido), la inclusión o no de un precepto relativo al concepto, y la ubicación que el mismo debía tener dentro de la CPR⁷⁶.

La esencia del derecho de propiedad servía como límite en la delimitación entre lo que debía entenderse por “limitación” y “privación” del dominio. Así, si se afectaba el derecho de propiedad en su esencia, se trataba de una expropiación, la cual debía indemnizarse⁷⁷. Al contrario,

⁷⁶ Acta de la Sesión No. 36 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 30 de abril de 1974.

⁷⁷ Acta de la Sesión No. 36 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 30 de abril de 1974. En el mismo sentido, Manuel VALDÉS, Vicepresidente de la Confederación de la Producción y del Comercio, que expuso en la Sesión No. 39 de la misma Comisión, celebrada el 9 de mayo de 1974, sobre el memorándum elaborado por la Comisión y

cualquier afectación accidental del derecho debía someterse a la lógica y requisitos de la limitación del derecho que, fundada en la función social de la propiedad, no merecía indemnización.

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

Así, una primera (y, a nuestro juicio, errada) aproximación a su conceptualización la otorga el comisionado PHILLIPPI, quien sostuvo “que el concepto de esencia no es ajeno al ordenamiento positivo nacional, ya que se contiene en el artículo 1.444 del Código Civil”⁷⁸, relativo a los elementos de la esencia de los contratos, advirtiendo además que tenía la ventaja de ser un concepto bastante flexible por cuanto se adaptaba al devenir de los tiempos. A su vez, el comisionado RODRÍGUEZ puntualizaba que “el hecho de no atentar contra la garantía constitucional del derecho de propiedad no quiere decir que por ley no se pueda modificar o alterar la forma de uso, goce y disposición del dominio, sino que significa que no se pueden modificar o alterar en términos tales que la propiedad desaparezca.”⁷⁹ Como se puede apreciar, para explicar los conceptos que figurarían en la CPR, la Comisión Ortúzar se remitía, en lo relativo al derecho de propiedad, a las categorías civilistas, lo que dificultaba aún más una comprensión coherente del dominio.⁸⁰

Para Enrique EVANS DE LA CUADRA, el concepto “esencia del derecho” no podía definirse y constituía “un concepto, un valor, un bien jurídico, una institución, una entidad, una creación, una entelequia

aprobado por la Junta de Gobierno que contiene los principios y objetivos fundamentales de la nueva Carta Política.

⁷⁸ Acta de la Sesión No. 148 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 26 de agosto de 1975.

⁷⁹ Acta de la Sesión No. 148 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 26 de agosto de 1975.

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

superior al texto constitucional; una entidad congelada”⁸¹. Para el citado comisionado, la referencia de la esencia del dominio a los elementos constitutivos del mismo suponía petrificar la institución de la propiedad y, muy por el contrario, si se quería la inclusión del mismo concepto en el texto constitucional, debía hacerse con motivo de la reserva legal.

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

Para la Comisión Ortúzar, el problema estribaba en que como la CPR no definía los elementos constitutivos del dominio, bien podría el legislador *a posteriori* conceptualizar el derecho de propiedad de una manera distinta, desnaturalizándolo, afectando lo que hoy se entiende como “esencia del dominio” sin que ello pudiese estimarse como inconstitucional, por cuanto ello estaría dentro de su competencia⁸². Sin embargo, para dicha Comisión, el estimar que la protección de la esencia del dominio no sólo debía referirse a la reserva legal, sino también a los modos de adquirir el dominio, implicaba confundir dos supuestos distintos, el derecho de propiedad y el derecho a la propiedad⁸³.

Tras largos debates, finalmente en la Sesión No. 159, celebrada el 16 de octubre de 1975, la Comisión Ortúzar se inclinó por determinar lo que debe entenderse por “esencia del derecho de propiedad”. En palabras del Presidente de la Comisión, Enrique ORTÚZAR ESCOBAR,

“La esencia del derecho, (...), no es sólo la facultad de usar, administrar, gozar y disponer; es algo más, e inclusive sin privar

⁸¹ Acta de la Sesión No.150 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 4 de septiembre de 1975.

⁸² En este sentido se pronunció Enique ORTÚZAR ESCOBAR en la Sesión No. 155 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de octubre de 1975.

⁸³ Acta de la Sesión No. 157 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 9 de octubre de 1975.

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

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

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

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

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

Sin perjuicio de las anteriores conceptualizaciones, para la Comisión Ortúzar, los elementos de la “esencia” del derecho de propiedad

⁸⁴ Acta de la Sesión No. 155 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de octubre de 1975.

lo constituían las facultades del dominio (uso, goce y disposición)⁸⁵, los atributos del dominio (en especial la perpetuidad) y los modos de adquirir la propiedad.

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

A este respecto, se ha estimado que la CPR contendría una disposición general para proteger la esencia de todos los derechos y garantías de la CPR y una especial relativa al derecho de propiedad, en su inciso tercero, como garantía frente a la expropiación, “porque, sin duda, el derecho de propiedad es el más expuesto a ser vulnerado, y, por su naturaleza, es el que tiene más limitaciones”⁸⁷. De esta forma, el inciso tercero del artículo 19, número 24 CPR dispone que *“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”*. La idea que subyace en esta disposición es que el derecho de propiedad no sólo puede ser limitado por el legislador, sino que

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

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

⁸⁷ Palabras de Enrique ORTÚZAR ESCOBAR en la Sesión No.158 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de octubre de 1975.

además su titular puede ser despojado del mismo, afectando de este modo la esencia. En este último caso, y tal como lo decíamos al comienzo, la piedra de tope a la afectación de la esencia la constituye la expropiación, la cual debe indemnizarse.

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

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

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

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

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

La importancia de la distinción estriba en que:

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

Conclusiones éstas que, a nuestro juicio, yerran en la lectura del artículo 19, números 24 y 26 CPR. Cabe señalar que la redacción del

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

artículo 19, número 24 CPR apunta a los derechos de propiedad que el particular ya ha incluido en su patrimonio conforme a la legislación vigente al tiempo de su adquisición. Como es evidente, sólo es posible “expropiar” a alguien de aquellos bienes que ya se encuentran radicados en su haber. Sin embargo, el artículo 19, número 26 CPR no puede referirse, conforme a su texto, a los derechos de los cuales una persona ya es titular, sino al estatuto legal que el propio constituyente ha ordenado al legislador para complementar o regular los términos de una determinada garantía. Así, sería imposible conferir alguna posibilidad de compensación a un supuesto titular de un derecho que aún no ha sido adquirido, en cuanto la regla se refiere aún al estado de creación de la ley que, ordenada por el constituyente, complementa o regula una garantía constitucional.

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

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

En este mismo sentido, el TC ha fallado que *“De la sola lectura de esta norma se desprende que las inconstitucionalidades que se pueden derivar de esta disposición, sólo deben sustentarse en los "preceptos legales" que afecten la esencia de*

*los derechos, lo que no podría aplicarse a los decretos supremos, pues éstos no tienen tal calidad*⁸⁹.

De esta manera, será el legislador el que, al cumplir el cometido constitucional, no podrá afectar el estatuto jurídico constitucional de las garantías reconocidas en el texto de la Ley Fundamental. Así, corresponde al legislador desentrañar cuál es el contenido esencial de cada una de las garantías reconocidas constitucionalmente, de tal modo que al complementarlas (si existe el mandato constitucional para ello) no termine por hacerlas ilusorias, privándolas de aquello que le es consustancial.⁹⁰ A este respecto, el TC ha fallado que “*un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica*”⁹¹.

A modo de ejemplo, en el caso de la garantía del derecho de propiedad del artículo 19, número 24 CPR, la Constitución, por medio de reserva legal, ha ordenado al legislador determinar los modos de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad. El legislador, previo a complementar y regular esta garantía, deberá, *en primer lugar*, verificar que

⁸⁹ Considerando vigésimo octavo de la sentencia del TC, Rol No. 167, de 6 de abril de 1993.

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

⁹¹ Considerando vigésimo primero de la sentencia del TC, Rol No. 43, de 24 de febrero 1987, relativa al proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Partidos Políticos.

exista el mandato constitucional expreso que le encomiende dicha tarea; *en segundo lugar*, conocer hasta dónde llega el cometido constitucional, es decir, cuáles son los límites a la regulación o complementación extendidas al legislador⁹²; y, *en tercer lugar*, deberá determinar cuál es el núcleo infranqueable de la propiedad, en otras palabras, qué hace que la propiedad sea lo que es.

De esta manera, la garantía constitucional de “reserva legal” contenida en el artículo 19, número 24 CPR, funcionará de la siguiente manera. En caso de que una norma de carácter reglamentario pretendiere regular, limitar o privar a alguien de su propiedad, o de sus atributos o facultades esenciales, el acto administrativo será inconstitucional por vulnerar la reserva legal dispuesta en dicha norma. De este modo, la privación o amenaza de privación del derecho podrá ser objeto del ejercicio de la acción de protección dispuesta en el artículo 20 CPR.

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

⁹² En este sentido, aunque con relación a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, el TC ha fallado que “la Constitución establece reservas de ley determinadas, por las cuales el legislador puede regular y afectar el ejercicio de dichos derechos; cabe examinar, entonces, si el precepto aludido se encuentra comprendido en dichas habilitaciones o, por el contrario, está fuera de ellas, de lo cual derivará su constitucionalidad o inconstitucionalidad” (Considerando décimo de la sentencia del TC, Rol No. 1.243, de 30 de diciembre de 2008).

de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en los términos previstos en el artículo 93, números 6 y 7 CPR.

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

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

En síntesis, la disposición constitucional del artículo 19, número 26 CPR, tiene una verdadera aplicación práctica como mandato al legislador. Siguiendo a SACCO AQUINO (2006, p. 497), entendemos que la disposición constitucional en estudio, que constituye una norma de intangibilidad, no

⁹³ Considerando trigésimo cuarto de la sentencia del TC, Rol No. 1.260, de 7 de mayo de 2009. Sobre el particular, también *vid.* también sentencias Roles Nos. 541, 1.046 y 1.061.

es meramente programática, sino que tiene aplicación directa, al menos, en tres aspectos:

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

CAPÍTULO II

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

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

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

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

De esta manera, el estudio del demanio en el ordenamiento jurídico chileno, se articulará, en *prima facie*, sobre la base de la prescindencia del elemento subjetivo o ausencia de titularidad pública por parte de la Administración. A partir de dicha constatación, el estudio de los elementos teleológico y normativo de la publicación necesariamente deberá tener un

cariz distinto que el planteado en la doctrina tradicional. De este modo, la finalidad de la *publicatio* no está limitada por un supuesto respeto a la titularidad pública, del mismo modo que la inalienabilidad del bien público sólo implicará una protección a su consideración de *res extra commercium*.

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

§1. Régimen legal de las aguas corrientes vigente en Chile como parte de la categoría de los bienes nacionales de uso público

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

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

propietarios riberaños (artículo 596 CC)⁹⁴. También quedaban sujetas al régimen privado las aguas que fueren conducidas por cauces artificiales construidos a expensa ajena, perteneciendo a quien hubiese construido el cauce sujeto a los requisitos legales (artículo 837 CC), “regla que pretendía proveer incentivos para el desarrollo privado del riego al reconocer derechos a las aguas una vez que se habían desviado de los ríos” (BAUER, 2002, p. 64). Finalmente, las aguas lluvias quedaban sujetas al eventual aprovechamiento que de ellas pudiese hacer el dueño de una heredad, mientras pasasen por un camino público, pudiendo incluso torcer su curso para servirse de ellas (artículo 838 CC)⁹⁵.

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

Respecto a las aguas públicas, en el Código Civil se revelaba, como lo hace también respecto a los demás bienes nacionales de uso público, una mera finalidad de clasificar las aguas a efectos de someterlas o no al régimen de propiedad privada y comerciabilidad contemplado en el mismo cuerpo legal. La clasificación no pretendía, en consecuencia, configurar el

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

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

régimen jurídico que se asignaba a los bienes que no podían formar parte del dominio privado, salvo la indicación de que su uso correspondía a todos los habitantes de la nación y que, ya referidos a los cursos de aguas, su aprovechamiento se sujetaba a la previa obtención de una merced (artículo 860 CC) o a la ostentación de la calidad de propietario ribereño (artículo 834 CC). El régimen público que correspondía a cada bien nacional de uso público, escapaba así del interés del legislador civil, pero ello no implicaba que sus reglas no concedieran idea alguna (si bien, bastante incompleta) de las razones de la publicación.

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

En cualquier caso, la caracterización de las aguas corrientes como bienes nacionales de uso público nos otorga el punto de partida de este análisis, en cuanto hace aplicable todas las conclusiones a las que

arribaremos en el epígrafe siguiente. Lo anterior, especialmente en términos de negar la existencia de un elemento subjetivo (o propiedad de las entidades públicas), poniendo el foco de atención en su elemento teleológico o finalidad de la publicación. Iluminado por este último, la regulación aplicable supondrá, en primer término, su destierro de la lógica jurídico – privada, y, luego, la necesidad de crear alguna fórmula de aprovechamiento por parte de los administrados.

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

En la actualidad, las facultades de uso privativo de las aguas conforme a sistemas de acceso abierto sólo se manifiestan para las actividades no extractivas, que incluyen, entre otras, su uso para fines de transporte, recreacionales, o turísticos⁹⁶. Conforme a éste, todos los administrados pueden aprovechar los beneficios que reporta el uso de las aguas, sin que existan fórmulas particulares de exclusión. Entonces, para estos efectos, la principal finalidad de la publicación de las aguas no

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

puede ser sino la seguridad otorgada por parte del ordenamiento jurídico de que aquéllas estarán disponibles a todos los administrados, a quienes se les concede su uso común y general.

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

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

Aunque sólo en el Capítulo siguiente nos referiremos particularmente a la configuración de esta clase de derechos público

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

En primer término, el ordenamiento jurídico chileno utiliza la técnica de la publicación respecto a todas las aguas corrientes (artículos 5 CA y 595 CC), pero no respecto a los derechos públicos subjetivos que suponen la conformación de un sistema concesional. Tales derechos no se encuentran publicados (no habría razón para hacerlo), de manera que no parece haber incongruencia en sujetarlos a la lógica del Derecho privado, reconociendo su contenido esencialmente patrimonial. Efectivamente existiría una inconsistencia en la publicación de un bien con la configuración de un mercado como método de asignación. En el Derecho chileno, a diferencia del español, tal incompatibilidad no se produce en razón de tratarse de bienes sujetos al dominio de la Administración pública, sino precisamente porque los bienes públicos son inapropiables, de tal suerte que, no pudiendo existir derechos de propiedad sobre ellos, difícilmente puede conformarse un mercado. Por ello es acertada la conclusión de MENÉNDEZ REXACH (1996, p. 142), al señalar que:

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

Sin embargo, nos parece que esta idea sólo puede excluir la existencia de un “mercado de aguas”, pero no necesariamente la de un “mercado de

derechos de aprovechamiento de aguas”, que es lo que efectivamente se propone⁹⁷.

De este modo, si bien tal derecho subjetivo está sometido a las reglas del Derecho público, esta rama del ordenamiento jurídico bien puede reconducirlo a las reglas del Derecho privado a efectos de reglar tal contenido patrimonial, especialmente en lo que se refiere a su régimen de propiedad (artículo 6 CA) como a su transferibilidad (artículo 21 CA). Pero ello no es connatural a la configuración de cualquier derecho público subjetivo, como se aprecia de la evolución normativa del Derecho de aguas en Chile (especialmente en el régimen previsto en el contexto de la reforma agraria por parte de la Ley No. 16.640), sino sólo en cuanto la principal motivación de la publicación se refiera a la asignación eficiente del recurso. De ser así, el legislador chileno de la década de los ochenta descubre que tal eficiencia no puede ser lograda mediante un sistema centralizado de asignación (pre-establecida por el legislador o la Administración), sino en referencia al mercado. Y, a tales efectos, no crea una nueva normativa que regule las reglas básicas de tal mercado, sino que sólo lo refiere a las reglas jurídico – privadas que se basan precisamente en su existencia para la circulación de los bienes.

En segundo lugar, la distinción entre estas dos dimensiones regulatorias (aguas corrientes y derechos de aprovechamiento) nos permite diferenciar las consecuencias del camino alternativo de no utilizar la técnica de la publicación de las aguas, sometiéndolas igualmente a la regulación jurídica – privada y, en consecuencia, a su asignación por medio del mercado. Cabe advertir, preliminarmente, que la ausencia de la *publicatio* también implicaría que no podría lograrse la finalidad de uso común y general de las aguas para los usos no extractivos. De este modo, bien puede señalarse que, en ciertos sectores, pueden ponerse en riesgo, incluso, la libertad ambulatoria de los administrados. Luego, la reseñada

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

dificultad en identificar unidades de agua aún dentro de la fuente de abastecimiento (*facility*) dificulta también su posibilidad de transferencia. La indeterminación (o, más bien, su carácter meramente determinable) jurídicamente también impediría la constitución de derechos de propiedad sobre ellas porque, como todo derecho real, requerirá de la identificación específica de su objeto. De este modo, nuevamente la ausencia de un derecho de propiedad sobre las aguas impedirá la existencia de un “mercado de aguas”. La única alternativa sobre este particular, aunque sujeta a ciertas interferencias por la existencia del principio de unidad de la corriente, podría estar dada por la privatización de las fuentes de abastecimiento (ríos, lagos, entre otros), como continente que incluye las unidades de aguas que conforman su contenido. Pero, sabemos que la Ley No. 16.640, de 1967, erradicó esta alternativa al publicar todos los ríos y lagos existentes en el territorio nacional.

En estos sentidos, el sistema concesional permite la creación de un nuevo bien de carácter definido e identificable, que, por una parte, admite la configuración de un derecho de propiedad (titularidad) sobre él mismo, y, por otra, no se trata de un bien publicado, sino que sólo se ejerce sobre un bien público. Este último elemento, entonces, no restringirá teóricamente la existencia de un mercado como mecanismo de reasignación, sino sólo en tanto las razones de su publicación sean incompatibles con él. Así ocurre, por ejemplo, en el Derecho español, sujeto a un régimen de asignación centralizado, en que la autoridad administrativa (teniendo en cuenta tanto criterios de eficiencia como de equidad) distribuye el recurso hídrico conforme a criterios pre-establecidos, sólo recurrirá al mercado como mecanismo de reasignación de manera muy residual y extremadamente reglada. En cambio, si la razón misma de la publicación, al menos en relación a las actividades extractivas, se refiere a la búsqueda de su asignación eficiente, la existencia de un mercado será tan connatural como necesaria para el cumplimiento de tal finalidad.

§2. *Régimen legal de los bienes nacionales de uso público*

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

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

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

En consecuencia, la conceptualización de los bienes nacionales de uso público se encuentra en disposiciones de rango legal. A este respecto, el artículo 589 CC dispone que “*Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.// Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos*”. Profundizaremos en esta noción a la luz de los elementos doctrinales que se han elaborado para explicar su conformación, aunque cabe advertir que esta explicación se ha desarrollado históricamente a partir de ideas que se han “apropiado” de una cierta noción privatista, hasta evolucionar a una construcción puramente pública.

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

Pero cabe advertir que, en la mayor parte de los Derechos continentales, la conformación doctrinal del demanio se ha estructurado principalmente desde la idea del dominio de las Administraciones Públicas de determinados bienes (elemento subjctivo) para la consecución de sus funciones públicas (elemento teleológico), sin descartar los otros dos elementos. En otras palabras, para estos sistemas, el elemento subjctivo es el aspecto central sobre el cual se estructuran los demás. A diferencia de lo anterior, creemos que el sistema dogmático - jurídico chileno prescinde del vínculo dominical del Estado y se conforma sobre la base de una finalidad, que, dado el mandato constitucional, debe estar basada en la satisfacción de un interés general, y cuya regulación constituye un régimen exorbitante al Derecho común a efectos de cumplir con tal cometido. De este modo,

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

estimamos prudente dar cuenta de los elementos centrales que deben tenerse en cuenta en la construcción del concepto de dominio público a efectos de ubicar en su núcleo, no la titularidad de tales bienes (elemento inexistente en su configuración), sino en su afectación al cumplimiento de ciertos intereses generales, entendiendo que para ello es indispensable acudir a la técnica de la publicación.

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

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

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

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

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

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

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

A este respecto, es conveniente indicar que los desajustes con los conceptos doctrinales europeos a nuestro juicio surgen de la evidencia que mientras éstos se centran en la titularidad de los bienes por parte de las Administraciones públicas (como elemento subjetivo), el Derecho chileno niega valor a este aspecto, confiriendo una noción política de pertenencia

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

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

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

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

a) *Perspectiva histórica y comparada*

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

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

Aunque no siempre fue de este modo, si atendemos el tenor de la Ley francesa de 22 de noviembre – 1 de diciembre de 1790, que asignó a la

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

nación los bienes que antes correspondían a la Corona¹⁰¹. De ahí la denominación inicial de “bienes nacionales”, tendencia que bien responde a la noción romana que concedía la titularidad de los bienes públicos al pueblo, al *Populum Romanus*, calificándolos especialmente por su nota del destino a un uso público, a efectos de distinguirlos de las *res fisci* y de las *res omnia communis* (GARCÍA-TREVIJANO, 1959, p. 12).

Esta idea tuvo una particular evolución en los ordenamientos medievales¹⁰², entendiendo al monarca como verdadero heredero del *Populus Romanus*, justificando la adquisición de títulos reales (regalías) para la conservación de la *pax publica*¹⁰³. PAREJO (1983, p. 2.389) califica esta cuestión indicando que “Lo que en Derecho romano tenía una naturaleza predominantemente objetiva (el régimen exorbitante de los bienes por su uso y destino) sufre un profundo y definitivo proceso de subjetivización”.

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

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

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

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

monarca sólo tiene un derecho de superintendencia (RIGAUD, 1914, pp. 179 y 180)¹⁰⁴.

Posteriormente, la cesión del dominio de la Corona a la nación respondía al afán revolucionario y a las ideas liberales que conferían soberanía al pueblo, y así se plasmó en la citada ley francesa de 1790. Pero esta construcción original será variada para conferir a esta “nación” una estructura formal, jurídica y subjetivada, a través de la figura del “Estado” que, desde el punto de vista del dominio público, se traduce en que el codificador civil francés hace girar el concepto en torno a su elemento subjetivo, su titularidad (GARCÍA-TREVIJANO, 1959, p. 14). Las razones de esta modificación, a juicio de RIGAUD (1914, p. 182), responden a la búsqueda de una mayor conformidad con el estilo administrativista del Consulado y el Imperio, aun cuando no existiera una profunda mutación en el sentido que se le quiere dar al nuevo concepto.

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

Sin embargo, la tendencia estatificadora es la que termina por predominar, de manera que la mejor doctrina europea califica el demanio público como una propiedad administrativa, de tal suerte que si la

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

Administración pierde titularidad, se pierde el carácter público del bien¹⁰⁵. Como resume SAINZ MORENO (1999, p. 488):

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

Pero la doctrina europea, particularmente la española, no desalojan la afectación del núcleo del dominio público, sino que lo conjugan con la titularidad, principalmente como afectación a las potestades del ente público titular. Así, el texto puramente subjetivista de la codificación francesa alguna mutación sufre en su recepción en la codificación española, que agrega la referencia expresa a su destino, a efectos de distinguir el régimen de los bienes públicos de los bienes patrimoniales (privados) de la Administración (artículo 339 del Código Civil español). Esfuerzo éste que, en el Derecho francés, debió afrontar la doctrina, especialmente a partir de la obra de PROUDHON (1835, *passim*) a efectos de construir sus regímenes jurídicos.

b) Derecho chileno

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

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

*plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos*¹⁰⁶.

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

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

“Los bienes de la nación son de varias especies. Los unos pertenecen a los individuos o comunidades particulares (como ciudades, monasterios, gremios) y se llaman “particulares”, los otros a la comunidad entera y se llaman “públicos”. Divídanse éstos últimos en los “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, verbigracia, las fortificaciones y arsenales, o pueden consistir, como los bienes de los particulares, en tierras, casas, haciendas, bosques, minas, que se adquieren por cuenta del estado; en muebles, en derechos y acciones”.

También podemos citar a ESCRICHE (1838, pp. 74 y 75), anotado por Bello en esta materia, quien definía los “bienes públicos” como “Los que en cuanto a la propiedad pertenecen a un pueblo o nación, y en cuanto al uso a todos los individuos del distrito (...)” Lo relevante, a nuestro juicio, es que la descripción dada por ESCRICHE a los citados bienes se

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

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

Pero bien es posible admitir que las ideas propuestas por el codificador chileno tienen raíces más profundas, incluso reconocible en la clasificación de los bienes ofrecida por CELSO en tiempos del Derecho romano, distinguiendo entre *res publicae*, las *res usui destinae* (*quae non in peculia populi, sed in publico usu habeantur, res quae publico usui destinatae sunt*), y las *res in pecunia* o *in patrimonio populi*¹⁰⁸. Así, como agrega GAYO en las Institutas (II, 11), los bienes públicos son considerados como bienes pertenecientes a nadie en particular, sino que son reputados como pertenecientes a la comunidad. Bienes que, en definitiva, se entienden pertenecer al *Populus Romanus*, no como persona jurídica, sino como una “comunidad organizada de ciudadanos romanos” (MONTT, 2002, p. 51). El centro de atención del dominio público en el Derecho romano, nos

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

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

señala FERNÁNDEZ DE VELASCO (1942, p. 119), no es subjetivo, sino objetivo, de destino o fin.

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

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

Tales argumentos pueden ser resumidos del siguiente modo:

- (a) La legislación chilena se ha planteado de modo diferente, quizás más acabado, que el propuesto por el *Code Civil*. Conforme a éste, en una técnica replicada en el Código Civil español¹⁰⁹, la categoría de los bienes públicos se encuentra bajo la rúbrica del Libro II, Capítulo III, denominada “*Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent*”, y carece de cualquier conceptualización del dominio público, bastándose con la referencia a los bienes “que no pertenecen a los particulares” (artículo 537) y el listado ejemplificador, cuyo punto común estará dado por tratarse de cosas no

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

susceptibles de propiedad privada, contenido en los artículos 538 a 540¹¹⁰.

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

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

Sin embargo, estimamos que, pese a esta alusión, no hay una verdadera coincidencia entre el pensamiento de BELLO y de DELVINCOURT en esta materia. A mayor abundamiento, el criterio de distinción empleado por el autor francés entre los bienes que denominaríamos públicos y fiscales no se refiere a su utilización pública (del *populus*), como advierte BELLO en el artículo 589 CC antes citado (ALESSANDRI / SOMARRIVA /

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

VODANOVIC, 1998, p. 102), sino sólo en que los bienes públicos se califican como aquéllos “*qu’ils ne peuvent, sans changer de nature, cesser d’en faire partie...*” (DELVINCOURT, 1825, p. 306), haciendo referencia a su inalienabilidad.

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

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

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

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

La falta de titularidad real e individual de estos bienes públicos se satisface, para los fines que se pretende (extracomercialidad y uso público) en la designación de una pertenencia colectiva, general a todos los hombres,

aunque la fórmula tiene un escaso valor para la satisfacción de la idea de “dominio” en los términos de las codificaciones decimonónicas.

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

Por su parte, la ley francesa de 1790 configura los bienes públicos bajo la fórmula de “bienes nacionales”, en la que la nación es “dueña” de esta clase de bienes, y, en tanto colectividad, se le conceden todas las facultades y atributos del dominio, del mismo modo que respecto a la propiedad individual. Justificación ésta que se adapta de mejor modo a las ideas civilistas de los bienes públicos que, conforme a la estructura de la regulación concedida a los bienes, requiere de titularidad a efectos de no caer en la categoría de los *res nullius*¹¹¹. Entonces, en lugar de disponer que tales bienes “son de nadie”, prefiere decirse que éstos “son de todos”.

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

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

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

De este modo, sí aparece una cierta distinción entre los *ager publicus*, como bienes inmuebles que son asignados en propiedad a los entes públicos (artículo 590 CC), y las *res publicae*, que, conforme señala PAREJO (1983, p. 2.388), “aludían primariamente a un régimen jurídico resultante de la necesidad de resolver un conflicto de intereses, centrado en la utilización común de cosas inconstruible sobre la técnica de la servidumbre. El pragmatismo romano llevó, para la adecuada resolución de aquel conflicto, a la exclusión de los bienes del tráfico jurídico ordinario privado, confiando la protección del uso del bien a la autoridad pública; si bien a excitación privada a través del instrumento interdictal”. Esta utilización colectiva, como se deduce de la propia definición del artículo 589 CC, constituye el núcleo del concepto del dominio público chileno.

Como concluye el mismo PAREJO (1983, p. 2.388), “La fórmula así hallada no prejuzga sobre la propiedad pública de los bienes, significa únicamente que en ella este elemento no es determinante.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, el aspecto subjetivo de los bienes públicos no parece querer resolverse en el Derecho chileno en iguales términos que en el Derecho comparado. No hay referencia alguna a una suerte de dominio estatal, ni a alguna forma específica de entidad administrativa (como ocurre en el artículo 339 del Código Civil español)¹¹⁵. Sobre lo primero, hemos de añadir que, respecto a esta clase de bienes, difícilmente podrá pensarse que su titularidad corresponde al Estado, ni aun sujetándose a la valoración política de esta noción, como tampoco al Fisco, ya dotado aquél de una cierta personalidad¹¹⁶. Ello, en contraposición a un muy discutible artículo 19, número 24 CPR, que dispone que “*El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (...)*” y por el hecho que el propio constituyente ha discriminado los conceptos de Estado y nación (artículos 6 y 7 CPR) (VERGARA BLANCO, 2001, pp. 373 - 375)¹¹⁷. Como señala MORILLO-VELARDE (1992, pp. 114 - 115), aunque plenamente aplicable para el Derecho chileno:

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

¹¹⁶ El propio TC ha declarado, siguiendo en ello los textos legales aplicables, la pertenencia de los bienes nacionales de uso público a la nación, sin alusión alguna a una titularidad pública radicada en la Administración (considerando sexto de la Sentencia del TC No. 245 y 246 (acumulados), de 2 diciembre 1996, y considerando décimocuarto de la Sentencia del TC No. 1141, de 17 de marzo de 2009).

¹¹⁷ Considérese también que, a contar de la CPR de 1980 se elimina el concepto de “reserva estatal” que había consagrado en el texto constitucional de 1925, a partir de la reforma de la Ley No. 16.615, de 20 de enero de 1967 (“*Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de los recursos naturales, de los bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o*”).

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

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

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

cultural del país...”), y, luego, en el Acta Constitucional N°3 contenida en el Decreto Ley No. 1.552, de 13 de septiembre de 1976 (“*La ley, en casos calificados y cuando así lo exija el interés nacional, puede reservar al Estado determinados bienes que carecen de dueño y, también, limitar o establecer requisitos para la adquisición de algunos bienes...*”).

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

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

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

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

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

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

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

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

Pero estas explicaciones chocan frontalmente con la legislación chilena, que, salvo para el discutible caso de las minas (artículo 19, número 24 CPR y 591 CC), atribuye directamente a la nación la titularidad sobre los bienes nacionales de uso público. La impertinencia de la voz “dominio” en el artículo 589 CC, fruto de las infiltraciones civilistas, queda superado

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

en la CPR, de tal suerte que la pertenencia de los bienes públicos a la nación no debe entenderse jamás como una propiedad formal, expresada en términos de un derecho real, sino como una fórmula de destinación de los bienes al uso público a modo de satisfacer un interés general.

En suma, el denominado “elemento subjetivo” planteado por la doctrina europea se desvanece en la ausencia de tal titularidad conforme al Derecho chileno, titularidad innecesaria para los fines que se persiguen, justificándose su régimen únicamente en su afectación. La insusceptibilidad de dominio privado de esta clase de bienes no requiere ser justificada por su titularidad pública, sino sólo por su destinación a una finalidad de interés público que no podría cumplirse haciendo uso de la propiedad privada, ni siquiera en la justificación de su función social. Todo lo anterior, como veremos más adelante, queda reforzado con la creación de un régimen especial exorbitante al Derecho privado justamente fundamentado en la abolición de la propiedad privada en la regulación de los bienes públicos. De esta forma, cualquier vínculo dominical que se pretenda establecer entre estos bienes y el Estado, no sólo carecería de los cimientos para estructurarse, sino que se erigiría en contra de las reglas jurídicas que gobiernan los bienes públicos.

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

“Le domaine public, matériellement considéré, s’entend donc des choses qui appartiennent à l’être moral et collectif que nous appelons le public, comme le domaine privé s’entend des choses qui appartiennent aux différents particuliers; mais, pour bien saisir la

différence essentielle qui existe entre ces deux espèces, il faut pousser la comparaison plus loin.”

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

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

Conjuntamente con las influencias hispanas precodificadas y los primeros textos franceses, se explica así la poca feliz alusión al dominio empleada por BELLO en el artículo 589 CC, dogmáticamente incorrecta, aun cuando se haga a modo de “*domaine de protection*” al que hace referencia PROUDHON. En cualquier caso, la definición del CC no proviene de una conceptualización del citado autor francés, sino que es tomada de Joaquín ESCRICHE, conforme a su Diccionario antes citado. En suma, este “dominio”, que no es propiamente dominio, sólo se justifica a fin de proteger la destinación pública del bien, a modo de satisfacción del interés general que ha motivado su publicación. Y como no se reconoce una titularidad sustantiva, que no parece necesaria para otorgar la señalada protección, el denominado “elemento subjetivo” no requiere formar parte del concepto de dominio público. Así lo ha sostenido también el TC, al considerar que “Estos bienes son entregados para administración, es decir,

¹²⁰ De ahí la crítica al artículo 539 del *Code Civil*, que radicaba los bienes carentes de dueño en el concepto de bien público, cuando – en realidad – deben ser parte del dominio estatal (PROUDHON, 1835, p. 87). Esta posición terminó por triunfar en la Ley No. 2004 - 809 de 13 de agosto de 2004, que modificó su tenor hasta hacerlos radicar en el concepto de “bienes del Estado”.

para su tuición, conservación y cuidado, a distintas autoridades, según estemos frente al dominio público marítimo, fluvial, terrestre, aéreo. Pero estas autoridades no pueden disponer de ellos; sólo pueden entregarlos en uso privativo a particulares mediante un título habilitante”¹²¹.

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

a) *Perspectiva histórica y comparada*

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

Esta idea dista de ser la original al concepto del dominio público, como tampoco se corresponde con la tradición española previa al Código Civil¹²². El punto central en la construcción del concepto de bien público, agrega FERNÁNDEZ DE VELASCO (1942, p. 119), se encontraba en el destino, y no en su titularidad, siendo indistinta la consideración de su

¹²¹ Considerando trigésimo segundo de la Sentencia del TC No. 1281, de 13 agosto 2009.

¹²² De hecho, la comisión redactora del Proyecto de la Ley de Aguas española (1866), señaló que “Al adoptar por primera vez estas clasificaciones de dominio, repetidas después con frecuencia, cree la Comisión necesario explicar la significación que se les da y el sentido en que las usa. Por dominio público de la Nación entiende el que a ésta compete sobre aquellas cosas cuyo uso es común por su propia naturaleza o por el objeto a que se hallan destinadas: tales son, por ejemplo, las playas, ríos, caminos, muelles y puertos públicos; su carácter principal es ser inenajenable e imprescriptible. Y por dominio particular del Estado entiende el que a éste compete sobre aquellas cosas destinadas a su servicio, o sea, a la satisfacción de sus necesidades colectivas, y no al uso común, cosas de las que dispone como los particulares de las que constituyen su patrimonio; tales son, entre otras muchas, los montes, minas, arsenales, fortalezas y edificios militares.”

pertenencia o no a un sujeto público, o, siquiera, a un verdadero sujeto de derechos. El origen de la construcción dominical que ha imperado en Europa en el curso de los dos siglos pasados puede rastrearse al plan del Código Civil francés, que varió la “titularidad” de la nación, reconocida en la Ley francesa de 1790, por la propiedad estatal, o, en otras palabras, del “*appartiennent á la Nation*” al “*appartiennent au domaine public*” al que hace referencia ARIÑO (1973, p. 43).

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

De tal suerte, la *publicatio* ha pasado a entenderse como una forma de dotación de medios para que una determinada entidad pueda dar cumplimiento a sus funciones públicas. Como expone GARCÍA-TREVIJANO (1959, p. 12), el examen de la titularidad y de la afectación debe separarse, pero sólo en el entendido que se atiende al elemento estático y al elemento dinámico de un mismo instituto jurídico¹²³. O, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA (1954, p. 20), “esta afectación es precisamente a la utilidad pública que la Administración directamente representa o gestiona”. O, finalmente, como resume SAINZ MORENO (1999, p. 493), “el presupuesto de la afectación es la titularidad del bien a favor de una entidad pública.” ARIÑO (1973, p. 29) concluye, entonces, que:

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

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

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

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

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

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

b) Derecho chileno

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

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

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

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

Ahora bien, se desprende del texto constitucional chileno una clara referencia al elemento finalista (o teleológico) de los bienes públicos, que se hace más patente en el inciso segundo del artículo 19, número 23 CPR.

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

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

Los bienes públicos, agrega VERGARA BLANCO (2006, p. 233), “son más bien cosas destinadas a un determinado fin, al alcance pleno de los particulares, quienes podrán usarlos en forma común o exclusiva, según los casos, bajo la administración y gestión de los poderes públicos”. En este

sentido, hemos de añadir que tal finalidad debe referirse al “interés nacional” que exige la norma constitucional, y que el “uso público” (o, como veremos, “uso para el público” o “uso para los administrados”) contenido en su definición civil no determina una específica forma de uso, que podrá ser o no excluyente, dependiendo de su naturaleza, pero, especialmente, del interés a ser satisfecho.

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

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

constituye el medio más idóneo para la satisfacción de referido interés colectivo.

En suma, la *publicatio* es una técnica jurídica por medio de la cual el Estado se irroga ciertas potestades de intervención sobre una determinada clase de bienes a efectos de satisfacer necesidades colectivas, o, como señala JIMÉNEZ – BLANCO (1992, p. 531), “la calificación demanial de determinados bienes constituye un título de intervención administrativa en sectores completos de la vida económica”. De este modo, los bienes públicos “no están, en realidad, llamados a ser usados, gozados y dispuestos por el estado, sino que, esencialmente, ya sea en forma individual o colectiva, por los particulares pero a través de las regulaciones impuestas por el estado” (VERGARA BLANCO, 1999, p. 78).

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

La técnica de la publicación debe resultar, en un régimen de economía de mercado (como el chileno), de ser la mejor manera de obtención de tal finalidad general. En otras palabras, las necesidades colectivas bien pueden cubrirse por medio de técnicas privadas, y generalmente es ésta la vía empleada por el legislador, de modo que el ordenamiento sólo puede echar mano a la publicación cuando se justifique que es éste el mecanismo más adecuado para su satisfacción. Por

¹²⁶ Considerando trigésimo cuarto de la Sentencia del TC No. 1281, de 13 agosto 2009.

ejemplo, difícilmente podrá negarse la existencia de un cierto interés general en la libre transferencia de toda clase de bienes (impidiendo una petrificación del dominio en manos particulares), pero este interés bien puede satisfacerse acudiendo a la lógica privada.

En un sistema de mercado, por tanto, la existencia de un interés público no será suficiente como para justificar la publicación de toda actividad económica, por cuanto el propio constituyente ha entendido que el mercado, por regla general, concede la forma más eficiente de asignación y reasignación de los recursos (artículo 19, número 21 CPR)¹²⁷. Por tanto, la existencia de un interés general no legitima por sí la necesidad de publicar. Es indispensable que la satisfacción del interés general no pueda obtenerse mediante las técnicas que ampara el orden público económico consagrado constitucionalmente, esto es, el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa. Así, sólo excepcionalmente y por defecto de las citadas herramientas privadas podrá, justificándose en un interés general, admitir una intervención administrativa mediante la técnica de la publicación.

Ahora bien, las razones de la publicación deben manifestarse en el régimen que se le concede a esta clase de bienes, en especial, modulará la forma en que se lleve a cabo el “uso público” permitiendo a los particulares aprovecharlos o disfrutarlos de conformidad al interés nacional que justificó tal publicación. Ya nos señala VERGARA BLANCO (1990a, p. 140), que el error ha sido mirar el dominio público desde el punto de vista estatista, y no desde la perspectiva del individuo, del administrado, verificando sus derechos y libertades respecto a aquellos bienes que no pertenecen al Estado, sino al público, al *populus*, en definitiva, a todos. La forma en que los particulares acceden a tales bienes, sea mediante el ejercicio de su plena libertad individual, del permiso administrativo, o de la técnica concesional, y particularmente la extensión de los mismos, se justifica en razón del fundamento de política legislativa que ha llevado a la intervención administrativa (en forma de publicación) y será el primer

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

dato, sino quizás el único, que nos permita conocer aquella justificación. Ya veremos como en el caso de las aguas, la necesidad de respetar su polifuncionalidad exige el establecimiento de formas de aprovechamiento que supongan, por una parte, un libre acceso para todo cuanto no implique su sustracción, y, por la otra, el recurso al sistema concesional para el ejercicio de las actividades extractivas.

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

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

Pero es interesante dar cuenta como ya desde el Derecho romano la configuración de un régimen jurídico exorbitante se entiende enderezado a asegurar la satisfacción del destino al que se vincula la cosa (PAREJO, 1983, p. 2.385), cuestión que, creemos, debe reformularse para los tiempos actuales hasta señalar que es este régimen especial el que nos señala el destino público del bien en cuestión. En otras palabras, la creación del régimen exorbitante al Derecho común implica que esta categoría especial de bienes se someterá a una normativa del todo independiente a la regulación civil. Contará con sus propias instituciones y principios y serán dichas reglas las que determinen la forma de aprovechamiento especial que los administrados tendrán en el uso y goce de dichos bienes. A partir de dicho estatuto podremos desprender la finalidad de la publicación de los bienes.

Ahora bien, debemos hacer algunas explicaciones previas a efectos de no confundir los límites de la publicación. Así, el régimen jurídico exorbitante al Derecho común se refiere a la normativa aplicable al recurso aguas, es decir, el destierro de un determinado bien (en este caso, el *aqua profluens*) de la normativa jurídico – privada para someterlo a un régimen

jurídico - público. Las normas comprendidas en este régimen exorbitante y que regularán, por ello, la administración del bien público, serán eminentemente públicas, es decir, conformarán una esfera separada al Derecho común, con sus propios principios e instituciones.

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

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

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

A nuestro juicio, esta conclusión permanece inmutable aun cuando el ordenamiento jurídico refiera ciertos aspectos del derecho de

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

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

Lo anterior, como veremos más adelante, no siempre fue así. Con la Ley N° 16.640, de Reforma Agraria, toda la normativa que regulaba el derecho de aprovechamiento sobre las aguas era pública, basada en un sistema de asignación y gestión centralizada del recurso. No se permitió, en consecuencia, la reasignación del derecho de aprovechamiento bajo la lógica del mercado, por lo que el legislador de la época no hizo ninguna referencia al Derecho común, ni en lo atinente a la propiedad de los particulares sobre tal derecho ni a la transferencia del mismo.

En atención a ello es que la norma constitucional del artículo 19 número 23 CPR deba complementarse con el artículo 598 CC, que dispone que *“El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos y generalmente en todos los bienes*

nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen". Al parecer, esta disposición es sólo referencial a otras normas legales, sea del propio Código o de otros cuerpos normativos, pero alberga en su contenido una cierta idea que los bienes públicos, y, en especial lo que se refiere a la forma específica en la que los particulares pueden usar y gozar de los mismos, queda sujeto a una reglamentación especial que escapa de la lógica de las reglas a las que se somete la generalidad de los bienes. Ya señala VERGARA BLANCO (1999, pp. 77 y 78) que:

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

Obsérvese además que, en el Derecho chileno, la delimitación de la finalidad de la publicación está planteada en términos lo suficientemente amplios como para albergar cualquier suerte de justificación, aunque siempre centrada en el interés nacional¹²⁸. De este modo, no se ha ofrecido un catálogo cerrado de justificaciones, ni tampoco se han delimitado los bienes específicos que pueden estar publicados, de modo que siempre corresponderá al legislador, sujeto al control de constitucionalidad, la calificación del fin y su ajuste a la categoría superior planteada por el artículo 19, número 23 CPR.

El dominio público debe reconducirse, entonces, a su consideración como una técnica que ampara una pluralidad de potestades públicas de diverso alcance y funcionalidad (MORILLO-VELARDE, 1992, p. 97). La justificación de la técnica del demanio, por tanto, no es única, como tampoco lo es el régimen jurídico (público) al que se encuentra afecto (PARADA, 1993, p. 39). De ahí la diversidad de bienes que pueden estar excluidos del comercio humano, y de ahí también la variedad de formas en que se manifiesta la intervención pública. Como señala CLIMENT (1979, p.

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

5), “(...) parece más apropiado de hablar de una variedad de contenidos, aglutinados dentro de la propia expresión dominio público, que de un contenido más o menos diverso (...)”

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

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

Adicionalmente, podemos decir que, dado que la afectación no se resuelve en una finalidad única, bien puede cambiarse la motivación de la publicación sin que el bien deje de ser parte del dominio público. Esta posibilidad supone, en el sistema chileno, una nueva destinación por parte de una ley de quórum calificado, justificada en otra motivación de interés nacional. E implica necesariamente verificar los cambios en tal destinación en los sucesivos regímenes jurídicos que se conceden al bien en cuestión, dando lugar a un elemento normativo diferente que pretenda dar cumplimiento a la nueva finalidad. Advertimos esta cuestión a efectos de indicar que, al menos en lo que se refiere a la publicación de las aguas, no es de estimarse que su sucesiva caracterización como bienes públicos en el Derecho chileno implique un único y permanente destino, sino que éste

deberá extraerse de los intereses colectivos que en cada régimen se deseaban satisfacer.

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

Por último, cabe aclarar la confusa alusión de “uso público” contenida en el artículo 589 CC, haciendo girar el concepto en la idea de que el “uso pertenece a todos los habitantes de la nación”. Este uso público, creemos, no debe entenderse como la finalidad de la *publicatio*, sino como una referencia a que su aprovechamiento corresponde al “*populus*”, a los administrados. Ello, a diferencia de los bienes fiscales, definidos en el mismo artículo 589, utilizando el criterio distintivo de un uso no conferido generalmente a aquéllos. A nuestro juicio, entonces, el legislador resuelve la diferenciación entre ambas clases de bienes en atención a la relación de aprovechamiento que les concede a los particulares. Así, en el caso de los bienes públicos, expresamente la ley le confiere a los administrados la facultad de usarlos, sin perjuicio de que dicho uso pueda ser común y general (como sucede con las calles, plaza y playas), especial (como ocurre cuando es necesario que medie algún tipo de permiso previo a efectos de aprovechar el bien) o privativo (en caso de que la única forma de acceder sea por medio de una concesión). En este mismo sentido, en la doctrina española se ha señalado que “(...) los usos comunes especiales requieren autorización administrativa previa y (...) debe entenderse por uso común especial, (...): el que no excluye la utilización del recurso por terceros. Siendo este el criterio, es ocioso decir que ningún uso de carácter consuntivo podrá ser otorgado mediante autorización pues la consumición del bien es el supuesto más palmario del uso excluyente” (LÓPEZ MENUDO, 2007a, pp. 284-285).

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

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

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

“los bienes que forman parte del dominio público del Estado son únicamente aquéllos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, ya sea por la propia naturaleza de los bienes que no los hace susceptibles de una apropiación

exclusiva de los particulares en la utilidad que están llamados a prestar, como el mar adyacente o sus playas, los grandes lagos, los grandes ríos, ya sea porque han sido construidos para ser afectados al uso general de todos los habitantes sin distinción, como las calles, plazas, caminos y puentes.”

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

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

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

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

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

a) *Perspectiva histórica y comparada*

El carácter público de un determinado bien no significa el sometimiento a un régimen normativo único aplicable a toda esta clase de cosas, sino que éste dependerá de las motivaciones de la publicación. Sin

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

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

Sin embargo, bien puede señalarse que el principio de inalienabilidad, claramente expresado, aparece recién en la Edad Media, caracterizada por la creciente confusión entre los bienes públicos y los bienes de la Corona. Como señala PAREJO (1983, p. 2.390):

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

Si bien ha sido lugar común el señalar que este principio surgió históricamente en el *Edicto de Moulins* (1566), a fin de evitar que el monarca de turno dilapidara los bienes que eran asignados a la Corona, surgiendo la necesidad de nuevos impuestos (PARADA, 1993, p. 37), bien pueden encontrarse similares antecedentes en el Derecho español, especialmente en la tensión política entre los monarcas y las Cortes por la enajenación de bienes de la Corona (no así respecto a los bienes públicos propiamente tales), cuestión que terminó en la declaración formulada por Juan II en las Cortes de Valladolid de 1442, que consideró a las ciudades, villas, fortalezas y otros lugares imprescriptibles e inalienables para “siempre jamás”. En cualquier caso, la inalienabilidad ya no se estima en razón a la naturaleza o destino de los bienes, ni menos para la protección de su uso público, como en Roma, sino sólo a un pacto político limitativo de las facultades del monarca, soberano y propietario de todos tales bienes, para la protección de sus finanzas y la indivisión de los reinos (CLAVERO, 1958, pp. 22 y 24).

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

Las ideas liberales (esencialmente la idea del contrato social de Rousseau) harán que esta nueva titularidad, reflejada en la ley francesa de 1790, ya no requiera de una protección especial, desapareciendo por completo el rasgo de la inalienabilidad (y de la imprescriptibilidad), sujetando su posibilidad de enajenación al consenso nacional (PAREJO, 1983, p. 2.391), conforme a un criterio de mera oportunidad (CLAVERO, 1958, p. 27). La alienabilidad, dispone el artículo 8 de la citada norma, descansa sobre la idea que la nación toda es propietaria plena de los bienes públicos (a diferencia del monarca, que sólo tenía el carácter de

administrador), de tal suerte que, como todo propietario, bien puede decidir sobre el destino de tales bienes mediante la correspondiente manifestación de voluntad, explicación teñida de una extrema visión privatista del asunto, sin cuestionarse siquiera si la nación puede ser un sujeto de derechos.

El resurgimiento de estas cualidades, por tanto, proviene de la necesidad de otorgar una protección a esta clase de bienes que, sin embargo, será forzosamente diversa a la que existía en el *Ancien Regime*. La inalienabilidad renace entonces como un refuerzo al carácter de *res extra commercium* de los bienes públicos, no ya para evitar la dilapidación del monarca, sino para asegurar el cumplimiento de la finalidad que ha justificado su publicación¹²⁹. Estos bienes son inalienables como consecuencia de la afectación como núcleo o médula en la construcción del dominio público (SÁNCHEZ BLANCO, 1979, p. 54).

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

Igual ocurre en la legislación española, en términos que ni la Ley Desamortizadora de 1 de mayo de 1855 ni el Código Civil de 1889, se

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

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

La protección constitucional española, como cualquier vertiente doctrinal que asuma en la inalienabilidad una forma de protección del bien público, tiene mayor sentido si se toma en cuenta que, siguiendo la tradición patrimonialista francesa, los bienes públicos son asignados a un ente público, de lo que surge el riesgo de enajenación y pérdida¹³⁰. Por ello, GUAITA (1956, p. 133) y SAINZ MORENO (1999, p. 504) concluyen que la relación de la Administración con los bienes debe ser de propiedad, por cuanto, de no ser así, no sería necesario controlar su venta, justificando el principio de inalienabilidad.

El círculo se cierra, entonces, de la siguiente manera: la construcción lógica del Derecho patrimonial administrativo se ha articulado en la época moderna en torno a un razonamiento de Derecho privado, que no admite otra categoría que la del dominio para explicar la relación entre una persona y un bien. El razonamiento inicial, que otorgaba al príncipe un poder de vigilancia en garantía de la paz pública, y no de dominio, se pierde en la conformación del Estado moderno. La afectación, entonces, deriva de la necesidad de que una determinada entidad

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

administrativa pueda cumplir, por medio de ellos, con la potestad pública que le ha sido asignada (CLAVERO, 1958, pp. 35 - 38). Y la inalienabilidad se explica, entonces, como protección de tal apoderamiento, a modo que la correspondiente entidad no pueda desprenderse de tal bien (que le ha sido asignado en propiedad) sin obtener su previa desafectación.

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

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

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

crear derechos de aprovechamiento privativos a favor de los particulares (PAREDES, 1993, p. 94).

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

b) Derecho chileno

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

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

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

Este razonamiento supone, desde luego, revivir el debate sobre la titularidad de los bienes públicos en el Derecho chileno, pero implica

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

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

Por ello estimamos que esta posibilidad queda reducida casi a nada si retomamos nuevamente la idea de que su “titularidad” es entregada a la *nación toda*, y, en ningún caso, a una entidad pública, de manera que es difícil imaginar un supuesto de enajenación. Se denota tanto del texto constitucional como del Código Civil la influencia de la transferencia efectuada por la ley francesa de 1790 que permitió el traspaso de los bienes de la Corona a la nación francesa, configurándose como su único titular, requiriendo entonces de su voluntad abstracta para proceder a su enajenación conforme a los mecanismos que tal voluntad puede ser expresada. Ideas estas que estaban en boga a la época del Código Civil chileno (1855), principalmente por la fuerza expansiva del razonamiento expuesto por PROUDHON en 1835.

En otras palabras, la nación, como concepto político, no tiene personalidad jurídica necesaria para conformarse como sujeto de derechos (por lo que no cabe propiedad), como tampoco cabe la posibilidad que forme parte de un negocio jurídico que tenga por objeto la enajenación de los bienes que le “pertenecen”. De ahí que en el sistema chileno no sea

necesario hacer referencia expresa a un principio de inalienabilidad de los bienes. Además, el Estado – Administración tendrá, a lo sumo, un poder de vigilancia o policía, pero jamás facultades de enajenación (CLAVERO, 1958, p. 33), de lo que resulta que el bien en cuestión podría ser incluso enajenado mediando la voluntad de la nación, manifestada por medio de su principal instrumento formal de declaración, como es la ley. La enajenación supondrá, en cualquier caso, llevar a cabo una desafectación del bien, dado que, por motivos económicos, políticos, sociales o culturales, habrá variado la concepción de su publicación como indispensable para la satisfacción del interés general.

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

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

Ahora bien, y siguiendo la lógica expuesta en los epígrafes anteriores, podemos rescatar la unión propuesta por la generalidad de la doctrina europea continental entre afectación e inalienabilidad, aunque con una cierta variación. Liberado del lastre del elemento subjetivo, y

configurándose el elemento teleológico como la pretensión de consecución de un objetivo de interés general que requiere de la técnica de la publicación, el denominado “principio de inalienabilidad” podrá entenderse en Chile de la manera que pasamos a explicar: siguiendo la tradición romana, la inalienabilidad puede relacionarse al tratamiento de los bienes nacionales de uso público como *res extra commercium*, entendidos éstos como bienes que se encuentran ajenos al tráfico privado, en los términos que ha constituido la principal (sino la única) preocupación de la legislación civil. Este elemento negativo, sin embargo, debe ser completado con la idea que los bienes públicos están sujetos a una regulación especial (*publici iuris*) que conforma su elemento normativo.

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

Si un particular dispusiere de un bien público, el acto no podrá catalogarse como un negocio sobre cosa ajena, sino que, llanamente, será nulo por infringir las disposiciones del artículo 1.464, número 1, CC¹³². Pero obsérvese que, a mayor abundamiento, el Código Civil chileno también señala la comerciabilidad del bien como requisito del objeto del contrato (más bien, objeto de la prestación), en términos que el artículo 1.461 CC dispone que “*No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una*

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

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

declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género". Se trata, a la luz del Derecho civil, de un negocio sin objeto posible, en los mismos términos que disponen los artículos 1.261 y 1.271 del Código Civil español (SAINZ MORENO, 1999, pp. 508 y 509).

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

Ahora bien, respecto a la posibilidad de constituir derechos subjetivos administrativos para el aprovechamiento de los bienes públicos por parte de los particulares, la principal diferencia con el sistema español, y, desde luego, con muchos de los sistemas europeos, es que aquél entiende que las fórmulas concesionales suponen "la transferencia a particulares de atribuciones o facultades que originalmente corresponden a los poderes públicos como titulares de bienes o actividades" (BERMEJO, 1998, p. 350). En este mismo sentido, a juicio de LÓPEZ MENUDO (1993, p. 105), las concesiones de aguas quedan sujetas "(...) contrapartidas o notas negativas que condicionan el derecho del concesionario y que definen la posición jurídica de la Administración Pública en cuanto instancia titular de las aguas y encargada de la irrenunciable tutela del interés público"¹³³. En el

¹³³ Entre estas limitaciones, a juicio del mismo autor, está la *sujeción al principio general de economía del agua*, que se traduce en que en igualdad de condiciones, de frente al otorgamiento de concesiones de agua, preferirá aquélla que proyecte la utilización más racional del recurso; la *potestad administrativa para fijar el caudal concesional*, que vincula al concesionario durante toda la vida de la concesión; el *principio de afectación del agua al fin determinado en la concesión*, que implica que el agua concedida queda adscrita, toda su

sistema jurídico chileno esta conclusión no es posible si entendemos que la “titularidad” no es asignada a poderes públicos, sino a la nación, de modo que el derecho subjetivo adquirido por medio del sistema concesional no debe entenderse como un *ius in re aliena*, que debe respetar la titularidad ajena, sino como un derecho limitado y configurado en torno a la afectación.

Así, siendo la afectación el punto central del demanio en el Derecho chileno, toda fórmula de uso (privativa o no privativa) debe ajustarse al interés general que ha justificado la publicación. De este modo, no parecen haber impedimentos para que los sistemas concesionales se configuren de cualquier modo y se manifiesten incluso como mecanismos de creación de derechos con una extensión muy similar a la que usualmente se asigna a los derechos de propiedad si con ello se cumple la finalidad pública antes señalada, que, adelantamos, creemos que se ajusta perfectamente a la amplitud de los derechos de aprovechamiento de agua en relación con las razones de su publicación al amparo del CA.

vigencia, al uso definido en el título concesional y que sólo la Administración podrá alterar; al *principio ne varietur*, por el cual se expresa que no hay variación posible de las características esenciales de la concesión sin mediar previa autorización; el *deber del ejercicio efectivo de la concesión*, por cuanto dicho derecho está vinculado al cumplimiento de una función social determinada por la Ley; *la concesión como acto administrativo discrecional*, en el sentido de que la Administración no está obligada a otorgar concesiones de agua; y, el *especial sentido de la cláusula salve iure tertii*, que no puede interpretarse como una cláusula de exoneración de responsabilidad de la Administración, en lo atinente a conflictos entre privados, cuando existe escasez de agua” (LÓPEZ MENUDO, 1993). Ello, sin perjuicio de que “Por más limitaciones a que puedan estar sujetas las concesiones de aguas, el punto de partida no puede ser otro que su reconocimiento como un acto declarativo de derechos. Se trata de un acto formal, discrecional, unilateral, constitutivo, otorgante de un derecho real, gravable, inscribible, transmisible. Resaltamos aquí su carácter de derecho subjetivo, que recae sobre un uso privativo y que confiere a su titular un *ius excludendi alios* oponible frente a todos, incluida la propia Administración concedente. // En suma, un derecho sobre el uso del bien que ha de gozar de la solidez que es propia de cualquier derecho, impidiendo intervenciones administrativas arbitrarias, así como la imposición de sacrificios no justificados sin indemnización.” LÓPEZ MENUDO (2007b, p. 400).

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO – LEGAL DEL DERECHO PRIVATIVO PARA APROVECHAR LAS AGUAS

Este Capítulo tiene por principal objeto analizar la configuración del derecho público subjetivo para aprovechar las aguas, a la luz de la afectación del bien a un fin público. En el Capítulo anterior, habíamos señalado que, en el marco del ordenamiento jurídico chileno en vigor, la finalidad de la afectación es el respeto a la polifuncionalidad de las aguas y, para sus aprovechamientos extractivos, la asignación eficiente del recurso hídrico. De este modo, podremos justificar la creación de los mecanismos legales tendientes a la formación de un mercado de aguas en Chile, o mejor dicho, un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas.

Iniciaremos la explicación del régimen legal de esta clase de derechos analizando el concepto de “uso” implícito en los bienes nacionales de uso público. De esta manera, desecharemos la noción de “uso universal” como generalización de todos los posibles aprovechamientos del demanio. Sostener que el uso público del demanio se traduce en un “*uti universi*” significaría que todo bien público debería estar sujeto a una lógica de acceso que sólo sería posible mediante la fórmula del *open access*. Preferiremos explicar la cláusula del uso público en la noción “uso de los administrados”, que implica que todos los bienes públicos están destinados a la utilización por parte del *populus*, debiendo la Administración crear las fórmulas para permitir dicho acceso, sea de manera general o privativa.

Entonces, este uso podrá o no ser privativo dependiendo de la finalidad que ha motivado su publicación. En este sentido, veremos como la teoría continental de los “derechos reales administrativos” no puede aplicarse en el contexto del Derecho chileno para explicar la naturaleza de

tales prerrogativas. Ello debido a la distinta concepción que se tiene del demanio en Chile, en especial, la ausencia de un elemento subjetivo.

Lo anterior será sumamente relevante a efectos de poder desentrañar las fronteras a las que queda sujeto el legislador en la creación de cualquier tipo de derecho público subjetivo, y, en este caso, de los derechos de aprovechamiento de aguas. De este modo veremos cómo, a lo largo del tiempo, ha variado sustancialmente la configuración de tales derechos, dependiendo dicho cambio de las finalidades de la afectación. Será el elemento teleológico, formalmente incardinado en el elemento normativo, el que irá llenando de contenido el derecho de los particulares para extraer las aguas.

Finalmente y ya centrándonos en el texto legal del CA, iremos extrayendo los elementos que irán fijando los contornos del derecho de aprovechamiento de aguas (derecho abstracto, autónomo, definido en relación a su cuantía, ejercitable y de contenido patrimonial). De dichos elementos, que en suma constituyen el elemento normativo de la *publicatio*, podremos ir desprendiendo las finalidades que se pretenden satisfacer en el actual tratamiento legal del *aqua profluens*.

§1. La *publicatio* como destinación del bien al uso de los administrados: las fórmulas de aprovechamiento general o privativo como respuesta a la finalidad de la publicación

La expresión utilizada por el artículo 589 CC, en el sentido de que el uso de los bienes públicos “*pertenece a todos los habitantes de la nación*”, a efectos de distinguirlos de los bienes fiscales, implica que aquéllos deben estar destinados al aprovechamiento de los particulares. La referencia al “uso público”, hemos señalado previamente, no es equiparable a su “uso común y general”, sino sólo a que los administrados se pueden beneficiar de ellos conforme a los mecanismos *publici iuris* que haya dispuesto el legislador.

Desde la perspectiva constitucional, existen ciertas referencias a las diversas fórmulas de aprovechamiento de los bienes públicos. Así, una

cierta idea del aprovechamiento común y general, como ejercicio de las libertades humanas, se encuentra en el artículo 19, número 13 CPR, al disponer que “*Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía*”. Dado que en este caso el fin de la publicación ha sido precisamente conceder a los particulares la posibilidad de hacer uso de tales bienes libre y directamente, sea para fines de circulación, reunión o esparcimiento, es lógica la ausencia de un sistema de permisos, autorizaciones o concesiones previas que limitarían tan uso. Al contrario, el particular podrá aprovechar el bien público bajo ciertas reglas generales de policía, que, por una parte, buscarán asegurar su utilización conforme al destino natural del bien, y, por la otra, que el uso realizado por un particular no impida el aprovechamiento por parte de los demás individuos (MONTT, pp. 287 – 291).

Por su parte, el artículo 19, número 24, inciso final CPR, da cuenta de la posibilidad de aprovechamientos privativos, al menos en relación con las aguas, cuando dispone que “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*”. Ya nos hemos referido a los alcances de esta norma en el Capítulo II precedente, pero lo retomamos a efectos de indicar que, aun cuando no se dé cuenta del contenido del derecho, si se advierte la posibilidad de una regla de acceso restringido al recurso.

Por ello nos parece que la alusión a su forma de utilización (uso común o uso privativo) no constituye la justificación de la *publicatio*, sino el mecanismo por medio del cual tal finalidad puede ser cumplida. No podrá concluirse, como en el Derecho español, que “la utilización privativa sobre bienes primariamente afectados al uso general se caracteriza por ser una derogación al principio de igualdad a favor de un titular (...). Estos usos contrarían, evidentemente, la finalidad primaria de la dependencia demanial que es el uso general y, en ese sentido, esas utilizaciones privativas constituyen un uso anormal del dominio público” (PAREDES, 1993, p. 80).

En cualquier caso, nos parece más lógica la explicación propuesta SÁNCHEZ BLANCO (1979, p. 32), quien, a partir de esta aparente inconsistencia, ha expresado que, en lugar de referirse a un uso público o

común, debería hablarse de “uso directo por los particulares”, uso que no es necesariamente universal, sino que admite también una utilización privativa¹³⁴.

La determinación de la forma de utilización del bien público a ser dispuesta por el legislador dependerá de la finalidad de la publicación. El análisis que efectuaremos en torno a la conceptualización y naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento no es casual. Por el contrario, es necesario delimitar su fisonomía porque será de su especial configuración de donde extraeremos la *ratio* de la publicación de las aguas, al menos en lo que respecta a sus aprovechamientos. En otras palabras, la configuración del derecho de aprovechamiento de aguas es quizás la única clave que nos sirva para desvelar el misterio de la publicación, por cuanto sus especiales características se resuelven en otorgar prerrogativas a los particulares (con relación al uso y goce de las aguas) que en cierto modo van dibujando los motivos que tuvo el legislador para quitar las aguas del sistema jurídico privado y traspasarlas a la órbita del Derecho público.

Por estos motivos, y con el objeto de ir revelando las intenciones del legislador para publicar las aguas, analizaremos su elemento normativo. Prestaremos especial atención a lo relativo a las formas de aprovechamiento del recurso por parte de los administrados, volviendo a las ideas de reglas de acceso y de aprovechamiento que señaláramos en la Primera Parte de este trabajo. Es decir, el elemento normativo de todos los bienes públicos está teñido de la condición de ser cosas entregadas al uso de los administrados. Pero es necesario agregar que si bien el uso público es consustancial a la noción de bien público, la manera en que aquél se ha manifestado ha ido variando a lo largo de la historia. Son sus distintas formas de acceso las que de alguna manera han ido moldeando el uso público, haciéndolo tangible para los administrados.

¹³⁴ Cabe hacer notar que el legislador utiliza la noción de “uso público” para contraponer el concepto de bien nacional de uso público con el concepto de bien fiscal. Ello, de conformidad al artículo 589 del CC, que dispone de los bienes nacionales de uso público que “su uso pertenece a todos los habitantes de la nación”, en contraposición a los bienes fiscales, de los que señala que “cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes”.

Las fórmulas de acceso pueden ser variadas y de dicha variación podemos inferir el elemento teleológico de la *publicatio*. Estos sistemas nos otorgan poderosas evidencias de las diversas motivaciones que el legislador tuvo en mente al momento de publicar. Como estudiaremos, estas motivaciones difieren entre sí, pero siempre están referidas al “uso público”, como sustrato ineludible de la publicación. Es por esta razón que hemos elegido este aspecto del elemento normativo para reconocer las mutaciones del elemento teleológico, en tanto la existencia del “uso por parte del público” es el único aspecto que es consustancial a esta clase de bienes. Nos parece que, dada la cláusula de “uso público”, se trata este aspecto del único elemento que subyace a cualquier construcción jurídica de la publicación, aunque deba escoger entre sistemas abiertos o restringidos de aprovechamiento. Así, el reconocimiento de los diferentes modos de aprovechamiento particular nos parece el hilo conductor apropiado para conseguir el fin propuesto.

Lo anterior no supone necesariamente que sólo de las formas de acceso pueda desprenderse el elemento finalista de la *publicatio*. Existen otros aspectos que también otorgan indicios que nos permiten deducir los propósitos del legislador para publicar. Sin embargo, estos otros elementos van incrustándose en la legislación a través del tiempo, ya que obedecen a las distintas pretensiones sociales, económicas, políticas y ecológicas, entre otras, que van surgiendo en cada época. Estas consideraciones, que podríamos apuntar como “accidentales”, van a ir moldeando las formas de acceso a los bienes públicos, ampliándolas o restringiéndolas, según cada caso. Esto último porque la condición de uso público es el sustrato básico fundamental de los bienes públicos que se manifiesta o toma contenido para los administrados en las formas de acceso, mientras que los demás elementos contingentes no constituyen una línea evolutiva del uso público que hayan estado siempre presentes en la connotación de esta clase de bienes.

A mayor abundamiento, veremos que cuando el legislador ha decidido optar por un sistema concesional (por tanto, de acceso restringido) se ha preocupado de moldear los contornos del derecho de

aprovechamiento. Así, el derecho subjetivo que nace *ex novo* no siempre ha tenido unas mismas características, sino que ellas han dependido directamente de las finalidades de la afectación. Las modificaciones a las que se ha visto sujeto han respondido, en consecuencia, a las variaciones del elemento teleológico de la publicación, que ha actuado como molde del derecho de los particulares para extraer las aguas. El elemento teleológico, formalmente reflejado en el elemento normativo, va llenando de contenido al derecho de extracción concedido a los particulares.

§2. Las formas de aprovechamiento y la necesaria distinción de las actividades ejercidas respecto a las aguas como bienes polifuncionales

Ahora bien, una misma cosa puede estar sujeta a diversas fórmulas de aprovechamiento si con ello se consigue la satisfacción del interés general, especialmente cuando los bienes tienen el carácter de polifuncionales. Así, por ejemplo, las aguas pueden ser destinadas a “beber, extraer agua, abreviar animales, tomar baños, lavar, patinar, vadearlo”, entre otros (MAYER, 1951, pp.201). Por ello pensamos que debemos matizar lo expuesto por VERGARA BLANCO (1998a, p. 311) al señalar que “A raíz de esta declaración estatal, durante toda nuestra vida republicana, todo uso de las aguas por los privados debe necesariamente ser concedido por el Estado: éste otorga a los particulares una “concesión o merced de aguas”, de la cual nacen “derechos de aprovechamiento de aguas”, en el sentido que la posibilidad de aprovechamiento privativo previa concesión sólo se referirá a las actividades extractivas.

A. Una breve referencia a las actividades no extractivas sujetas a reglas de acceso abierto y reglas de aprovechamiento temporal

Creemos que deben distinguirse los usos de las aguas corrientes dependiendo de si requieren o no de su extracción¹³⁵. De no requerirlo, las

¹³⁵ Así quedó de manifiesto en la Ley de Aguas española de 1866, bajo un razonamiento quizás más preciso y evidente que el chileno, al señalar que hay dos clases de aprovechamiento de las aguas públicas: “los que son inherentes a la naturaleza pública del agua, comunes, por tanto, a todos y que no exigen autorización o concesión especial puesto que *se limitan a usar* de las corrientes sin consumirlas ni impedir iguales

aguas serán generalmente recursos de acceso abierto y general, de modo que toda persona puede hacer uso de ellos en ejercicio de su libertad personal. Para tales fines no se requerirá de un permiso especial o un derecho de uso, y el elemento normativo de los bienes públicos deberá seguir tal lógica a efectos de asegurar el uso general de las aguas corrientes. Esta esfera, por supuesto, escapa del interés de la presente tesis, por lo que sólo la enunciamos, dejando de lado su análisis económico, relativo a la menor posibilidad de congestión en los usos no extractivos de las aguas, que no han ameritado la configuración de titularidades privadas o formas de gobierno especiales. Para EMBID (2007, pp. 949-950) El uso común y general de las aguas, se refiere al uso común a que hacen referencia los textos de la legislación decimonónica de aguas española, en especial la Ley de Aguas española en sus versiones de 1866 y 1879 y el texto refundido de la Ley de Aguas de 2001, que consiste

“(…) en el otorgamiento de un derecho subjetivo de «todos» a la realización de determinados actos vinculados a la vida cotidiana. (...) Amplísima referencia subjetiva, pues: el derecho es de «todos». Se interpretará (...) que esa palabra no es referible a los ribereños sino que incluye, efectivamente, a «todos», (...) Es un derecho de las personas con independencia de su nacionalidad o de cualquier otra referencia (edad, sexo, origen social). Por ello algunos hablarán de un derecho «público» sobre las aguas e incluso de un «derecho natural» a la utilización de las aguas, (...). Probablemente no se pretende con la expresión «derecho natural» conectar con la teoría de los derechos naturales, sino con el hecho de lo «natural» (en el sentido de usual, habitual; no artificioso) que representan tales usos comunes sobre el dominio público hidráulico. (...) El uso común es el de todos y que puede realizarse por todos conjuntamente; además como uso común general no precisa de autorización y es, usualmente, gratuito”.

Respecto a estas formas de aprovechamiento, MAYER (1951, pp. 203 - 204) señala que:

aprovechamientos por parte de los otros; y (...) *los que consumiendo* el agua o impidiendo que otros la aprovechen en el mismo punto y de la misma manera exigen concesiones especiales por parte del poder encargado de mantener el orden y procurar la armonía en el disfrute de toda clase de aprovechamientos comunes (...)

“El derecho de uso de todos tiene sus *límites*. Excederlos significa apoderarse de la existencia de la cosa pública. El aspecto del poder público que tiende a rechazar atentados de esta índole se conoce como policía de las cosas públicas; es, al mismo tiempo, la *policía del uso de todos*”.

Su ejercicio, respecto a las aguas, implicará que los particulares no pueden llevar a cabo usos extractivos sin gozar de previa concesión, como también respetar su destino natural sin entorpecer el derecho de los demás individuos a hacer un uso apropiado de las mismas. La Administración Pública, en su función de guarda y vigilancia, bien podrá establecer normativas generales sobre estos aspectos, como también limitar ciertas actividades, sea por su peligrosidad o por los nocivos efectos que produce en el recurso (por ejemplo, normas medioambientales).

C. *Las actividades extractivas sujetas a reglas de acceso restringido y al modelo concesional*

1. *La naturaleza del derecho de extracción de las aguas corrientes: una visión crítica a la denominada “teoría de los derechos reales administrativos” en el Derecho chileno*

Lo que verdaderamente nos interesa es la configuración de los derechos de aprovechamiento de las aguas, como derechos subjetivos de origen administrativo para un uso que necesariamente involucra su extracción. Para tales efectos, el agua, una vez extraída, dejará de ser aquélla que “corre por los cauces”, y se transformará en un bien sujeto a la lógica de los bienes privados, de modo de posibilitar la realización de las actividades económicas que le requieren a modo de insumo. Este razonamiento, veremos, es constante en toda posible configuración del aprovechamiento sustractivo de las aguas, variando el enfoque únicamente en la determinación de la forma (quiénes, para qué, cuánto y cómo) en que los particulares pueden llevar a cabo la actividad extractiva.

Ahora bien, el derecho de aprovechamiento (como actualmente le denomina el artículo 6 CA)¹³⁶ no se configura propiamente como un derecho sobre una porción determinada de las aguas, sino como la facultad de extracción para su uso privativo. No creemos, en suma, que el derecho de aprovechamiento de aguas se configure como un derecho real que confiere a los particulares la posibilidad de “usar y gozar” de las aguas, como se dispone el citado artículo 6 CA, ni como el derecho que otorga a los particulares el poder de “usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas a su entera libertad” (VERGARA BLANCO, 1998a, p. 314), sino sólo como el derecho que faculta a los particulares para la extracción de las aguas corrientes en los términos y condiciones expresadas en la configuración de su derecho de aprovechamiento¹³⁷.

Esto queda de manifiesto, entre otros, en el artículo 8 CA, en donde queda expresamente señalado que el derecho de aprovechamiento se traduce en un derecho de extracción¹³⁸. Y así también se deduce de las continuas referencias a que el derecho se ejerce en las fuentes de abastecimiento (a las que previamente hemos denominado, en la Parte

¹³⁶ Como explica VERGARA BLANCO, 1991, p. 179, el concepto de “derecho de aprovechamiento” fue introducido en el Proyecto de Código de Aguas de 1930, como unidad dogmática referida al derecho *ex novo* que nace del procedimiento concesional posibilitando el aprovechamiento privado de las aguas publicadas. Su conceptualización, sin embargo, es exactamente la misma que la actualmente consagrada en el artículo 6° CA, como derecho real que recae sobre el recurso para su uso y goce exclusivo, y nació en una época de auge de las teorías patrimonialistas del dominio público, como quedó expresado en el Mensaje del Presidente de la República que ingresó el Proyecto de Código de Aguas de 1936 a la Cámara de Diputados, al señalar que “*En lo que atañe al dominio de ellas se mantiene y precisa el sistema del Código Civil, instituyendo al Estado como dueño de todas las aguas...*”. Sin embargo, creemos, esta lectura debe ser modificada a la luz de los principios constitucionales consagrados principalmente en el artículo 19, número 23 CPR en los términos explicados previamente.

¹³⁷ Es así como GONZÁLEZ PÉREZ, 1975, p. 44, expresa que “Pues si bien es cierto que el agua *corriente* es pasajera y distinta en cada momento, el caudal, masa o volumen que integra un río curso de agua es perenne, y el derecho de aprovechamiento implica un reconocimiento – en ciertos casos – a consumir parte de ese caudal”.

¹³⁸ El artículo 8° CA dispone que “*El que tiene un derecho de aprovechamiento lo tiene igualmente, a los medios necesarios para ejercitarlo. Así, el que tiene derecho a sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido en el título*”.

Primera, como “sistema de recurso” o *facility*) en los artículos 16 y siguientes CA, de modo tal, por ejemplo, que si el derecho de aprovechamiento otorgado tiene el carácter de eventual (es decir, que, conforme al artículo 18 CA, “*sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente*”) ello no significa una facultad de uso y goce sobre aguas extraídas sujeta al abastecimiento de los derechos de ejercicio permanente, sino una limitación a la facultad de extracción; o que, si el derecho de aprovechamiento otorgado tiene el carácter de discontinuo (que, conforme al artículo 19 CA, son aquellos que “*sólo permiten usar el agua durante determinados periodos*”), ello no implica periodicidad en el uso y goce de las aguas extraídas, sino intermitencia en el ejercicio de la facultad de sustracción del recurso.

En cualquier caso, este derecho de aprovechamiento debe distinguirse del derecho que el ordenamiento jurídico reconoce a su titular sobre el agua ya extraída. Cuando el particular ha ejercido su derecho de extracción de las aguas, éste se hará dueño de las aguas extraídas, y será tal derecho real de dominio el que le permitirá usar, gozar y disponer de ellas¹³⁹. En otras palabras, una vez extraídas las aguas, estamos frente a una unidad determinada (que, hemos denominado en la Parte Primera como “unidades de recurso” o *units*), que admite el ejercicio de todas las facultades propias del derecho de dominio, sin perjuicio que, de conformidad al sistema concesional, pueda ser necesario que su titular restituya las aguas a su cauce natural en caso de tratarse de derechos de aprovechamiento no consuntivos¹⁴⁰.

¹³⁹ Sobre este particular, y refiriéndose a la posibilidad de constituir derechos de aprovechamiento sobre aguas embalsadas por una central hidroeléctrica, VERGARA BLANCO (1996b, p. 98), señala que “El agua embalsada sólo puede ser libremente usada, según sus títulos, por el dueño de la obra de contención del embalse, salvo derechos ajenos previamente constituidos y que le obligan a dejar escurrir libremente las aguas correspondientes. En otras palabras, las aguas embalsadas no están disponibles para usos ajenos, ni para nuevas peticiones de derechos, ni para el otorgamiento de ellos por la autoridad”.

¹⁴⁰ Conforme al artículo 14 CA, un derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquél “*que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho*”.

Al contrario, al tiempo que las aguas se encuentren aún en su cauce, el particular no tiene derecho alguno sobre tal recurso (como *ius in re*), conclusión que se hace más evidente si consideramos que el carácter de derecho real implica necesariamente su radicación en una cosa determinada (ALESSANDRI / SOMARRIVA / VODANOVIC, 1998, p. 54), carácter que no pueden tener las aguas mientras se mantienen aún en su cauce. No basta, entonces, una denominación genérica, ni aún determinable sobre la base de volúmenes por unidades de tiempo (artículo 7 CA). En otras palabras, el particular sólo gozará de un derecho a extraer una determinada cantidad de agua, sujeta a la medición recién indicada¹⁴¹.

Al respecto, creemos que en este punto existe un error conceptual respecto a la naturaleza de los derechos de aprovechamiento de aguas. En el Derecho chileno, se ha querido importar la noción de los “derechos reales administrativos”, categoría creada al alero de la tradición continental, que, hemos señalado, sitúa el elemento subjetivo de los bienes públicos en la base de su configuración. Pero, como hemos pretendido comprobar, el sistema jurídico chileno prescinde de todo vínculo dominical estatal para la explicación de los bienes públicos, de tal manera que la referida importación carece de todo fundamento.

Pretendemos hacer esta aclaración, no por una mera precisión terminológica, sino a efectos de señalar que el propio concepto de los “derechos reales administrativos” no se adecúa a la configuración del demanio en Chile. Y ello tendrá particular importancia a efectos de desentrañar el régimen jurídico que se concede a los bienes públicos, y, en concreto, a las aguas, desde el punto de vista de las fórmulas de acceso que se otorga a los particulares para su aprovechamiento.

¹⁴¹ Como desarrollaremos más adelante, esta discusión es sin perjuicio del dominio que el ordenamiento jurídico chileno reconoce respecto al derecho de aprovechamiento de aguas (artículo 19, No. 24, inciso final CPR y artículo 6° CA), que, en otras palabras, implica el reconocimiento de una titularidad exclusiva sobre la facultad concedida a extraer el recurso. Esta distinción será relevante para entender que la creación de esta clase de derecho *ex novo* en virtud del procedimiento concesional da lugar a la existencia de un nuevo bien (incorporal), que puede estar íntegramente sujeto a la lógica del tráfico jurídico privado.

La configuración como derechos reales de las prerrogativas concedidas a los particulares para la utilización privativa de los bienes públicos puede rastrearse hasta la época en que se encontraban en boga las teorías patrimonialistas del dominio público. De este modo, MAYER (1951, p. 253), ya en 1895 expresaba que el efecto de la concesión era el *crear un derecho subjetivo público*, cuyo objetivo era otorgar al particular la posesión de una parte de la cosa pública y hacer uso de ella conforme a la concesión¹⁴².

Pero la concreción de tal derecho subjetivo como un derecho real administrativo corresponde a HAURIUO (1900, p. 666). Éste había inicialmente negado el carácter de derecho real a las prerrogativas que nacían del acto concesional a favor del particular, configurándolas únicamente como una simple posesión, al señalar que:

“No se trata de un derecho real sobre la cosa, por lo que, en consecuencia, se trata de un derecho puramente mobiliario y no susceptible de hipoteca, ni tampoco un derecho de enfiteusis. Pero, por otro lado, se trata de un poseedor, y no de un simple tenedor...”¹⁴³

Sin embargo, y en razón de un *arrêt* del *Conseil d'Etat* de 25 de mayo de 1906, HAURIUO proclamaba la existencia de un derecho real administrativo, configurado como un derecho exclusivo de goce del concesionario sobre los bienes de dominio público. De este modo, en una nueva edición de su obra, HAURIUO (1914, p. 737) señalaba que “ellos tienen (...) un derecho real de goce de naturaleza administrativa análogo a la enfiteusis”¹⁴⁴.

¹⁴² Similares referencias encontramos en ROMANO, 1897, pp. 111 – 121 y PLANIOL, 1900, p. 2.078.

¹⁴³ Traducción propia.

¹⁴⁴ Traducción propia. El tema fue finalmente profundizado por RIGAUD, 1914, *passim*.

Esta tesis tiene una lógica basada en las teorías patrimonialistas por cuanto se entiende que la Administración (dueña de los bienes públicos) bien puede desprenderse de alguna de las facultades propias del dominio, a efectos de conseguir la finalidad de uso o servicio público que ha legitimado la publicación. RIGAUD (1919, pp. 251 – 282), quien desarrollo el pensamiento propuesto por HAURIUO, terminó por fundamentar la categoría de los derechos reales administrativos, entre otros requisitos, en la comprobación de la existencia de una propiedad administrativa (pero propiedad al fin y al cabo) por parte de una persona jurídica de Derecho público¹⁴⁵. Sin este elemento subjetivo, la teoría de los derechos reales administrativos pierde toda coherencia en tanto se construye como un desmembramiento (o una suerte de “enajenación”) del dominio público a efectos de cumplir con el elemento teleológico de la publicación.

Como señala DENOYER (1969, pp. 103 – 104) :

“Esto demuestra que a partir desde el instante en el que aceptamos la idea de la propiedad administrativa, también debemos admitir que el Estado puede conceder "derechos reales administrativos" sobre el dominio público ... por lo que parece lógico suponer que esta propiedad puede ser desmembrada en derechos reales, como también en un tipo especial que ofrece garantías al ocupante privado, siempre que dichas garantías sean compatibles con la afectación.”

Y aunque pueda parecer sospechoso que la Administración pueda desprenderse de ciertos atributos del dominio mediante la creación de esta suerte de derechos reales, RIGAUD justifica que esta forma de “enajenación” no infringe el principio de inalienabilidad que informa esta materia. Y lo hace acudiendo a la idea de que la inalienabilidad sólo supone una exclusión del comercio jurídico privado, pero no de otras formas de enajenación sujetas a la lógica administrativa. Para argumentar

¹⁴⁵ A juicio de RIGAUD, 1919, pp. 257 – 282, las principales diferencias entre la propiedad civil y la propiedad administrativa (diferencias que en ningún caso desmerecen la calificación de propiedad para ambas especies), se encuentran en: (i) las prerrogativas que involucra cada cual; (ii) las restricciones a las que se somete la propiedad; y (iii) la protección jurídica.

lo anterior, RIGAUD (1919, p. 297) acerca el contenido de los derechos reales civiles y administrativos hasta hacerlos especies de un género en común, pero cuya principal diferencia se encuentra en los poderes generales que la Administración tiene sobre los bienes públicos a efectos de poder cumplir finalidades públicas. De este modo, la creación de derechos reales administrativos respecto a los bienes públicos no alteraría la lógica de la inalienabilidad en tanto éstos (a diferencia de los derechos reales civiles) podrían ajustarse a dicha finalidad pública, pudiendo ser objeto de limitaciones, directamente, revocados en atención a ella.

La teoría de los derechos reales administrativos ha ido cobrando mucha fuerza en la doctrina continental porque, creemos, ha tendido a basarse en una construcción civilista del demanio. Así, MAYER (1951, p. 245) señalaba que:

“La noción fundamental, común a todas esas aplicaciones, es la de un *acto administrativo* de determinado contenido. Este contenido debe consistir en que *por él se dé al súbdito un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública*. Y esto debe hacerse de tal manera que aquello que pertenece a la administración y que forma parte de ella le sea entregado y se someta a su *propia posesión*”.

En este sentido, el *ius in re aliena* que conforma el derecho real administrativo debe entenderse siempre de modo limitativo, de tal suerte que su configuración necesariamente debe respetar los derechos de su titular (la Administración Pública), como verdadero propietario. De este modo se justifican, por ejemplo, las limitaciones temporales del derecho, como también su posibilidad de revocación.

La doctrina española, sobre todo considerando el régimen protector del dominio público consagrado en el artículo 132 de su Constitución, entiende que:

“aunque se admiten derechos individuales sobre los bienes de dominio público, siempre de acuerdo con lo que la ley establezca, lo que resulta inconciliable con las reglas de

inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público es, por de pronto, el reconocimiento de derechos privativos a perpetuidad” (FERNÁNDEZ FARRERES, 2009, p. 2.012).

A estos efectos, el Tribunal Constitucional español, en Sentencia No. 227/1988, de 29 de noviembre, ha señalado que “(...) *el significado y alcance de estos principio no puede quedar reducido a la finalidad de preservar en manos de los poderes públicos la nuda titularidad sobre los bienes demaniales, sino que se extienden en sentido sustantivo a asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute, cuya incongruencia con la cesión ilimitada en el tiempo del dominio útil o aprovechamiento privativo resulta patente.*”

En conclusión, de la construcción continental del concepto de “derechos reales administrativos”, se destaca su carácter esencialmente limitativo. En este contexto, el régimen jurídico de esta clase de derechos se centrará en el respeto irrestricto del dominio que permanece siempre en manos de la Administración. En otras palabras, la esencia del derecho real administrativo radica en que el Estado mantiene la propiedad sobre los bienes públicos, aun cuando se haya desprendido de ciertas facultades del dominio a favor de los particulares.

Siguiendo este razonamiento, y llevándolo al Derecho de aguas, esta especial configuración, supone, entre otros aspectos, que el derecho de los particulares para extraer las aguas nace atado a la potestad demanial del Estado y, por ello, está condicionado a todas las particularidades y vicisitudes del demanio. Consecuencia de lo anterior es que en los regímenes continentales es inconcebible que se creen derechos de aprovechamiento de aguas a perpetuidad o que se admita una extensión de contenido que termine por abarcar casi las mismas prerrogativas que las que el dominio público concede a la Administración.

Nuestro rechazo a la categoría de “derecho reales administrativos” en el Derecho chileno no proviene de las usuales objeciones doctrinales de las que da cuenta GONZÁLEZ PÉREZ (1975, pp. 20 – 27). De este modo, bien nos parece admisible, en general, utilizar construcciones civiles en materia administrativa siempre que exista un núcleo común (por ejemplo,

en los contratos administrativos)¹⁴⁶; admitir que el derecho subjetivo no afecta el principio de inalienabilidad de los bienes públicos por seguir una lógica jurídico – pública, y no estar sometida a las reglas del tráfico privado¹⁴⁷; y aceptar que esta clase de derechos puede ejercerse en contra de la Administración, salvo en la línea de precariedad.

Ahondando más en nuestro punto, la imposibilidad de circunscribir un régimen de derechos reales administrativos tiene su origen en las propias bases de la noción de bienes públicos que contempla el sistema normativo chileno. Así, como hemos demostrado en el Capítulo II de esta Parte Segunda, dado que esta clase de bienes se concibe en ausencia de titularidad pública, resulta una contradicción afirmar la existencia de este tipo de derechos, que se han configurado dogmáticamente como *ius in re aliena*. De este modo, es inconcebible que el administrado detente una porción ideal del demanio, como un desmembramiento de las facultades del dominio ejercido por la Administración, casi a modo de “usufructuario” de los bienes nacionales de uso público¹⁴⁸. Admitir lo contrario implicaría afirmar que el derecho que nace de la concesión no sería un derecho *ex novo*, sino que derivaría y estaría sujeto al dominio público estatal.

Por ello, aun cuando estimemos que la Administración, en su función de policía o tutela, está facultada para la creación de derechos subjetivos administrativos para el aprovechamiento privativo de estos bienes, a efectos de dar cumplimiento al interés público¹⁴⁹, aquéllos tampoco podrán implicar enajenación o un desmembramiento (aún limitado) del dominio ajeno, en tanto se trata de derechos nacidos *ex novo*

¹⁴⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, 1975, pp. 15 – 16.

¹⁴⁷ VERGARA BLANCO, 1990b, p. 477.

¹⁴⁸ SILVA CIMMA, 1995, p. 285. Así también se había pronunciado parte de la doctrina francesa, haciendo hincapié en el carácter de desmembramientos del dominio de los demás derechos reales (*vid.* GENOT, 1928, p. 13).

¹⁴⁹ MARTÍNEZ USERO, 1954, p. 166 habla derechamente de la posibilidad de “enajenación” mediante la constitución de derechos públicos subjetivos individuales, generados mediante instituciones de Derecho público, como es el procedimiento concesional.

en virtud del procedimiento concesional. Además, como resalta VERGARA BLANCO (1990a, p. 151):

“hay que distinguir ciertas categorías de bienes, entre los que se encuentran, por ejemplo, las minas o las aguas, en el que la intervención del Estado no es la de un dueño como lo conoce el derecho civil, sino la de un administrador que usa de potestades frente a los bienes (...). Lo que no significa, por cierto, facultades arbitrarias, sino una forma de buscar el que esos bienes cumplan con la finalidad pública que justifica su inclusión en tal categoría, y esas finalidades se logran precisamente a través del otorgamiento de derechos reales administrativos a favor de los particulares, para su uso común o particular (...)”

A mayor abundamiento, el derecho *ex novo* que nace en virtud del procedimiento concesional dará cuenta de la extensión que el ordenamiento requiere dar a tal derecho a fin de poder satisfacer el interés público que justificó la publicación. “La administración, en este caso, no se encuentra con situaciones jurídicas previas: las crea, las configura, las delimita” (VERGARA BLANCO, 1989, p. 781). Y esa delimitación, ese marco jurídico al que el nuevo derecho se somete, contribuye a la formación del elemento normativo del dominio público y, por sobre todo, debe ajustarse a su elemento teleológico del que da cuenta su afectación. A este respecto, RODRÍGUEZ LÓPEZ (2005, p. 718) agrega que:

“El título [concesional] es aquí, pues, constitutivo, lo que significa que el contenido y alcance de la utilización derivan del mismo, pudiendo comprender cuantas formas de utilización permitan, es decir, sean compatibles con las características del bien demanial y, por tanto, con el régimen protector de su afectación”.

O, como señala MONTT (2002, p. 304):

“... más allá de lo anterior – que en verdad resulta ser bastante discutible – lo que ocurre es que en la concesión o autorización de usos privativos sobre el dominio público, se concilian dos intereses, no contrapuestos, sino confluentes.

Por una parte, el del administrado solicitante, que persigue un fin económico, y por otra parte, el del legislador y la Administración que buscan que el uso sobre el dominio público redunde en un aprovechamiento más productivo y racional del mismo. Si los bienes demaniales de uso público, que por su estatuto han sido entregado a priori al uso de todos, son posteriormente excluidos de dicha condición, ello no puede encontrar su justificación sino en que el legislador ha preferido dicho uso privativo, con exclusión al de los demás, por constatar y decidir que el mismo satisface con mayor intensidad el interés público y que contribuye más adecuadamente a la consecución del bien común”.

En conclusión, en ausencia de un elemento subjetivo configurador del demanio, como en el caso chileno, el elemento teleológico es nuevamente el aspecto que moldeará el derecho subjetivo que nace de la concesión, de tal modo que su extensión y duración no estarán vinculados al respeto de la titularidad pública, sino en consonancia con los fines de la publicación. En otras palabras, la fisonomía del derecho de aprovechamiento responde sólo al elemento teleológico de la *publicatio*. Así, por ejemplo, el derecho de aprovechamiento bien podrá establecerse de modo perpetuo si con ello se pretende lograr la finalidad de interés general que ha justificado esta técnica¹⁵⁰, o su contenido podrá incluso aproximarse al contenido de un título dominical, si con ello se logra conceder estabilidad y certeza al título para asegurar su asignación conforme a la lógica del mercado.

Por su parte, creemos que los derechos detentados por los particulares para el aprovechamiento de los bienes públicos bien puede seguir la misma *ratio* de los derechos subjetivos, como poderes atribuidos a un sujeto¹⁵¹, pero no calificables como derechos reales. Las potestades concedidas por parte de la Administración, vía concesional, se traducirían en la posibilidad de que el administrado ejecute una cierta actividad

¹⁵⁰ Circunstancia que es admitida por Sentencia del TC No. 5, de 9 de noviembre 1981 (Considerandos 9° al 12°).

¹⁵¹ GONZÁLEZ PÉREZ, 1975, pp. 29 – 30.

respecto a los bienes públicos que, de otro modo, no podría efectuar dada su afectación a intereses generales.

En este mismo sentido, el TC ha señalado “*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 títulos 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”*¹⁵².

Ahora bien, en el caso particular de los derechos de aprovechamiento, no creemos que el concepto de derecho real administrativo calce perfectamente, además, por el carácter de bien fugitivo de las aguas. Así, el derecho podría ejercerse directa e inmediatamente sobre las aguas corrientes¹⁵³, pues ello implicaría llegar al absurdo de sostener la existencia de un poder directo por parte del concesionario respecto a una cierta cantidad determinable de aguas, aún indiferenciada en su cauce. El uso privativo que implica el modelo concesional redundaría entonces en que el particular podría ejercer sus facultades de uso y goce (artículo 6 CA) desde el inicio del ciclo hidrológico, reconociendo incluso

¹⁵² Considerando trigésimo quinto de la Sentencia del TC No. 1281, de 13 de agosto de 2009.

¹⁵³ La caracterización de los derechos de aprovechamiento como derechos reales, señala GONZÁLEZ PÉREZ, 1975, p. 34, responde a la idea de que estos necesariamente recaen sobre cosas, criterio que es reiterado en el Derecho chileno – entre otros - por VERGARA BLANCO, 1990b, p. 480, y MONTT, 2002, p. 338.

En contra, ALESSANDRI / SOMARRIVA / VODANOVIC, 1998, p.129, entienden – a partir del artículo 602 CC (que dispone que “*Sobre las obras que con permiso de la autoridad competente se construyan en sitios de propiedad nacional, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo. Abandonadas las obras, o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo por el ministerio de la ley al uso y goce privativo del Estado, o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana. Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por el Estado*”) – que el “concesionario sólo tiene derechos sobre las obras por él construidas y sobre la especial forma de aprovechamiento de la cosa pública; pero sobre esta no tiene ningún derecho real, sino una simple tenencia.”

su exclusividad en el uso a modo de ejercer acciones reales para el caso que cualquier otro particular quisiera utilizar “esas mismas aguas”, sea o no para fines extractivos.

Pero tampoco creemos que la calificación de esta clase de derechos como “administrativos” sirva para solucionar el punto. Si bien es efectivo que “El hecho de que recaigan sobre un bien de dominio público implica su sometimiento al régimen jurídico especial propio del dominio público, que no es más que una manifestación especial del régimen administrativo” (GONZÁLEZ PÉREZ, 1975, pp. 36 – 37), tal referencia se efectúa para distinguir la normativa aplicable a los derechos reales administrativos en contraposición a los derechos reales civiles, que siguen la lógica de la propiedad privada. Pero esta precisión no es utilizada por la doctrina a fin de señalar que esta clase de derechos pueden ejercerse sobre cosas indeterminadas, sino específicamente para dar cuenta de su configuración en torno a los principios del Derecho administrativo (VERGARA BLANCO, 1990b, p. 477)¹⁵⁴.

2. *Consecuencias de la caracterización del derecho de extracción de las aguas corrientes como “derecho real”*

Conviene en este punto circunscribir el sentido y alcance que debe otorgarse a la calificación del derecho de aprovechamiento de aguas como derecho real contenida en el artículo 6, inciso primero, del CA, que

¹⁵⁴ Sin embargo, con ello no queremos decir que los derechos de aprovechamiento de agua deban reconducirse a la idea del derecho personal, calificado como *ius ad rem*, que admite una determinación genérica, casi a modo de señalar que el titular ostenta un “derecho frente a la Administración pública, en virtud de la cual ésta viene obligada a realizar alguna prestación o abstenerse de llevar a cabo ciertas actividades en perjuicio de aquella situación jurídica reconocida a favor del particular” (GONZÁLEZ PÉREZ, 1975, p. 34). Lo que queremos decir, en cambio, es que del mismo modo en que la construcción de los bienes público en Chile escapa absolutamente de la *ratio* del Derecho común, de tal suerte que no admite un elemento subjetivo de titularidad, así también los derechos que se confieren a los particulares para su uso no deben reconducirse nuevamente a la esfera de los derechos subjetivos civiles.

dispone: *“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”*. A nuestro juicio, hacernos cargo de su interpretación implica no caer en la tentación de pensar que la intención del legislador era someter al derecho de aprovechamiento a una lógica demanial continental tan ajena al sistema de bienes públicos chileno. Por el contrario, una exégesis armónica con el contexto del ordenamiento jurídico chileno reclama una reivindicación de los principios contenidos en la CPR y en la ley común. Así, una interpretación coherente de esta disposición legal, a nuestro juicio, se resuelve en la concesión, a tal derecho, de la prerrogativa de poder gozar de la acción reivindicatoria regulada en el artículo 891 CC para todos los derechos reales distintos del dominio.

Esta interpretación nos conduce a desestimar cualquier otra deducción que entrañe la consideración del derecho de aprovechamiento de aguas como un “derecho real administrativo” unido a un dominio público de las aguas, al cual deba aplicarse el estatuto jurídico que la doctrina ha elaborado para dichos derechos.

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 6 CA propiatariza el derecho particular para aprovechar las aguas al señalar que *“El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”*. Nuevamente debemos reflexionar sobre el alcance de esta disposición y no precipitarnos en una interpretación de la que pudiese desprenderse un errado ánimo del legislador de querer convertir el derecho de aprovechamiento en un derecho real administrativo. Si tomamos en consideración todo el análisis previo de la técnica de la propiatarización realizado en el Capítulo II de esta parte, se revela que la única interpretación posible, teniendo en cuenta la inapropiabilidad de los bienes nacionales de uso público, es que dicha norma pretende cubrir al derecho particular para aprovechar las aguas con el estatuto jurídico de la propiedad. En otras palabras, que se le aplicase las normas de adquisición, conservación y pérdida del dominio.

§2. *Una primera referencia al modelo vigente en Chile: el derecho de aprovechamiento de aguas como instrumento de asignación por vía mercado*

En el presente Capítulo hemos concluido que en el marco de un sistema concesional de aprovechamiento de un bien público, la definición del derecho nos permitirá advertir la finalidad de la publicación. Ello es así, indicábamos, porque la concesión tiene precisamente la ventaja de poder modular la fisonomía del derecho público subjetivo en términos tales de otorgar un haz de facultades más o menos extenso y que tal extensión dependerá de los propósitos que ha previsto el legislador en vista del elemento teleológico de la publicación.

En la Parte Primera hemos hecho un recorrido de la configuración jurídica de las diferentes reglas de acceso y apropiación que se han planteado en el marco de los ordenamientos continentales, especialmente el chileno. Sobre este último, la diversidad de planteamientos ha llevado al ordenamiento a consagrar fisonomías cada vez más libres de los derechos de aprovechamiento, cada vez más liberados de la interferencia de la Administración. Este modelo inicial suponía una cierta injerencia de los particulares en la asignación y gestión de los recursos hídricos, aunque siempre se revelaba la pretensión de que los particulares hicieren uso efectivo de los recursos para los fines para los cuales habían sido concedidos.

Este modelo se quebró con la Ley No. 16.640, de Reforma Agraria, que erradica del mapa cualquier intervención privada en la asignación y reasignación de las aguas. La gestión absolutamente centralizada de los recursos hídricos planteó un derecho de aprovechamiento de contenido bastante limitado, acotado hasta permitir que la Administración restringiera su ejercicio hasta moldearlo a los objetivos por ella misma determinados.

En referencia a los antecedentes históricos antes reseñados, probablemente llamará la atención del lector el hecho de que la caracterización vigente de tales derechos sigue una dirección distinta a los sistemas anteriores, cuestión que se justifica en la nueva visión económica

del Gobierno Militar, inspirada en el más férreo de los liberalismos (o “neoliberalismos”). Así, VERGARA BLANCO (1996a, p. 328) concluye que:

“El establecimiento de un mercado de aguas implica algunas exigencias jurídicas, que no todos los sistemas jurídicos han aceptado. Chile ha sido una excepción, pues estas ideas de liberalización económica han inspirado la actual legislación chilena (...)”.

Para los efectos previstos, nuevamente no es nuestra intención dar cuenta de todos los aspectos que configuran el actual régimen jurídico de las aguas en Chile, sino, en particular, de los elementos normativos que nos otorgan luces sobre la finalidad de la publicación desde la configuración del señalado derecho público subjetivo. Y, para tales efectos, debemos centrarnos principalmente en su regulación legal y, de modo muy relevante, desde la idea de su protección constitucional. El pensamiento económico liberal imperante, concluiremos, tiñe profundamente la regulación aplicable, especialmente a efectos de crear un derecho subjetivo lo suficientemente amplio que admita la creación de un mercado y, en consecuencia, su asignación a sus usos de mayor valor. Como señala EMBID, (1999, p. 3) “(...) mediante la atribución de un «precio» al agua y la posibilidad paralela de la transacción, se resolverían los problemas de ineficiencia del sistema instituido puesto que la utilización del agua se dirigiría a los usos más rentables económicamente porque sólo quien fuera a llevar a cabo un uso «más beneficioso» estaría dispuesto a pagar dinero por la adquisición de derechos del agua a aquel que tenía un horizonte económico más limitado en función de sus procesos productivos específicos.” El legislador ha asumido que una manera de alcanzar la eficiencia es por medio del mercado. La eficiencia, en conclusión, será la guía del legislador, a objeto de generar las condiciones que estima suficientes y necesarias para impulsar la creación de un mercado que cumpla con dicho objetivo.

En otras palabras, concluye VERGARA BLANCO (1996a, p. 330):

“¿Qué es lo que se pretende obtener con esta legislación chilena de aguas? Se pensó que con estos elementos el agua sería usada de manera más eficiente, pues así asumiría un

valor y precio reales; también se lograría si los derechos de aguas eran definidos como privados; y permitiéndose su libre transacción entre particulares (...). En general, se deseaba una asignación más eficiente del recurso agua, desde el punto de vista económico”.

No es objeto del presente trabajo alabar o criticar el modelo chileno propuesto en abstracto, en tanto la doctrina ha identificado las ventajas y deficiencias de un sistema de asignación descentralizado¹⁵⁵, sino examinar la forma en que éste se construye en el ordenamiento jurídico chileno y determinar las consecuencias que ésta acarrea. A ello dedicaremos la Parte Tercera de este trabajo.

¹⁵⁵ *Vid.*, por ejemplo, SEGURA, 1996, pp. 322 y 323.

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE

1. En el contexto constitucional, las aguas corrientes no reciben un tratamiento especial en cuanto el constituyente chileno pretendía dejar su calificación jurídica en manos del legislador. Sin embargo, el catálogo de categorías se encuentra restringido, de tal suerte que la CPR siempre opta por la propiedad privada como regla general (incluso, como garantía), de manera que una calificación diversa debe encontrarse plenamente justificada. De este modo, la calificación legal de las aguas como “bienes nacionales de uso público” debe ajustarse a las cortapisas planteadas por el constituyente a efectos de proteger dicha propiedad privada. Ello implica someter la racionalidad de la publicación a la reserva legal, pero, más relevante aún, justificar el uso de la técnica en la mejor satisfacción del interés general.
2. En cuanto a los derechos de extracción conferidos a los particulares, el ordenamiento constitucional ha decidido tomar una posición que les fortalece mediante la seguridad que implica la garantía dominical. El titular del derecho de aprovechamiento, sea conferido o reconocido por el legislador, cuenta con todo el espectro de seguridad que el constituyente reconoce al propietario de cualquier especie de bien. Y ello incluye limitaciones a la expropiación, a las restricciones a las facultades de uso, goce y disposición y a la esencia del dominio, como también le confiere la acción de protección cuando cualquiera de dichos aspectos resulta vulnerado. Este elemento resultará muy trascendente cuando el legislador opta por configurar el derecho a efectos de que pueda ser transado en el mercado, especialmente por su ejercitatividad frente a terceros.
3. Ya en la dimensión legal, el ordenamiento jurídico reconoce el carácter público de todos los cursos de aguas continentales. Este hecho, más allá de sus bases constitucionales, obliga a delimitar el

concepto de los “bienes nacionales de uso público”. Especialmente, si se toma en consideración que este se ha planteado de manera diversa a la que suele reconocerse en los ordenamientos continentales, basado en antecedentes más clásicos, como los previstos en Roma y en la primera etapa de la regulación francesa post – revolucionaria. La ausencia de un elemento subjetivo (como titularidad de la Administración) obliga a redefinir los bienes nacionales de uso público bajo la idea de la finalidad (o elemento teleológico) de la publicación. Esta finalidad, genéricamente tratada bajo la idea del “interés nacional”, supone una calificación particular para todos los bienes que integran dicha categoría. Y dado que el legislador no es muy asiduo a justificar las razones de su actuar, especialmente en estas materias, creemos que dicho elemento debe deducirse del elemento normativo. O, en otras palabras, de la regulación que trata especialmente de cómo se concibe el “uso de los administrados”.

4. De este modo, la elección de un sistema concesional como medio de asignación de las facultades de uso nos permite definir el elemento teleológico de la publicación por medio de la conformación del derecho de aprovechamiento, nacido *ex novo* en virtud del procedimiento administrativo. Sus características nos permiten, en cada etapa histórica, descubrir la finalidad que el legislador ha tenido en mente por cuanto el “uso de los administrados” es, sin lugar a dudas, un elemento inmanente en la calificación de un bien como “nacional de uso público”. Pero, a nuestro juicio, este derecho no puede configurarse como un “derecho real administrativo”, a pesar de la calificación legal contemplada en el CA en vigor. Ello en atención a su objeto (necesariamente genérico) y al hecho de que la justificación de esta categoría se encuentra en el reconocimiento de una titularidad pública de la que el Derecho chileno prescinde. Pero la reconducción legal del derecho de aprovechamiento a la categoría de los derechos reales supone hacerles aplicables las reglas de adquisición, conservación y pérdida del dominio.

TERCERA PARTE

DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL CÓDIGO DE AGUAS DE 1981 Y DE SU REFORMA POR LA LEY 20.017 DE 2005

Capítulo I: El Código de Aguas en su concepción original. *§1. Análisis prelegislativo: objetivos generales del legislador.* A. El modelo de mercado como mecanismo de reasignación de los recursos. B. La neutralidad legislativa con relación al uso y gestión de los recursos hídricos. C. La descentralización en la gestión de los recursos hídricos. *§2. El planteamiento económico subyacente: la teoría de los derechos de propiedad y el mercado como mecanismo de asignación eficiente de los recursos.* A. La teoría de los derechos de propiedad como sustrato en la configuración del derecho de aprovechamiento de aguas. 1. El planteamiento de Coase: la exclusividad, la definición legal de los derechos y su reasignación por las fuerzas del mercado. 2. El planteamiento de Demsetz: el origen de los derechos de propiedad y la necesidad de internalizar externalidades por medio de la exclusión. 3. El planteamiento de Cheung: la exclusividad como piedra angular de las reasignaciones eficientes en el mercado de los recursos. 4. El planteamiento de Posner: los derechos de propiedad como incentivos de inversión y la importancia de la asignación inicial del recurso. B. El modelo de mercado como mecanismo de asignación eficiente de los recursos. *§3. La configuración del derecho de aprovechamiento de aguas conforme a la teoría del derecho de propiedad.* A. Breve referencia a la técnica de la publicación y al ejercicio de actividades no extractivas de las aguas. B. Fisonomía jurídica y económica del derecho de extracción de las aguas públicas en el CA de 1981. 1. Marco conceptual: reconocimiento normativo del derecho de aprovechamiento en el CA de 1981 2. Características del derecho de aprovechamiento en el CA de 1981. a. Derecho definido de manera abstracta (o no afectado por su destinación). b. Derecho definido de manera autónoma (o independiente de la propiedad raíz). c. Derecho exclusivo y permanente. d. Derecho definido en relación a su cuantía. e. Derecho ejercitativo. f. Derecho de contenido patrimonial. *§4. Algunas notas sobre el funcionamiento de la configuración del marco jurídico del mercado de derechos de aprovechamiento de aguas en Chile.* *§5. Las principales*

críticas al modelo chileno original: la incidencia de los denominados “fallos de mercado”. A. Los peligros del monopolio en la asignación de derechos de aprovechamiento de aguas. B. El problema de las externalidades al interior del caudal (“inflow”) en el modelo chileno.

Capítulo II: La Reforma del Código de Aguas por medio de la Ley No.

20.017 de 2005. §1. *Reforma para la protección de las aguas y sus cauces: la introducción del respeto al “caudal ecológico”.* A. Antecedentes prelegislativos. B. Valoración económica de la normativa vigente respecto al caudal ecológico. C. Valoración jurídica de la normativa vigente respecto al caudal ecológico. 1. El concepto, la finalidad y la determinación del caudal ecológico. 2. El quiebre del principio de neutralidad a favor del valor de existencia de las fuentes superficiales. §2. *Reformas para promover la intervención administrativa en la asignación y reasignación de los derechos de aprovechamiento de aguas: la memoria explicativa y la patente por no uso de las aguas.* A. La memoria explicativa. 1. Antecedentes prelegislativos. 2. Análisis económico y jurídico de la memoria explicativa: ruptura del principio de neutralidad. B. La patente por no utilización de las aguas. 1. Antecedentes prelegislativos. 2. Valoración económica y jurídica de la normativa vigente respecto a la patente por no uso de las aguas.

A partir de 1980, la ideología neoliberal se plasma en la regulación legal de las aguas. La CPR, que impulsaba la protección y el fomento a la propiedad, la iniciativa privada y la libertad de empresa, ve incorporado su modelo de mercado en el CA. El nuevo sistema de asignación y reasignación del recurso, rompe los esquemas de regulación existentes anteriormente en materia de aguas, proclamándose como una innovadora y eficiente forma de gestión del recurso.

De este modo, y como rechazo a la concepción anterior del derecho de aprovechamiento, en el CA se articula un nuevo derecho subjetivo público, al que se dota de ciertos caracteres especiales, tales como la definición, la exclusividad, la libre transferibilidad, la separación de la tierra y su desvinculación a cualquier actividad productiva; y la perpetuidad. Sin embargo, lo más relevante es que dicha titularidad ha sido

objeto de propietarización, y por tanto, se le aplica todo el estatuto dominical que existe para los bienes susceptibles de apropiación.

Conviene recordar las distinciones que se efectúan sobre las tres dimensiones regulatorias de las aguas. En este sentido, es importante tener en cuenta que el derecho de aprovechamiento, como derecho público subjetivo, no está publicado. Lo que está afectado al cumplimiento de la finalidad pública es el *aqua profluens*. Así, la legislación puede ir variando el contenido de dicho derecho a lo largo de la historia, de acuerdo a las tendencias sociales, políticas y económicas que se sucedan, sin que por este motivo las aguas dejen de estar publicadas. Así, lo que cambia es el elemento finalista de la publicación, es decir, su justificación.

A partir del modelo de 1980, la finalidad de la publicación será el respecto a la polifuncionalidad del recurso y, en cuanto a las actividades extractivas, la asignación eficiente del mismo por medio del mercado. Ahora bien, no será el legislador el que fragüe el mercado, como si de una receta se tratara. El legislador sólo sentará las bases para que por medio de intercambios libres dicho mercado pueda fluir. Así, la ley se preocupará de crear una titularidad para extraer las aguas, a modo de *commodity*, y procurará bajar los costes de transacción a fin de que el mercado opere sin fallos.

Este modelo estará vigente por más de veinte años. Para bien o para mal, habrá reasignado los derechos conforme a sus usos de mayor valor. Para algunos, tanta libertad supuso un agotamiento en el recurso por lo que el año 1992 se presentó un proyecto de modificación del CA tendiente a destruir las líneas matrices sobre las cuales éste se había asentado.

Una de las principales preocupaciones expresadas por el Ejecutivo en su Mensaje inicial, se refería a la escasa participación de la Administración en la distribución y gestión de los recursos hídricos. A partir de este enunciado se desprende, de alguna manera, una desconfianza en la propiedad privada, en la libre iniciativa económica y en el mercado como mecanismo de asignación, probablemente porque se apuntaba a un objetivo que difería, en cierto modo, de la eficiencia. Las aguas se han ido asumiendo, a lo largo de la historia legislativa chilena, bajo un concepto erróneo de “bien nacional de uso público”, en el sentido que se aprecia en

éste un tenor más bien político, que supone que su protección debe pasar por la consagración de mayores facultades administrativas en su gestión, de manera que realmente pertenezca a la “nación toda”.

A este respecto, la principal consternación para el “Gobierno de transición” se traducía en la “*excesiva permisividad y pasividad frente a la administración y conservación de este recurso escaso y finito (...)*” y la “*acumulación de derechos de aguas en forma desmesurada sin que exista un uso actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ellos, no obstante su obtención original gratuita (...)*”¹⁵⁶. A juicio del Ejecutivo, un gran número de derechos de aprovechamiento de aguas inscritos no estaba siendo utilizado, lo que repercutía en el desarrollo de proyectos económicos productivos que, en la práctica, no se podían realizar. Desde ya conviene señalar que estos argumentos nunca traspasaron la barrera de la certeza y sólo permanecieron en el campo de meras declaraciones políticas sin sustento empírico alguno. Conviene señalar desde este momento que, dada la ausencia de datos empíricos fiables, tales argumentos pertenecen más al ámbito de la declaración política que al de la certeza objetiva. La Administración no contaba a la época con registros fidedignos, claros y veraces que arrojaran información, más o menos precisa, de la medida real de los caudales otorgados que no estuviesen siendo utilizados por sus titulares, ni tampoco contaba con suficientes antecedentes como para llevar un catastro de los derechos concedidos. Es más, ni siquiera puede decirse que cuente con esta información en el momento en que se escriben estas líneas, diciembre de 2011.

De la aclaración precedente, ya podemos ir esclareciendo que la motivación real del legislador para intervenir no podía corresponder, en rigor, al objetivo de lograr la eficiencia en la reasignación del recurso. Cabe señalar también que las soluciones previstas en el Mensaje inicial consistían, por un lado, en otorgarle mayores herramientas a la Dirección General de Aguas en el otorgamiento de futuros derechos de aprovechamiento, y por otro lado, en hacer caducar aquellos derechos de

¹⁵⁶ Mensaje N° 283-325, de fecha 2 de diciembre de 1992, de S.E. El Presidente de la República, con el que inicia un Proyecto de Ley que Modifica el Código de Aguas.

aprovechamiento cuyas aguas simplemente no estuvieren siendo utilizadas, a su juicio, por un periodo razonable de tiempo.

En esta Tercera Parte haremos un esfuerzo en ir descubriendo el camino del elemento teleológico, desde su articulación en la eficiencia hasta la variación que experimenta con motivo de la promulgación de la Ley. No 20.017 de 2005. Ello lo veremos bajo el prisma del elemento normativo, desde el cual se van desprendiendo los móviles que tiene el legislador para regular, ya sea con la finalidad de reafirmar la eficiencia en el mercado de las aguas, ya sea para ir incorporando elementos ajenos a ésta. En este sentido analizaremos si se desvirtúa o no la finalidad de la publicación contenida en el CA, a efectos de dar cuenta de la configuración actual del citado elemento teleológico, y de lo que podemos esperar del futuro que, sin duda, es incierto.

CAPÍTULO I

EL CÓDIGO DE AGUAS EN SU CONCEPCIÓN ORIGINAL

De la referencia efectuada en la Parte Segunda al sistema del Derecho de Aguas vigente en Chile a partir del Código de 1981, pueden desprenderse ciertas conclusiones respecto al modelo escogido por el legislador chileno a fin de propiciar la distribución y gestión de las aguas. El referido modelo ha sufrido ciertas alteraciones con el curso de los años, especialmente con motivo de la promulgación de la Ley No. 20.017, de 2005, pero nos referiremos a tales variaciones en el Capítulo siguiente a modo de efectuar un contrapunto entre las valoraciones jurídicas y económicas del legislador de la década de los ochenta con las que efectuase el mismo, ya iniciado el presente siglo.

El objetivo de este Capítulo es determinar el modo en que el legislador chileno adecúa este propósito económico a la técnica de la publicación de las aguas. Ya hemos indicado que el elemento normativo es el que nos dará mayores luces para descubrir la finalidad de la publicación y que aquél se manifiesta primeramente en la configuración de los derechos de aprovechamiento concedidos a los particulares. Centraremos nuestro análisis, en consecuencia, en tales derechos al objeto de comprobar que éstos fueron contruidos por el legislador de 1981 con el propósito de crear un modelo de asignación descentralizada.

Esta respuesta sólo es posible en el ordenamiento jurídico chileno en cuanto la técnica de la publicación se encuentra desprovista de cualquier trazo de elemento subjetivo (como titularidad de la Administración), de manera que no es de prever limitaciones en cuanto a la extensión y profundidad de los derechos concedidos al particular, respetando el sustrato de la “propiedad pública”, sino sólo ciñéndose a los límites constitucionales de la publicación.

El camino a seguir a efectos de comprobar lo anterior supone conocer, en primer término, los antecedentes prelegislativos que nos dan algunas pistas sobre los objetivos que el legislador persiguió con la introducción de un nuevo modelo. Pero, dado que el objetivo de la publicación se resumirá en términos económicos, como la búsqueda de una asignación eficiente de los recursos, también debemos dar cuenta de los postulados económicos subyacentes, configurados bajo la denominada “teoría de los derechos de propiedad”. Con estos antecedentes, podremos ver como dicha finalidad se traduce en el tratamiento normativo de los derechos de aprovechamiento.

§1. *Análisis prelegislativo: objetivos generales del legislador*

La época de promulgación del CA de 1981 nos da ya ciertas pistas sobre su enfoque. El proceso de creación de una nueva institucionalidad por medio de la redacción de una Constitución Política había culminado con su ratificación mediante plebiscito, influido fuertemente, al menos en términos económicos, por la ideología neoliberal que imponía un modelo económico de libre mercado, fundado en la definición de “derechos de propiedad y libertades económicas de manera muy amplia y restringiendo firmemente la autoridad reguladora de las agencias gubernamentales y del Congreso Nacional” (BAUER, 2004, p. 63). En lo que nos interesa para las explicaciones que siguen, GUERRERO (1979, p. 85), recalca que “el derecho de propiedad es también consustancial al ejercicio de la libertad económica y, en consecuencia, a una plena participación de los individuos en el sistema político y económico.” Y de ahí la justificación de su indudable fortalecimiento a partir del texto constitucional de 1980.

Cabe advertir que la CPR ha sido calificada como aquéllas “constituciones económicas” en las que el constituyente se inclina por la definición de un sistema económico enmarcando, estrictamente, la actuación de los poderes públicos en materia económica¹⁵⁷. De esta manera, el modelo económico forjado en la CPR “implica una abierta opción por el mercado como instrumento básico que orienta las relaciones productivas y de intercambio en esta sociedad” (FERRADA, 2000, p. 51).

¹⁵⁷ FERRADA, 2000, p. 48.

Sin embargo, agrega BAUER (1998, p. 33), cabe advertir que “La Constitución de 1980 no exige explícitamente una economía de libre mercado; en cambio apunta a asegurar las condiciones legales, políticas y sociales necesarias para el desarrollo de dicha economía”. Esta ideología no sólo debía permear el ordenamiento jurídico vigente a la fecha, sino que apuntaba a propiciar un nuevo molde para las leyes venideras. En materia de aguas, el marco jurídico estaba sólo someramente delineado en la CPR, tan sólo a efectos de asegurar a los particulares un derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento legalmente constituido o reconocido (artículo 19, número 24, inciso final CPR). A esta materia nos hemos referido en la Parte Segunda precedente.

Ahora bien, los antecedentes prelegislativos del CA aparecen de modo bastante oculto. El régimen militar supuso la clausura del Congreso Nacional, de modo que el poder legislativo estaba depositado en la propia Junta de Gobierno, no quedando antecedentes fidedignos de sus disposiciones. De este modo, el antecedente más relevante puede ser obtenido de las disposiciones del Decreto Ley No. 2.603, de 23 de abril de 1979, que constituye la primera reforma legal al Código de Aguas de 1967, creado en el marco del proceso de reforma agraria.

Dicho cuerpo legal constituyó una revolución en el modelo de gestión y distribución de las aguas, sirviendo de base para el sistema dispuesto en el CA. Sus principales características pueden resumirse del siguiente modo:

- (i) Agregó la disposición que propiciaba la propietarización de los derechos de aguas que, pese al acuerdo alcanzado en la Comisión Ortúzar, había sido omitida en el Acta Constitucional No. 3 (contenida en el Decreto Ley No. 1.552, de 13 de noviembre de 1976), con idéntica redacción de la que resultara finalmente promulgada en la CPR de 1981¹⁵⁸. De este modo, el artículo 16, número 1, de dicha

¹⁵⁸ Los debates en torno a la propietarización de los derechos de aprovechamiento de aguas hicieron que, en su redacción original, el artículo 16, número 1, del Acta

acta pasó a disponer que “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*”.

- (ii) Estableció un sistema impositivo para los derechos de aprovechamientos de aguas, que estarían sujetos al pago de contribuciones (impuestos territoriales) diferentes a los que afectaban a los predios. La tenencia de derechos de aprovechamiento, en suma, dejó de tener un carácter gratuito, o al menos aparentemente gratuito en tanto hasta la fecha se entendía que el beneficio del derecho de aprovechamiento aumentaba la tasación fiscal de los inmuebles beneficiados. A tales efectos, 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*”.
- (iii) 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. A contar de la vigencia del referido Decreto Ley, en consecuencia, “*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).

Constitucional No. 3, sólo dispusiera que “*Un estatuto especial regulará todo lo concerniente al ... dominio de las aguas*”. Redacción peligrosa, aunque finalmente inocua, en cuanto la referencia estaba dada al “dominio de las aguas”, a la fecha bienes nacionales de uso público y, en consecuencia, desprovistos de propiedad privada, y no a la titularidad sobre los “derechos de aprovechamiento”, como se concluyó en la redacción final de la norma a contar de la modificación del Decreto Ley No. 2.603.

De hecho, se estableció también un sistema de presunciones para acreditar la titularidad sobre los derechos de aprovechamiento, para luego proceder a su registro. De este modo, el artículo 7 disponía que “*Se presumirá dueño del derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos. // 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.*”

Con ello, indica VERGARA BLANCO (1998, p. 161), “en Chile se presta pleno reconocimiento a los usos consuetudinarios no formalizados y que pueden incluso carecer de inscripción”, cuestión que el citado autor sitúa como una de las grandes ineficiencias del diseño al no otorgar plena seguridad sobre todos los títulos vigentes.

El modelo creado por el Decreto Ley No. 2.603 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 No. 3 en él mismo contenida (artículo 4º transitorio). Se adelantaba, sin embargo, una gran reforma, facultando al Presidente de la República para que, en el plazo de un año, promulgase 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)¹⁵⁹.

No obstante, el Decreto Ley No. 2.603 contiene poderosas señales de lo que estaba por venir en materia de aguas. El aspecto más importante radicaba en la separación absoluta de los derechos de aprovechamiento de aguas de la propiedad de la tierra, de manera que se incentivaba la existencia de un mercado que se refiriera exclusivamente a los primeros. De hecho, el artículo 1º del Decreto con Fuerza de Ley No. 1, de 3 de

¹⁵⁹ Facultad que fue finalmente prorrogada en virtud de los Decretos Leyes No. 3.337 y No. 3.549, ambos de 1980, hasta la promulgación definitiva del Código de Aguas de 1981.

agosto de 1979, definía el derecho de aprovechamiento como “*un derecho real, que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas, en beneficio particular, con los requisitos y en conformidad a las disposiciones de esta ley*”, concepto que revive la amplitud de la definición del derecho contenida en el Código de Aguas de 1951, borrando las limitaciones impuestas por el texto promulgado en el Código de 1967.

Como indica BAUER (2004, p. 75), “La nueva ley no hizo explícitamente de los derechos un bien comerciable, pero lo hizo implícitamente al exigir que las transacciones fueran registradas”. En definitiva, el sistema propuesto terminaba por propiciar la existencia de transacciones que permitiesen una asignación descentralizada de los recursos hídricos. Sin embargo, a la fecha del Decreto Ley No. 2.603, el ordenamiento chileno aún no se desprendía de todas las cargas que terminaban por limitar los derechos de aprovechamientos al amparo de la legislación de 1967, por lo que escasamente podría sostenerse que el modelo propuesto por la citada normativa escogía el mercado como único mecanismo de asignación, reasignación y gestión.

Asimismo, cabe advertir que la redacción original del citado Decreto Ley prometía una visión aun 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 públicas subastas. La definición de un precio, avalado 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 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*” (artículo 4). La constitución de nuevos derechos de aprovechamiento seguiría sujeta, por el momento, a la lógica del Código de Aguas de 1967.

En suma, el debate pareció más político que técnico, de modo tal que se prefirió el fortalecimiento del derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento que la creación de instrumentos legales que propiciaran una asignación económicamente más eficiente de los recursos¹⁶⁰. De hecho, 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, de modo que el artículo 3 del citado Decreto Ley disponía que “*Las normas que el Presidente de la República dicte en uso de esta facultad, no podrán importar un aumento del avalúo vigente del predio, ni de sus impuestos territoriales, ni de los impuestos que, por aplicación de la ley de la renta, deben corresponder al propietario*”. Pero, veremos, ni siquiera esta limitación fue suficiente ante los ojos de los agricultores (generalmente miembros del ala conservadora del gobierno), propiciando la desaparición del sistema impositivo en el CA de 1981 hasta hacer de los derechos de aprovechamiento bienes obtenidos y conservados a título completamente gratuito.

Ya dispuesto el ambiente para la promulgación de un nuevo Código de Aguas, se hace evidente la necesidad de contar con un marco jurídico renovado que se centrara en la eficiencia en la asignación y gestión de los derechos de aprovechamiento de las aguas (RÍOS y QUIROZ, 1995, p. 319). O, en palabras de DONOSO (2003, p. 22):

“En síntesis, la filosofía subyacente del Código de Aguas de 1981, en términos simples, es establecer derechos permanentes y transables de aprovechamiento del agua de manera de permitir el uso eficiente del recurso. Por eficiencia se entiende que el agua sea utilizada por aquel agente que tenga la mayor valoración. Un mercado de derechos de agua competitivo y operando sin costos de transacción, garantizaría que la asignación del recurso sea óptima en los términos previamente señalados”.

Al igual que respecto a la distribución de la gran mayoría de los bienes, las aguas (o, mejor dicho, los derechos de aprovechamiento sobre ellas constituidos) fueron consideradas *commodities*, para lo cual era

¹⁶⁰ BAUER, 2002, pp. 75 y76

necesaria la consagración de titularidades claras y bien definidas, al tiempo que se reducían los subsidios para los usuarios urbanos o rurales en lo que respecta al uso de las aguas (ROSEGRANT y GAZMURI, 1995, p. 295). Lo que se deseaba también, aun implícitamente, era la reducción de los gastos gubernamentales en lo relativo a las instalaciones hidráulicas, dejando en manos de los particulares la gestión e innovación tecnológica para un mejor aprovechamiento de las aguas.

Para tales efectos, los principales elementos de discusión prelegislativa, y que resultaron en los pilares sobre los cuales se construyó la nueva institucionalidad, se refirieron al fortalecimiento de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento, a la libre transferibilidad de los derechos, a la liberalización económica que apuntaba a la mejora de la eficiencia económica en la asignación de los derechos (HOLDEN y THOBANI, 1995, p. 270). O, como explica BÜCHI (2003, p. 87)¹⁶¹, en la elección de la propiedad privada, y, en consecuencia, del mercado, como el mejor sistema que resguarda “la función social y la correcta asignación de los recursos.”

Consecuencia de tales principios, los principales caracteres del sistema impulsado por el CA de 1981 fueron los siguientes: (i) el modelo de mercado como mecanismo de asignación de los recursos; (ii) la neutralidad legislativa en relación al uso y gestión de los recursos hídricos; y (iii) la descentralización en la gestión de los recursos hídricos. Nos referiremos a cada uno de ellos a continuación.

A. El modelo de mercado como mecanismo de reasignación de los recursos

En el presente trabajo nos hemos referido a la fisonomía del derecho de aprovechamiento consagrado en el CA de 1981, a efectos de explicar la finalidad de la publicación de las aguas. Teniendo tales caracteres en cuenta, sólo anticipamos el punto a efectos de recalcar que mediante tal configuración el legislador no pretende sino establecer un modelo de

¹⁶¹ Hernán Büchi Buc era, al tiempo de dictación del Código de Aguas de 1981, Ministro de Hacienda del Gobierno Militar, presumiéndose su activa participación en la redacción del texto legal, al menos en lo que se refiere a sus connotaciones económicas.

mercado como forma de reasignación al acceso a las aguas para fines extractivos.

Para tales efectos, la legislación pretende, *por una parte*, la definición del derecho únicamente en razón de su cuantía (volumen por unidades de tiempo) y a los caracteres de la forma misma en que se efectúa el aprovechamiento (consuntivo o no consuntivo, permanente o eventual, continuos o discontinuos), y, *por la otra*, la protección del derecho mediante la técnica de la propietarización (artículo 19, número 24 CPR). Al decir de BÜCHI (1993, p. 85):

“El sentido que tuvo la acción gubernativa en este campo fue el mismo: crear sólidos derechos de propiedad, no sobre el agua misma sino sobre el uso de las aguas y fomentar por todos los medios el funcionamiento ordenado del mercado.”

A partir del CA de 1981, y por primera vez en la historia legislativa chilena, se quiebra el principio de inherencia que mantenía unida el agua a la tierra, produciéndose la separación jurídica del agua del predio receptor.¹⁶² Este hecho trae como consecuencia una nueva concepción económica del derecho privativo para aprovechar las aguas, ya que a su respecto se crea un bien (“*commodity*”), absolutamente independiente a efectos de incentivar su transacción en el mercado. Adicionalmente, se dispone la libre transferibilidad de los derechos, sin limitaciones referidas al uso o a la vinculación a la tierra. De ello se desprende que:

“(…) las ideas económicas que se tuvieron a la vista en Chile, a partir de 1979 – 1981, para establecer la libre transferibilidad de los derechos de aguas, esto es, la introducción de políticas de mercado en el área, las encontramos globalmente en la aplicación de estas nuevas políticas económicas, todo lo cual recibió la consagración de los principios de libertad económica en la Constitución de 1980” (VERGARA BLANCO, 1997, p. 374).

Entonces, como bien resume DOMPER (1999, p. 1):

¹⁶² BAUER, 2002, p. 60

“(…) el objetivo de esta legislación es establecer incentivos adecuados para que el mercado opere libremente y entregue respuestas adecuadas a problemas como la asignación óptima del recurso y el precio de los derechos de aprovechamiento de las aguas en periodos de escasez, entre otros”.

El Derecho no puede crear un mercado ahí donde no existe (o no hay interés de que exista), pero bien puede crear los instrumentos jurídicos adecuados para su conformación y funcionamiento ahí donde sea necesario. Y esa era precisamente la intención del legislador de aguas en la década de los ochenta.

Si bien el objetivo de aquellos actores con tendencias neoliberales del gobierno era que todo nuevo derecho de aprovechamiento fuese otorgado siguiendo el mecanismo de la subasta, pretendiendo su asignación *ab initio* a sus usos de mayor valor, la respuesta legal (artículo 142 CA) sólo estableció este mecanismo para los casos en que se presentaren dos solicitudes simultáneas para los mismos derechos (BAUER, 2004, p. 80). Para los demás casos, la Dirección General de Aguas está obligada a constituir el derecho a favor del respectivo solicitante, siempre que existiera disponibilidad del recurso y fuese legalmente procedente (artículo 141 CA). Al decir de VERGARA BLANCO (1992a, pp. 67 y 68), “Es, en realidad, un sistema de “denuncia” de recursos naturales, libres y francos de otro titular actual, y que origina en la autoridad la necesidad de otorgarlos.” Incluso, concluye el citado autor (1997, p. 378), una negativa injustificada por parte de la Dirección General de Aguas a la constitución de un derecho de aprovechamiento puede ser constitutiva de una infracción a la garantía de acceso a la propiedad sobre toda clase de bienes, contemplada en el artículo 19, número 23 CPR.

Por su parte, la libre transferibilidad supone que la reasignación de los derechos queda dejada a la ley de la oferta y la demanda (HOLDEN y THOBANI, 1995, 270). O, como agrega DOMPER (1999, p. 2):

“La posibilidad de que los derechos sean transferibles, permite que opere el sistema de precios. Así, en la medida que se hace más escaso el recurso, o se aumentan los costos de transacción,

los precios tienden a subir reflejando el mayor costo de oportunidad de ellos en los distintos usos alternativos”.

Los derechos de aprovechamiento son constituidos y la titularidad sobre los mismos se conserva a título gratuito. A diferencia del modelo creado por el Decreto Ley No. 2.603, se elimina cualquier referencia al pago de contribuciones territoriales sea al tiempo de constitución o de ejercicio (o no ejercicio del derecho). La razón de esta gratuidad es, nuevamente, más política que técnica. Como explica BAUER (2004, p. 79):

“(…) los neoliberales tuvieron que renunciar a las normas legales y disposiciones financieras que habrían elevado el coste y el precio de las aguas, medidas que en su opinión eran incentivos cruciales para la disciplina y eficiencia del mercado”, especialmente en materia de tributos. La presión de los agricultores, continúa explicando el citado autor, derivó en la ausencia de tasas por constitución y tenencia de derechos de aguas, considerando especialmente que “La mayoría de los agricultores estaban sufriendo problemas financieros después de años de doloroso ajuste al modelo económico de libre mercado, y no se podían dar el lujo de (o simplemente se negaban a) empezar a pagar por un recurso que siempre había sido gratuito. Evidentemente, no estaban convencidos por el argumento neoliberal en el sentido de que la cantidad total de impuestos a la tierra y el agua no aumentarían una vez que los pagos fueran separados”, lógica impuesta por el Decreto Ley No. 2.603, antes referido.

B. La neutralidad legislativa con relación al uso y gestión de los recursos *hídricos*

En el modelo original del CA de 1981 existía una absoluta neutralidad legislativa en cuanto a los usos que los particulares quisieren otorgar a los derechos de agua, eliminando todo vestigio de prelación de usos tanto para su otorgamiento como para tiempos de sequía. Al mismo tiempo, también existía neutralidad ante la gestión de las aguas, resistiendo incluso el no aprovechamiento de las mismas y la decisión descentralizada por parte de las asociaciones de usuarios.

En este marco jurídico inicial, la libertad en el uso de las aguas suponía incluso que:

“Los particulares usarán o no tales aguas y esperarán también libremente, de acuerdo a las condiciones de “mercado”, el momento apropiado para usarlas, o para enajenarlas a quien desee utilizarlas. Incluso es posible obtener el derecho de aguas nada más que para esperar, a su vez, en forma especulativa, una aún mejor condición de “mercado” y transferirlo a quien desee adquirirlo” (VERGARA BLANCO, 1997, pp. 377 y 378).

La justificación de política económica de dicha alternativa se infiere de las palabras de BÜCHI (1993, p. 86) quien, años más adelante, criticaba las propuestas de reforma que instaban por la caducidad de los derechos de aprovechamiento por falta de uso, a la siguiente sazón:

“La causal responde a la creencia de que los funcionarios pueden hacerlo mejor que el mercado. Esa confianza, sin embargo, está probadamente fracasada en todo el mundo. ¿Por qué las razones del funcionario van a favorecer más a la comunidad con el uso óptimo de los recursos hídricos? Si alguien no está ejerciendo sus derechos de aprovechamientos es porque está aguardando una oportunidad mejor y esa oportunidad puede ser mucho más ventajosa para la comunidad que lo que se le ocurra a quien está detrás de la ventanilla de una repartición fiscal.”

Económicamente, la neutralidad implica también no otorgar prioridades para los usos y los no usos del agua, de esta manera, a primera vista, parece que equipara los valores de uso, opción, cuasi-opción y existencia del recurso. El *valor de uso* se refiere a la utilización efectiva del recurso para la obtención de alguna suerte de beneficio, y parece ser el más evidente por el cual un determinado particular pudiese solicitar o adquirir un derecho de aprovechamiento de aguas. El legislador chileno le da idéntico valor a éste que al *valor de opción*, relativo a la expectativa de uso futuro, principalmente derivada de la incertidumbre de si el bien estará o no disponible en el futuro. El *valor de cuasi-opción*, a su vez, se refiere al valor que se le asigna a la mera existencia de un bien, por el hecho de que

en el futuro dicho bien pudiese proveer algún beneficio o utilidad que en la actualidad se desconoce. Sin embargo, no es sensible frente a posibles y *valores de existencia* (o *valores de no uso*), que no pasan por el mercado, y que se refieren a la estimación positiva de la mera existencia de un bien, incluyendo razones medioambientales, simbólicas, de herencia a las generaciones futuras, entre otros (AZQUETA, 2002, p. 88). Este será el aspecto que será objeto de una reforma crucial a partir de las reformas del año 2005, y a las que nos referiremos en el Capítulo II de esta Parte Tercera.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe adelantar ciertas cuestiones relativas a los valores de existencia, a lo menos en lo que atañe a su tratamiento en el CA original. A estos efectos, KRUTILLA (1967, p. 781) nos ejemplifica este valor indicando que hay muchas personas que obtienen satisfacción del solo conocimiento de la conservación de especies salvajes en Norteamérica, aun cuando ellas mismas se horrorizarían si se enfrentaran a ellas. En este caso, el valor se traduciría en la constatación de la mera existencia de la variedad geomórfica y biológica de las especies, como de la constatación de su distribución a nivel global.

KRUTILLA (1967, pp. 781 y 782) se centra en el valor de existencia para preguntarse sobre las razones que impiden la existencia de un mercado a este respecto. Sobre el particular, el autor resuelve indicando que el principal obstáculo resulta de la imposibilidad de excluir a quienes no soportan los costes de conservación de esta clase de bienes, aun cuando todos gocen de las ventajas que surgen de su protección. En otras palabras, el valor de existencia resucita todos los problemas que surgen de intentar organizar un mercado respecto a los bienes públicos (bajo su conceptualización económica, no jurídica).

Sin perjuicio de ello, el autor constata la existencia de mercados respecto a esta clase de bienes, aunque de manera más limitada. Y, aun en el caso de existir, suponiendo individuos claramente identificados con la causa medioambiental, la creación de un mercado igualmente se verá sujeta a imperfecciones. Ellas devendrán de los riesgos que deberán asumir los individuos que participan en él (principalmente invirtiendo fondos para

propiciar la conservación) por la incertidumbre de los resultados (científicos) que tales estudios efectivamente produzcan. En otras palabras, ¿por qué participar si no se conoce si la inversión efectivamente tendrá como resultado la conservación medioambiental, o, al menos, hasta que extremo la propiciará?

C. *La descentralización en la gestión de los recursos hídricos*

Las funciones de las autoridades gubernamentales (en especial, la Dirección General de Aguas) se limitan especialmente a la constitución de derechos, sin perjuicio de que sus atribuciones estén genéricamente dirigidas a la planificación del desarrollo del recurso en sus fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones respecto a su aprovechamiento; investigar y medir el recurso (artículo 298 CA); y, llevar el “catastro público de aguas” (artículo 122 CA). Los conflictos entre usuarios son dejados en manos de las organizaciones de usuarios y del sistema judicial ordinario (RÍOS Y QUIROZ, 1995, p. 319).

Ello implica que, a contar del CA de 1981, bien puede señalarse que se ha producido una profunda “privatización” en lo que a la gestión del agua se refiere (JAEGER, 2003, p. 225), hasta el punto que la Dirección General de Aguas sólo podrá fiscalizar la actuación de las organizaciones de usuarios cuando se observen “*faltas graves o abusos por el directorio o administradores en la distribución de las aguas*”, y así hubiese sido solicitado por cualquiera de los afectados (artículo 283 CA).

La gestión privada puede darse incluso de manera colectiva y organizada. De tal suerte, el artículo 186 CA dispone que “*Si dos o más personas tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo canal, embalse, o aprovechan las aguas de un mismo acuífero, podrán reglamentar la comunidad que existe como consecuencia de este hecho, constituirse en asociación de canalistas o en cualquier tipo de sociedad, con el objeto de tomar las aguas del canal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento. En el caso de cauces naturales podrán organizarse como junta de vigilancia*”.

“El objetivo de ello (indica DOMPER, 1999, p. 4) es evitar y solucionar los posibles conflictos que se producen al tomar las aguas de la matriz y repartirlas entre los titulares de los derechos. Asimismo, pueden organizarse para construir, explotar conservar y mejorar las obras de captación, los acueductos y aquellas obras que sean necesarias para el aprovechamiento de sus derechos”.

§2. *El planteamiento económico subyacente: la teoría de los derechos de propiedad y el mercado como mecanismo de asignación eficiente de los recursos*

A. *La teoría de los derechos de propiedad como sustrato en la configuración del derecho de aprovechamiento de aguas*

Del análisis prelegislativo recién efectuado se desprende el afán rupturista del legislador chileno, encarnado en la audaz ambición de quitarle poder a la Administración y de entregarle a los particulares la asignación y gobierno del recurso hídrico. La intención del legislador se traduce en la búsqueda de la asignación eficiente de los derechos de aprovechamiento de agua por medio del mercado. El legislador, teniendo a su alcance diversos modelos de asignación de derechos de agua, ha preferido optar por esta forma de reparto de modo que será la eficiencia en la asignación de los derechos la que determinará la distribución de esta particular riqueza. Siguiendo a COASE, el desarrollo del mercado ha quedado entregado a los tenedores de derechos de agua. La ley, en cambio, sólo ha sentado las bases esenciales para la creación de dicho mercado.

Ahora bien, la incorporación de una lógica de mercado supone reconocer los ingredientes necesarios para que efectivamente pueda crearse un mecanismo de asignación eficiente. Y el primer ingrediente a considerar será la creación del objeto de transacción que, en este caso, será el derecho de extracción legalmente consagrado. Para tales efectos, este derecho deberá ajustarse a los planteamientos esbozados por la doctrina económica para tales efectos, incluyendo su definición, exclusividad, alienabilidad y susceptibilidad para ser ejercido. Nos referiremos a estos puntos a

continuación resumiendo los postulados de los autores más influyentes en la materia.

1. *El planteamiento de Coase: la exclusividad, la definición legal de los derechos y su reasignación por las fuerzas del mercado*

Podríamos situar el comienzo del desarrollo de la teoría económica de los derechos de propiedad en los trabajos de COASE. El punto preciso de partida, creemos, se encuentra en su artículo “*The Federal Communications Comisión*”, publicado en 1959. En dicho escrito, si bien se centra en la asignación de frecuencias radioeléctricas del espectro electromagnético, se revela un planteamiento crucial: el autor intenta demostrar las virtudes de un sistema de precios (fundado en derechos de propiedad definidos), por sobre los inconvenientes de una regulación.

Previo a las consideraciones del derecho de propiedad (que, a su juicio, constituye un requisito esencial para el funcionamiento de un sistema de mercado) COASE resalta las bondades del sistema de precios. Lo anterior, especialmente cuando se pretende asignar recursos escasos entre múltiples usos. En este sentido, el autor ya nos advierte que el hecho de que casi todos los recursos sean limitados y escasos no necesariamente implica que deba existir una regulación económica a su respecto. Si bien debe existir algún mecanismo para decidir quién (entre los solicitantes) podrá utilizar un determinado recurso, el sistema de precios sería suficiente para asignarlos, sin necesidad de que la Administración intervenga por medio del ejercicio de su potestad regulatoria (COASE, 1959, p. 14).

La regulación no está exenta de desventajas. Es más, cuando la Administración decide intervenir y ocuparse de las tareas que naturalmente corresponden a los mercados, por un lado, carece de los instrumentos necesarios para medir los costes y los beneficios en la asignación de los bienes (COASE, 1959 p. 21), y, por el otro, no cuenta ni puede obtener la información que poseen los agentes del mercado en sus transacciones (COASE, 1959 pp. 16 – 18). Y, todo ello conduce a nuevas fuentes de ineficiencia.

Pero también se han señalado ciertas desventajas en la utilización del mercado como medio de asignación, especialmente en lo que se refiere a situaciones de competencia imperfecta y el rechazo de la equidad como valor a respetar o, al menos, a tener en cuenta. Respecto a los asuntos de competencia, COASE sostiene la existencia de toda una institucionalidad distinta encargada de resolver los problemas de monopolio. Respecto a las cuestiones de equidad, se ha argumentado que el mercado es un mecanismo asequible sólo a los más ricos.

El corolario de la exposición de COASE (1959, p. 19) es que los mercados asignan los recursos eficientemente en la medida que quienes obtengan derechos sobre ellos sean aquellas personas que están más dispuestas a pagar por ellos. Para que este sistema de iniciativa privada funcione, entonces, será indispensable la creación de ciertos “derechos de propiedad”. Sólo en virtud de ellos ocurrirá que si alguien desea utilizar un recurso, debe adquirir previamente el derecho a utilizarlo, “pagando a su dueño para obtenerlo” (COASE, 1959 p. 14).

Ahora bien, para que todo ello ocurra, será necesaria la construcción de un sistema de precios articulado no sólo sobre la base de tales derechos de propiedad, sino que estos deberán estar, además, claramente definidos (COASE, 1959 p. 25). Y el autor ejemplifica del siguiente modo:

“Si una persona pudiese usar un trozo de tierra para cultivarla, y luego otra pudiese venir y construir una casa sobre la tierra cultivada, y otra pudiese venir y derribar la casa, y usar el espacio como un aparcamiento, no hay duda en que hay (...) un caos” (COASE, 1959, p. 14).

En este contexto, la función de la Administración queda absolutamente reducida a la creación de “un sistema legal para definir los derechos de propiedad y dirimir los conflictos que se presenten, lo que es, por supuesto, necesario” (COASE, 1959, p. 14). A contrario *sensu*, una detallada y extendida regulación del uso de un recurso termina por impedir que dicho derecho pueda ser objeto de transacciones en el mercado, por

carecer de definición, lo que redundaría en que no pueda asignarse de manera eficiente (COASE, 1959 p. 25).

A juicio de COASE (1959, p. 25), la ley es la encargada de “definir” el derecho. Y deberá entenderse por “derecho definido” al conjunto de requisitos, facultades y atribuciones que determinan la titularidad sobre una cosa y que conforman su señorío. De esta manera, creemos que lo fundamental para COASE es que, una vez definido el derecho, el uso que se le dé esté determinado por quién esté dispuesto a pagar más por él “sobre la base de que la transferencia y la recombinación de derechos pueda tener lugar en el mercado” (COASE, 1959 p. 25).

Se puede apreciar que el elemento definición del derecho como componente esencial de un “derecho de propiedad” tiene por objeto lograr una eficiente asignación de recursos en el mercado. Si un derecho no está claramente definido, las partes negociantes desconocerán lo que se transa y tendrán erradas concepciones subjetivas de los bienes, lo que en definitiva los llevará a realizar (o a no realizar) las transacciones deseables en el mercado. Con la definición del derecho, se elimina esa externalidad social negativa y se produce una correcta (y eficiente) asignación de los recursos.

Ahora bien, un segundo elemento que considera COASE (1959 p. 26) en la caracterización de los derechos de propiedad es la “exclusividad”. La noción de exclusividad se refiere a la aptitud del dueño para utilizar una cosa de manera independiente y de impedir a otro (no dueño) de utilizar el objeto de su propiedad. Sin exclusividad, los recursos se utilizarían simultáneamente para distintos usos interfiriendo entre ellos hasta el punto de anularse.

La noción de exclusividad tiene una connotación bastante extensa que también se refleja en una externalidad. La propiedad común de una cosa conlleva una sobreutilización del recurso que termina por destruirlo generando una externalidad negativa. Si se crean derechos de propiedad exclusivos, la externalidad desaparece. Esta idea será desarrollada en profundidad en el apartado siguiente, al estudiar los principales postulados de DEMSETZ.

A diferencia de lo que ocurre cuando hay un recurso común (y, por tanto, no hay posibilidad de exclusión), la creación de derechos de propiedad privada (y, por tanto, la creación de dicha exclusividad) implica que no todos pueden ingresar al uso y disfrute del recurso. Si bien ello podría significar, en principio, un perjuicio para aquél que no es dueño, COASE (1959, p. 27) argumenta que dicho perjuicio es irrelevante:

“Los derechos de propiedad interfieren con la posibilidad de las personas para usar los recursos. Lo que debe asegurarse es que la ganancia de dicha interferencia sea mayor que los costes que dicho perjuicio produce. No hay razón para suponer que la situación óptima es aquella en la que no hay interferencias”.

Así, se admite que el uso que el dueño dé al recurso produzca un perjuicio a terceros. Para COASE (1959, p. 28), la cuestión consiste en determinar qué se puede hacer con aquellas “interferencias” o externalidades. Así, si los derechos de propiedad de los usuarios de un recurso no están claramente definidos, ninguno de dichos propietarios va a incurrir en los costes que supone disminuir las “interferencias” en beneficio de los demás. La delimitación de los derechos y su clara definición naturalmente conlleva a que se puedan transar en el mercado y aquél que le dé un valor mayor a tal derecho pueda finalmente adquirirlo. Ello es sin perjuicio de los costes de transacción del mercado.

Para COASE existe un coste social si los recursos se encuentran mal asignados. Puede ser que una persona valore más el uso de un recurso que la persona que lo detente. Siguiendo el razonamiento de COASE (1959, p. 30), la asignación del uso de un recurso debiera ser mediante un sistema de subasta para que luego la reasignación del recurso se haga vía negociación, para los casos en que las circunstancias de los mercados cambien. Si los derechos están bien definidos, y si las transacciones de mercado no tienen costes, las partes pueden llegar a un acuerdo y transferirlos libremente, asignándolos a su uso de mayor valor, siempre que ello “conduzca a un incremento en el valor de la producción” (COASE, 1960, p. 15). A lo cual agrega que:

“Una vez que los derechos legales de las partes están establecidos, la negociación es posible para modificar los arreglos establecidos en las reglas legales, siempre y cuando la conveniencia de hacerlo supere los costes que involucra la negociación” (COASE, 1959, pp. 26 y 27).

Para COASE (1960, p. 16), la delimitación inicial de los derechos (en términos de definir quién tiene derecho legal a realizar una actividad) puede influir en la eficiente asignación de los recursos (especialmente si se considera que, en la mayor parte de los casos, las transacciones tienen un coste distinto a cero). Los costes de transacción del mercado pueden ser tan altos que los derechos nunca serían reasignados a su uso de mayor valor. Por estas razones, a su juicio, es labor del sistema legal lograr, ya desde un comienzo, una correcta asignación de los recursos. Así,

“(…) aun cuando sea posible cambiar la asignación legal de los derechos por medio de transacciones en el mercado, es deseable reducir la necesidad de tales transacciones y los recursos empleados en llevarlas a cabo” (COASE, 1960, p. 19).

De este modo, encontramos en COASE la esencia de la “propiedad plena”. La exclusividad tiene por objeto de que un recurso no pueda ser utilizado para distintos usos sobrepuestos, e incluso, incompatibles entre sí. A su vez, el sistema legal es el encargado en definir derechos de propiedad, en el sentido de acotarlos, de tal manera que, sin importar a quien se hayan asignado en un principio, dichos derechos, sean reasignados por las fuerzas del mercado a sus usos de mayor valor.

2. El planteamiento de Demsetz: el origen de los derechos de propiedad y la necesidad de internalizar externalidades por medio de la exclusión

Para DEMSETZ, los derechos de propiedad cumplen un rol social trascendente por cuanto se trata de una institución capaz de absorber ciertos costes sociales que permitirán una asignación más eficiente de los recursos. Su análisis principalmente se centra en comparar las diferencias que resultan de la propiedad privada y la propiedad comunal (“recurso común”) en lo relativo a los costes sociales y, por tanto, a las externalidades.

DEMSETZ (1964, p. 12) sigue la tendencia de COASE al validar la teoría de que “sin importar como se hayan inicialmente asignado los derechos, el resultado de las subsiguientes negociaciones va a ser aquél en que se maximice el valor de la producción” (traducción propia). Pero existe una diferencia en el acento que pone el autor en no situar al sistema de precios como responsable de la reasignación a los usos de mayor valor de los recursos. Lo crucial es determinar qué es lo que se transa (o, en otras palabras, qué es lo que se reasigna) para efectos de determinar su valor, y así saber, en definitiva, si se ha reasignado de manera eficiente. A este respecto, DEMSETZ (1964, p. 17) se inclina por determinar que el valor de los derechos depende de su exclusividad y de su susceptibilidad para ser ejercidos en los siguientes términos:

“El valor de lo que se transa depende crucialmente de los derechos de acción que se tenga sobre el bien físico y en cómo económicamente estos derechos son ejercidos. La susceptibilidad para ser ejercidos que acompaña a los derechos de propiedad tiene un importante impacto en la habilidad de los precios para medir los beneficios” (traducción propia).

En este sentido, el autor (DEMSETZ, 1964, p. 17) nos explica que cuando un bien no es “susceptible de ejercicio” (por ejemplo, cuando la ley no ha creado mecanismos para defender al propietario de los robos) dicho bien será infravalorado. Es decir, se sitúa bajo de su valor social “producto de la reducción en el control que un comprador puede esperar ejercer sobre el uso del [bien] adquirido [onerosamente] y, en suma, de su habilidad para “apropiarse” sin cargo de [dichos bienes] adquiridos [onerosamente] por otros” (traducción propia). Dicho bien no podría reasignarse de manera eficiente en el mercado.

Ahora bien, para DEMSETZ (1964, p.18) la propiedad privada, que tiene por objeto excluir a los no-compradores del uso que otros han comprado, contiene una segunda vertiente o “derechos de acción”. Estos se traducen en la posibilidad de excluir a otros en el disfrute de un recurso, cuestión que, por razones de uniformidad, denominaremos “exclusividad”. Así, cuando nos enfrentamos a un recurso común, en el cual el coste de

excluir a los demás del goce de los beneficios es muy alto, se produce un problema de *free riders*. En este escenario, a juicio de DEMSETZ (1964, p. 18), el valor social del bien también disminuye:

“Si existiera un método barato para impedir que aquellos que no contratan sigan beneficiándose [del bien] adquirido por otros, el mercado revelaría una información precisa del valor social del [bien]. Dicha información sería extremadamente útil si el mercado o el planificador quisieran asignar los recursos eficientemente” (traducción propia).

En suma, para constituirse en propiedad plena, el derecho de propiedad requiere ser “exclusivo” y “susceptible de ejercicio”, ya que ello le otorga una fisonomía especial que le permite reasignarse en el mercado de manera eficiente. Lo anterior, por cuanto se busca que el precio sea una forma de medición del valor social del recurso, dando cuenta de la habilidad de cada uno de los agentes económicos (especialmente los oferentes) en controlar el uso de su compra (DEMSETZ, 1964, p. 18). Sin embargo, en un sistema de derechos de propiedad privada, la noción de “transferibilidad” no está ausente, constituyendo un tercer elemento en la construcción del derecho de propiedad. Así, nos señala que “crucialmente involucrada está la noción de que los individuos tengan control sobre el uso a los que los recursos escasos (incluyendo las ideas) puedan ser destinados, y que este derecho de control sea vendible o transferible” (DEMSETZ, 1966, p. 62 (traducción propia)).

Siguiendo la línea de este autor:

“La exclusividad se refiere al derecho para determinar quién puede usar un recurso escaso de un modo particular. La noción de exclusividad, por supuesto, deriva del derecho a insistir que nadie más que el “propietario” use el recurso, pero esta noción se extiende aquí para incluir el derecho del dueño para determinar quién más puede usar un recurso. La alienabilidad se refiere al derecho de reasignar la propiedad a alguien más. Incluye el derecho de ofrecer para la venta a cualquier precio” (DEMSETZ, 1990, p. 21 (traducción propia)).

A estas alturas ya podemos ir esbozando los elementos que configuran un derecho de propiedad. Así, a la definición del derecho que nos señalaba COASE, podemos añadir la exclusividad, la alienabilidad y la susceptibilidad para ser ejercido. Bajo estas premisas, DEMSETZ (1967, p. 347) nos otorga una definición del derecho de propiedad en los siguientes términos:

“Los derechos de propiedad son un instrumento de la sociedad y derivan su importancia en el hecho de que ayudan a un hombre a formar aquellas expectativas que razonablemente puede mantener en sus relaciones con otros” (traducción propia).

Ello porque para DEMSETZ (1966, p.62), la propiedad privada sólo puede verse afectada si se cuenta con el consentimiento del dueño. Es decir, la noción de exclusividad es el núcleo de la propiedad, y sólo a partir de su concurrencia se puede sostener la existencia de un derecho de propiedad¹⁶³. La idea que hay detrás de su pensamiento es que los derechos de propiedad están conformados por un conjunto de derechos (“*bundle of rights*”) reconocidos en las leyes, costumbres y tradiciones de una sociedad (DEMSETZ, 1967 p. 347), pero sobre los cuales sólo su dueño puede actuar, requiriéndose del consentimiento previo del ‘dueño’ para que su propiedad pueda ser afectada por terceros (DEMSETZ, 1966, p. 62).

Ya definidos los contornos de los derechos de propiedad, la preocupación del autor se centra en determinar su utilidad. DEMSETZ asigna a la propiedad privada la función de la internalización de externalidades. El derecho de propiedad, estaría constituido por un *bundle of rights*, de modo que cada ‘derecho’ del manojito tendría una finalidad prevista para el cumplimiento del cometido de la reasignación eficiente. De tal manera, agrega DEMSETZ (1990, p. 19):

“el truncamiento de los derechos de la propiedad es percibido como la eliminación de unos derechos privados de un manojito

¹⁶³ Y ello lleva a concluir que “La importancia de distinguir cuando existe un derecho se puede apreciar contrastando situaciones en las que hay y en las que no hay un derecho a excluir” (ALCHIAN / DEMSETZ, 1973, p. 19).

implícito de derechos que definen la “plena” propiedad privada. (...) El significado de plena propiedad privada, en todo caso, es vago. (...) Es imposible describir el set completo de derechos que son potencialmente objeto de dominio, (...). En todo caso, ciertos derechos de acción amenazan ser más importantes que otros. La exclusividad y la alienabilidad están entre ellos” (traducción propia).

Es esta “plena” propiedad privada la que puede definirse como un medio para alcanzar la eficiencia. Ahora bien, la naturaleza precisa de la propiedad se traduce en que no se tiene propiedad sobre el recurso, sino que, en estricto rigor, lo que un propietario tiene son diversas prerrogativas o facultades dominicales para utilizar un recurso. Lo que constituye el objeto del dominio son “derechos de acción reconocidos socialmente” (ALCHIAN y DEMSETZ, 1973, p. 17). De esta manera, no es el recurso el que se divide en trozos o parcelas identificables, sino que ciertos títulos para usar de diversas formas un recurso y que se ejercen sobre un objeto. Así,

“En su significado original, la propiedad se refería solamente a un derecho, título o interés, y los recursos no podían identificarse como propiedad más allá de lo que podían identificarse como un derecho, un título, o un interés” (ALCHIAN / DEMSETZ, 1973, p. 17 (traducción propia)).

A juicio de DEMSETZ (1967, p. 350) los nuevos derechos de propiedad surgen en respuesta a los cambios de nuevas posibilidades de coste – beneficio:

“Los derechos de propiedad evolucionan para internalizar las externalidades cuando las ganancias de la internalización son mayores que el coste de la internalización. Un aumento de internalización, en el fondo, es el resultado de cambios en los valores económicos, cambios que van desde el surgimiento de nuevas tecnologías a la apertura de nuevos mercados, cambios a los que los antiguos derechos de propiedad están poco adaptados” (traducción propia).

De esta forma si revisamos la situación de una propiedad comunal (o un “recurso común”), en la que no hay derecho de exclusión¹⁶⁴, veremos que se produce una externalidad social negativa reflejada en la sobreexplotación del recurso. El surgimiento de los derechos de propiedad permitirá a las personas (específicamente al dueño) economizar en el uso de aquellos recursos sobre los cuales tiene derecho a excluir a los demás (DEMSETZ, 1967, p.356).

Lo anterior no quiere decir que un dueño, por el hecho de tener un derecho de propiedad privada, no quede sujeto a las interferencias o externalidades que produzcan otros dueños. Estas “interferencias”, como las llamaba COASE, se asemejan, a juicio de DEMSETZ (1967, pp. 356 y 357) a los costes sociales que se producen en un régimen de propiedad comunal¹⁶⁵. Pero se diferencian en el hecho de que, en un régimen de

¹⁶⁴ Para DEMSETZ (1990, p. 21) “(...) la exclusividad [está ausente] cuando la titularidad de un recurso escaso es comunal. (...) Estrictamente hablando, (...) ningún atributo puede estar completamente ausente cuando un recurso es verdaderamente escaso. La exclusividad se obtiene a través del uso actual del recurso cuando la titularidad del recurso es comunal. Ocupar una autopista (en la cual todos tienen derecho a conducir) conlleva un derecho a utilizar un “espacio movable” en la carretera. No conlleva, por cierto, el derecho a determinar quién, o cuantos, pueden usar otros espacios en la autopista” (traducción propia).

¹⁶⁵ “Bajo el sistema de propiedad comunal (agrega DEMSETZ, 1967 p. 356) la maximización del valor de los derechos de propiedad tendrá lugar sin tener en cuenta muchos costes, porque el dueño de un derecho comunal no puede excluir a otros de disfrutar de los frutos de su esfuerzo y porque los costes de negociación son muy altos para que todos acuerden conjuntamente un comportamiento óptimo. (...) Pero el dueño de derechos privados sobre una parcela no es dueño de los derechos que se tiene sobre otra parcela de otro sector privado. Como no puede excluir a otros de sus derechos privados sobre la tierra, no tiene un incentivo directo (en ausencia de negociaciones) para economizar en el uso de su tierra de un modo tal que tome en cuenta los efectos que produce en los derechos sobre la tierra de los demás. (...) Se trata del mismo tipo de externalidad que encontramos en los derechos de propiedad comunes, pero está presente en un grado inferior. Considerando que nadie tiene un incentivo para almacenar el agua en ningún terreno bajo el sistema comunal, los propietarios privados pueden ahora tener en cuenta directamente aquellos beneficios y costes a su tierra que acompañan el almacenamiento de agua. Pero los efectos sobre la tierra de los demás no se tendrán en cuenta” (traducción propia).

propiedad privada, las partes involucradas no son todos los propietarios, por lo que es muchísimo más fácil poder llegar a un acuerdo.

En suma, tanto para COASE como para DEMSETZ, la importancia radical de los derechos de propiedad “plenos” se encuentra en que se constituyen en medios para absorber los costes sociales producto de la errada valoración de los bienes y que conducen, por ese mismo hecho, a una mala reasignación del recurso. Y así es posible concluir que:

“(…) impedidos de maximizar plenamente sus ganancias debido a las regulaciones que truncan los derechos de propiedad, los propietarios buscan maximizar su utilidad cambiando sus preferencias más intensamente por características personales. (...) El resultado es una distinta asignación de bienes y una implícita diferencia en la distribución de la riqueza” (DEMSETZ, 1990, pp. 17 – 18 (traducción propia)).

3. *El planteamiento de Cheung: la exclusividad como piedra angular de las reasignaciones eficientes en el mercado de los recursos*

CHEUNG es categórico en señalar que la exclusividad tiene un papel relevante en la reasignación de los derechos de propiedad. A su juicio, (1970, p. 50) en los casos en que no existe exclusividad en el uso de un recurso, se afecta enormemente su posibilidad de reasignación. Ello porque a falta de exclusividad no existe un derecho privado para contratar y asignar a un uso de mayor valor. Para CHEUNG, el derecho a contratar es también el derecho a excluir¹⁶⁶. Así, las ‘externalidades’ en los recursos comunes serían atribuibles a la ausencia de un derecho para contratar. Con estas afirmaciones, CHEUNG intenta demostrar que un derecho de propiedad que carece de exclusividad genera ciertos costes sociales que terminan dando por resultado una asignación ineficiente de los recursos.

Para CHEUNG (1970, pp. 51 - 53), la falta de exclusividad redundaría en que el recurso no podrá ser asignado a su uso de mayor valor. Este coste social no sólo se traduce en que el recurso se vea sobreexplotado, sino también en que los costes de vigilancia de los ingresos obtenidos sean más

¹⁶⁶ CHEUNG, 1970, p. 51

altos. Dichos costes más elevados afectarán las decisiones sobre producción y sobre los insumos a utilizar, ya que en caso de haber existido derechos de propiedad exclusivos, éstos hubiesen sido distintos y hubiesen reflejado precisión en la medición del valor social.

En definitiva, CHEUNG condiciona la transferibilidad del derecho y, por tanto, su reasignación eficiente a la existencia de un derecho de exclusión. Ahora bien, la exclusividad, a su vez, queda supeditada a una correcta definición del derecho y a una susceptibilidad de ejercicio reconocida legalmente¹⁶⁷. Así, el autor señala (1970, p. 67) que:

“La transferencia de los derechos de propiedad entre propietarios individuales a través de negociaciones en el mercado requiere que los derechos sean exclusivos. Un derecho de propiedad exclusivo garantiza a su dueño una autoridad limitada para tomar decisiones en el uso del recurso a fin de obtener beneficios de ello. Para poder definir dicho límite se requiere de medición [definición] y de posibilidad de ejercer dicho derecho. (...) sin cierto grado de exclusividad en el ejercicio del derecho o de exclusividad vigilada sobre un derecho de acción, el derecho a negociar como a intercambiar está ausente” (traducción propia).

La teoría de los derechos de propiedad se asienta sobre la base de que:

“(...) para que las fuerzas del mercado funcionen, los derechos de propiedad en las aguas [sic] deberán estar legalmente definidos como privados, exclusivos, y transferibles – eso es, como cualquier tipo de *commodity*. La propiedad privada segura constituye un incentivo a la inversión en gran productividad, mientras que la libertad de intercambio otorga flexibilidad para reasignar los derechos de acuerdo a los cambios en las demandas

¹⁶⁷ Para CHEUNG (1970, p. 67), “La ausencia de exclusividad en la propiedad puede deberse a la ausencia de reconocimiento por parte de las instituciones legales de esa exclusividad, o porque los costes de delinear y vigilar el límite del derecho sean prohibitivamente altos” (traducción propia).

sociales y sus condiciones. Desde esta perspectiva el Estado debería intervenir lo menos posible, sólo para proteger la propiedad, exigiendo el cumplimiento de los contratos, y reduciendo los costes de transacción y las barreras a la entrada” (BAUER, 1997 p. 640 (traducción propia)).

4. *El planteamiento de Posner: los derechos de propiedad como incentivos de inversión y la importancia de la asignación inicial del recurso*

POSNER fundamentalmente explica sus ideas sobre los derechos de propiedad en su libro “Análisis Económico del Derecho” (1972). Sobre el particular, su tesis descansa en la idea de que los derechos de propiedad se constituyen como un mecanismo para alcanzar la eficiencia. Sin entrar en el detalle de lo que esta eficiencia implica, el autor razona sobre la base de los incentivos que se generan a nivel de los particulares según existan o no tales derechos de propiedad. A nuestro juicio, esta es la idea que subyace a la creación de derechos privativos para aprovechar las aguas por parte del legislador chileno de 1981.

De este modo, cuando el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de tales derechos sobre un recurso, estarán generándose también una serie de incentivos que permitan a los particulares invertir en su explotación, de manera de poder adueñarse de sus resultados. Si no existieran estos derechos de propiedad, no se generarían tales incentivos y, en consecuencia, los recursos no serían aprovechados en un nivel óptimo. Entonces, el ordenamiento jurídico podrá utilizar la herramienta de los derechos de propiedad para “(...) inducir el nivel correcto (no un nivel insuficiente ni excesivo) de la inversión en la explotación de un recurso valioso” (POSNER, 2007, p. 77).

Ahora bien, el autor razona sobre la idea de que no será necesario constituir tales incentivos respecto a toda suerte de recursos. La creación de derechos de propiedad debe estar limitada a los recursos valiosos y escasos. Si se creasen derechos de propiedad sobre recursos que no cumplen con estas dos variables, el resultado sería una inversión excesiva para sólo obtener derechos de propiedad, sin invertir en su producción. Entonces, se traduciría en una mera técnica destinada al acaparamiento de títulos y no

en un instrumento destinado a la asignación eficiente de los recursos. De este modo, creemos que la finalidad de la publicación de las aguas de la legislación chilena de 1981 presupone la calificación económica de las aguas continentales como recurso escaso y valioso.

Para POSNER, un sistema de derechos de propiedad conducirá a la eficiencia si existe un criterio de universalidad por medio del cual todos los recursos escasos y valiosos sean propiedad de alguien. Pero queda por enunciar la fisonomía que caracteriza a esta clase de derechos para poder lograr tal fin. POSNER cree que los derechos de propiedad propiamente tales deberán ser exclusivos (maximizando el valor del recurso), transferibles (permitiendo su reasignación a sus usos de mayor valor), de cumplimiento forzoso (o susceptibles de ejercicio, constituyendo una garantía de exclusividad y de universalidad) y perpetuos.

De esta forma, los derechos de aprovechamiento de aguas, en primer lugar, son *exclusivos*, al conferirse por la ley, a su dueño, un haz de derechos, a ejercer sobre el derecho privativo para utilizar las aguas, sobre el cual puede disponer a su arbitrio, con la sola limitación de la ley¹⁶⁸; en segundo lugar, son *transferibles*, sujetándose dicho derecho a todas las disposiciones del derecho común relativas a su tráfico¹⁶⁹; en tercer lugar, son *susceptibles de ejercicio*, tanto para poder ejercerlos ante terceros y ante el Estado (artículos, 8, 25 y 26 CA)¹⁷⁰, como para hacerlo susceptible de

¹⁶⁸ El artículo 6, inciso 2 CA dispone que “*El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley*”.

¹⁶⁹ El artículo 21 CA indica que “*La transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente código*”.

¹⁷⁰ El ejercicio del derecho de aprovechamiento se encuentra respaldado por las siguientes normas: (i) el artículo 8 CA que dispone que “*El que tiene un derecho de aprovechamiento lo tiene, igualmente, a los medios necesarios para ejercitarlo. Así, el que tiene derecho a sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido en el título*”; (ii) por su parte, el artículo 25 CA que señala que “*El derecho de aprovechamiento conlleva, por el ministerio de la ley, la facultad de imponer todas las servidumbres necesarias para su ejercicio, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes*”; y, (iii) por último, el artículo 26, inciso 1, CA que indica que “*El derecho*

defensa judicial ante cualquier amenaza o intento de despojo del derecho mismo, para lo cual nos remitimos a lo señalado al tratar las consecuencias de la propietarioización del derecho de aprovechamiento, o por medio de la acción judicial de amparo de aguas¹⁷¹; por último, son derecho de carácter *perpetuo*, por cuanto a su respecto se le aplica el estatuto jurídico de la propiedad privada.

Sin embargo, POSNER se aleja de la idea de que la asignación inicial de los recursos es indiferente, por cuanto asume que siempre existirán costes de transacción. Ello implicará que en la práctica no siempre sea fácil la reasignación de los recursos aun cuando los derechos de propiedad cumplan con los requisitos antes expuestos. De este modo, la ley deberá ser hábil e intentar asignar el derecho a la parte que más lo valore, dado que dicha asignación podría ser definitiva.

Este punto no es valorado con fuerza por parte del ordenamiento jurídico chileno en cuanto la asignación inicial de los derechos de propiedad, realizada por la Administración, si bien cuenta con un mecanismo de subasta, su empleo es bastante acotado¹⁷². De este modo, la asignación se hace por orden temporal de presentación de solicitudes,

de aprovechamiento comprenderá la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo”.

¹⁷¹ El artículo 181 CA regula el “amparo judicial de las aguas” al disponer que “*El titular de un derecho de aprovechamiento o quien goce de la presunción a que se refiere el artículo 7° del decreto ley N° 2.603, de 1979, que estimare estar siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas, por obras o hechos recientes, podrá ocurrir ante el Juez competente a fin de que se le ampare en su derecho. El ejercicio de este derecho no requerirá otras formalidades que las prescritas en los artículos siguientes y será innecesario, en primera instancia, el patrocinio de abogado. En este amparo judicial procederá siempre la habilitación a que se refiere el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil*”.

¹⁷² A este respecto, el nuevo artículo 142, inciso 1, CA, introducido por la Ley No. 20.017 de 2005, que trata de los “remates” (técnicamente “subastas”) para la obtención de derechos de aprovechamiento de aguas, señala que “*Si dentro del plazo de seis meses contados desde la presentación de la solicitud, se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos, la Dirección General de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos. Las bases de remate determinarán la forma en que se llevará a cabo dicho acto*”.

atendiendo a la disponibilidad del recurso y al cumplimiento de los requisitos formales de presentación de la solicitud¹⁷³, siempre a salvo, el perjuicio a derechos de terceros¹⁷⁴ y la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas¹⁷⁵.

Los derechos de propiedad se irán redefiniendo constantemente a medida que cambian los valores relativos de los usos de un recurso. Actualmente, el valor relativo de las aguas para uso agrícola podría ser más estimado que su valor para la producción hidroeléctrica. Entonces, podría sostenerse que lo más eficiente sería que la ley asignase el derecho de propiedad al regante. De este modo, si dicha valoración cambia, debería producirse una reasignación del derecho. A juicio de POSNER, el cambio en dichas valoraciones no debería crear inestabilidad ni tampoco desalentar la inversión, ya que dichos cambios constituyen ajustes eficientes que permiten alcanzar la asignación de los derechos a sus usos de mayor valor¹⁷⁶.

¹⁷³ El artículo 141, inciso 2, CA señala que “*Si no se presentaren oposiciones dentro del plazo [de treinta días contados desde la fecha de la última publicación o de la notificación, en su caso] se constituirá el derecho mediante resolución de la Dirección General de Aguas, siempre que exista disponibilidad del recurso y fuere legalmente procedente. En caso contrario denegará la solicitud*”.

¹⁷⁴ La legislación permite a cualquier titular de derechos de aprovechamiento, a petición de parte, que se sienta perjudicado, oponerse a una nueva solicitud. Así, de conformidad al artículo 132, inciso 1, CA “*Los terceros que se sientan afectados en sus derechos, podrán oponerse a la presentación dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de la última publicación o de la notificación, en su caso*”.

¹⁷⁵ Por medio de la reforma de la legislación de aguas, introducida por la ley N° 20.017 de 2005, el nuevo artículo 22 CA dispone que “*La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros, y considerando la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas, (...)*”

¹⁷⁶ Sobre este particular, *vid.* COOTER y ULEN (2002, pp. 127 – 133), que tratan del Teorema Normativo de Hobbes y Coase. Al respecto, cabe tener presente cómo la posición de Coase implica que la ley puede actuar a modo de eliminar o disminuir los costes de transacción, por ejemplo, definiendo claramente los derechos de propiedad. Y el modo en que Hobbes explica que cuando las partes no pueden llegar a un acuerdo privado (y para evitar la pérdida del excedente del intercambio), la ley debería asignar los derechos de propiedad a la parte que más los valore.

B. *El modelo de mercado como mecanismo de asignación eficiente de los recursos*

LINDBLOM (1965, p. 276) explica el mecanismo de mercado como un sistema de señales e incentivos por medio de precios (movimientos, diferencias, flujos de dinero), a modo de diferenciarlo de los sistemas centralizados en que las decisiones no se basan en ello sino en la prescripción previa y obligatoria de la autoridad, sea mediante la asignación de cuotas o la determinación de una escala de preferencias. Esta contraposición es la que hemos reflejado como puntos de tensión en relación al acceso a las aguas, pasando desde sistemas de acceso abierto a modelos de asignación administrativa. Y, al menos desde la perspectiva del Derecho chileno, a un sistema de mercado en que la decisión sobre la adquisición, tenencia o enajenación de los derechos de aprovechamiento son dejadas en manos de los individuos sobre la base de las señales e incentivos que arrojan las transacciones *inter privatos*.

El sistema centralizado de asignación de recursos supone la creación de un plan supuestamente consensuado por la comunidad. Es la sociedad la que desearía que la distribución sea realizada de una determinada manera, con la finalidad de cumplir con un interés superior, probablemente amparado en la amplia noción de la equidad. El sistema de mercado no conoce una planificación previa, no cree en la fijación de prioridades en el destino o en la asignación de los recursos, sino que deja ello en la libertad (en el *laissez-faire*) de los individuos (LINDBLOM, 1965, p. 277).

Desde el pensamiento de quienes abogan por un sistema de mercado, la escasez de un recurso no debe ser argumento suficiente para instar por la intervención administrativa en la asignación de los recursos. Podrá ser argumento para obviar un sistema de acceso abierto y su reemplazo por modelos de acceso restringido, pero estas restricciones no necesariamente deben ser objeto de una regulación centralizada. COASE (1959, p. 14) argumenta lo anterior en relación al espectro radiofónico, señalando:

“(…) es usual en economía que la mayoría de los recursos utilizados en un sistema económico (y no sólo las frecuencias de radio y televisión) estén limitados y sean escasos; no hay cantidad suficiente para abastecer a todos. La tierra, el trabajo y el capital son exiguos, pero esta particularidad no implica que el gobierno deba instrumentar una regulación. Es verdad que se debe adoptar algún mecanismo para decidir quién, de todos los solicitantes, usará el recurso escaso. Pero en el sistema económico americano ello se logra generalmente recurriendo al mecanismo de precios, y así se reparten los recursos entre los usuarios sin necesidad de regulación gubernamental.”

Pero esta argumentación es tan válida en este sentido como en la distribución de los derechos de aprovechamiento de aguas. Y han sido estas ideas, veremos, las que han guiado al constituyente y legislador chileno.

Un modelo de mercado debe suponer que los partícipes no pueden obtener recursos por su sólo deseo ni por la mera imposición de la autoridad, sino que deben efectuar un ofrecimiento que sea lo suficientemente atractivo para que otro agente esté dispuesto a entrar en la negociación y posterior intercambio (LINDBLOM, 1995, p. 684). La coincidencia de voluntades en este sentido supone la existencia de un equilibrio que, en un nivel general, conduciría a una asignación eficiente de los recursos.

En un modelo de mercado, los oferentes y los demandantes basan sus decisiones en propósitos egoístas, principalmente, en la pretensión de maximizar sus respectivos excedentes. Como en un ideal de mercado perfecto las partes intervinientes no son capaces de afectar los precios de los bienes, ambos extremos no pueden maximizar sus beneficios más allá del punto de equilibrio entre la curva de oferta y demanda.

Este punto de equilibrio, entonces, determinará el máximo de excedente de consumidores y productores (conjuntamente), produciendo una asignación eficiente de recursos. La eficiencia, al menos a partir de Pareto, implica la noción de un punto en que ninguna reasignación de los

recursos haría que las personas se encontraran en una mejor condición que la anterior. Pero los agentes no sólo representan un punto de interés y gustos, sino también un punto de información (ARROW, 1974, p. 254). De este modo, la consecución del citado óptimo requiere, al menos desde la perspectiva de la elección colectiva (*collective choice*), que los agentes se comporten conforme a la información que ya poseen, normalmente relativa a los precios de los bienes y servicios a consumir o producir, como también al presupuesto que poseen (que dará lugar a una escala de preferencias en la producción o consumo).

La búsqueda de la eficiencia (a lo menos desde la perspectiva del óptimo de Pareto) no lleva implícito un elemento de justicia distributiva, en términos que permite un amplio margen entre la riqueza de algunos y la pobreza de otros (ARROW, 1974, p. 255). La diferencia presupuestaria dará lugar a que el acceso a un recurso sea más fácil expedito para algunos en desmedro de otros, pero no necesariamente implica que los más ricos monopolizarán un determinado recurso sino sólo en cuanto se encuentre en una situación privilegiada en su escala de preferencias.

Una guía en la determinación de los pilares fundamentales de un sistema de mercado, ha sido propuesta por LINDBLOM (2002) sobre la base de la libertad, la propiedad y el *quid pro quo*. Nuestro interés no se centra en un detalle de estos elementos, sino el modo en que el ordenamiento jurídico chileno los reconoce hasta identificar al mercado como el mecanismo más idóneo para la asignación de los recursos en general, y de los derechos de extracción de las aguas, en particular.

La “constitución económica” de 1980 reconoce y protege estos cimientos, de lo que podemos deducir una predilección por esta forma de organización económica. De la CPR,

“(…) se deriva un concepto de libertad negativa, es decir, ausencia de obstáculos que como conjunto global provee un sistema mínimo de reglas del juego (que el Estado debe garantizar y vigilar por medio de un Estado de derecho formal, sin contenido material) alentador del libre desenvolvimiento de esas fuerzas espontáneas. Estas reglas tienden a resguardar la intromisión pública en la propiedad privada o el ámbito privado,

el dominio inviolable desde el cual nace la relación social”
(BASSA/VIERA, 2008, pp. 134 y 135).

Para el constituyente, la libertad de empresa se manifiesta como el derecho de los particulares a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional (artículo 19, número 21 CPR). Es decir, se articula sobre dos fases: una primera, positiva, consistente en otorgar a los particulares las más amplias facultades y derechos para el ejercicio de sus actividades, y, una negativa, que resulta de limitar la actuación e intromisión del Estado, como reflejo del denominado “principio de subsidiariedad” (artículo 19, número 21, inciso segundo CPR).

La CPR, influida por las corrientes neoliberales de los años ochenta, y con el objetivo de construir una institucionalidad en la que la autonomía privada juegue un papel determinante, decidió fortalecer el derecho de propiedad. Ya indicaba COASE (1959, p. 14) que un sistema de iniciativa privada no puede funcionar sin derechos de propiedad, requiriéndose de un sistema legal que los defina y proteja. Para ello, optó por otorgar a tal derecho una protección férrea frente a los actos de la Administración. Para el constituyente, el derecho de propiedad constituye el fundamento de todas las libertades públicas. La idea económica que subyace a la CPR en esta materia es que:

“Además de la utilidad y la justicia distributiva, otro valor que puede encontrarse detrás del derecho de propiedad es el de la libertad. La propiedad privada es una condición necesaria para los mercados, los cuales constituyen un mecanismo descentralizado para la asignación de los recursos”. (...) la propiedad privada crea una zona de discreción dentro de la cual los individuos no tienen que rendir cuenta a los funcionarios gubernamentales” (COOTER / ULEN, 2002, p. 155).

Se atisba en este concepto de propiedad la idea de límite a la autoridad administrativa como si la propiedad privada ejerciera una fuerza centrífuga a la regulación administrativa. La traducción de estas ideas económicas en el texto constitucional ha dado origen a lo que podríamos

denominar “régimen máximo” de la propiedad privada. Es decir, que esta se sitúe como el eje central de la economía, de lo cual deriva que la CPR la consagre como regla general. En otras palabras, todos los bienes son susceptibles de propiedad privada y sólo excepcionalmente serán insusceptibles de apropiación aquellas “cosas” que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, los bienes nacionales de uso público y las reservas constitucionales. En todas estas excepciones es la acción de la Administración la que cobra fuerza para regular, atendiendo a las justificaciones naturales o jurídicas que motivan su sustracción de la lógica privada.

La autonomía privada queda entonces completamente desechada en relación a la adquisición del dominio de dichos bienes, lo que no impide que la propia Administración pueda crear ciertas titularidades que sí se sujeten a la regla general de la propiedad. Ya hemos señalado que ha sido la propia CPR la que ha cubierto con el manto protector de la “propiedad” a los derechos de aprovechamiento de aguas con el objetivo de hacerlos ejercitativos (especialmente, por medio del recurso de protección). Y, por otro lado, que ha sido el CA el que ha reiterado dicha propietarización con la finalidad de hacer aplicable al derecho de aprovechamiento de aguas todo el estatuto jurídico - privado de adquisición, conservación y pérdida del dominio del Derecho común.

El tercer elemento del mercado lo constituye el *quid pro quo*, que se refiere al intercambio de una cosa por otra, intercambio que debe estar fundado en el conocimiento y en la libertad para disponer de los bienes de tal manera que:

“Nunca nadie ha visto un perro hacer un intercambio libre y justo de un hueso por otro con otro perro (...) El hombre tiene constantes ocasiones para recibir ayuda de sus hermanos, y es en vano que sólo la espere de la sola benevolencia de aquéllos... No es de la benevolencia del carnicero, ni de la del cervecero, ni la del panadero, de quienes esperamos nuestra cena, pero sí de lo que les concierne a su propio interés” (SMITH, 2010, pp. 9 y 10).

Este tercer elemento sólo se puede configurar como consecuencia de los dos anteriores, la libertad y la propiedad. Así, un individuo dotado de

autonomía privada podrá decidir si intercambia o no sus bienes libremente, a cambio del valor que subjetivamente asigna a dichos bienes. A su vez, para poder realizar tal transacción, el sujeto deberá ser propietario de los bienes que desea transferir.

La transferibilidad de los bienes está también sujeta a las posibilidades de llevar a cabo intercambios en la sociedad. En este punto, la regulación juega un papel preponderante en la fijación de reglas que incentiven, restrinjan o impidan sus transferencias. Así, los mercados serán más o menos eficientes dependiendo de las reglas que fije la Administración y que interfieran en dichos intercambios.

Los tres pilares a que venimos haciendo referencia constituyen lo que LINDBLOM denomina el “armazón subyacente” de un sistema de mercado. Ahora bien, el reconocimiento y amparo de dichos cimientos hará que proliferen los mercados en una sociedad, entendiendo por mercado un intercambio de bienes y servicios determinados. Sin embargo, el reconocimiento de estos pilares fundamentales para la creación de un sistema de mercado en la CPR no supone una imposición para que el legislador determine un modelo específico de asignación.

Si conducimos estas ideas a la asignación de los derechos para aprovechar las aguas, hemos visto que el constituyente sólo determinó que el titular del derecho para aprovechar las aguas tuviese un vínculo de propiedad sobre tal título, sin inclinarse por el establecimiento de las condiciones o el contenido de los derechos de aprovechamiento. De este modo, el legislador gozaba (y goza) de plena libertad para regular el régimen legal de los aprovechamientos privativos, incluyendo, por supuesto, la planificación administrativa como fórmula de gobierno del recurso hídrico. Sin embargo, el legislador de 1980 se inclinó por fortalecer el derecho de aprovechamiento, entendiendo que de este modo impulsaba la creación de un mercado específico de los títulos administrativos. Lo que deseaba, en definitiva, era utilizar el sistema de mercado constitucionalmente consagrado y hacerlo aplicable también en la distribución de los derechos de extracción de aguas, motivado principalmente por factores de eficiencia y sin perjuicio de los costes de

transacción. El derecho privativo para aprovechar las aguas quedó así determinado como una titularidad exclusiva, con un contenido definido por la ley, con carácter ejercitativo, transferible y perpetuo. Todo ello fue el resultado del diseño del derecho de aprovechamiento por parte del legislador, cuya fisonomía da cuenta de un verdadero derecho de propiedad (al menos en términos económicos) para llevar a cabo extracciones de aguas.

§3. *La configuración del derecho de aprovechamiento de aguas conforme a la teoría del derecho de propiedad*

A. *Breve referencia a la técnica de la publicación y al ejercicio de actividades no extractivas de las aguas*

La inclusión de las aguas corrientes en la categoría de los bienes nacionales de uso público no supone una fórmula de aprovechamiento predefinida para las actividades extractivas o no extractivas, sino que posibilita al legislador la constitución de cualquier clase de facultad o de derecho público subjetivo que se ajuste con el elemento teleológico de la publicación. Esta afirmación, sin embargo, debe ser matizada a contar de la entrada en vigor de la CPR de 1980, que, particularmente y con relación a los derechos de los particulares sobre las aguas, ha concedido una especial protección por medio de su patrimonialización.

Sobre el particular, sólo haremos una breve referencia a las actividades no extractivas por cuanto no conforman el punto central de esta tesis. De este modo, hemos indicado que la ausencia de congestión en esta clase de actividades permite asumir que no se han creado fórmulas privativas de aprovechamiento en tanto la incorporación de barreras aún supone un costo superior al costo social de la utilización común del recurso. Entonces, la conjunción de un sistema de acceso abierto (*open access*) y la regla de la primera apropiación (*prior appropriation*) supondrán, desde el punto de vista jurídico, la consagración de un modelo en que todo administrado tiene una facultad abstracta de aprovechamiento (no extractivo) de las aguas, obteniendo exclusividad sólo por el uso efectivo. Del mismo modo, y con relación a la exclusividad, ya nos decía DEMSETZ (1990, p. 21) “Estrictamente hablando, (...) ningún atributo puede estar

completamente ausente cuando un recurso es verdaderamente escaso. La exclusividad se obtiene a través del uso actual del recurso cuando la titularidad del recurso es comunal”.

Asimismo, el ordenamiento jurídico responderá a tal configuración asegurando la conservación del recurso, para lo cual encarga su gestión a ciertas entidades administrativas. Tal gestión ha sido encargada, paralelamente, a las Municipalidades y al Ministerio de Bienes Nacionales.

Por una parte, a las Municipalidades se les otorga la atribución de *“Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado”* (artículo 5, letra c), de la Ley N° 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades)¹⁷⁷. Y, en el ejercicio de tales atribuciones, la misma normativa admite que *“Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos”* (artículo 36).

Por otra parte, la legislación en vigor otorga al Ministerio de Bienes Nacionales *“un control superior, sin perjuicio de la competencia que en la materia le asignan leyes especiales a otras entidades”* (artículo 1° del Decreto Ley N° 1.939, de 5 de octubre de 1977). En este sentido, la misma norma dispone corresponde a la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales del mismo ministerio cuidar *“que los bienes fiscales y nacionales de uso público se respeten y conserven para el fin a que estén destinados. Impedirá que se ocupe todo o parte de ellos y que se realicen obras que hagan imposible o dificulten el uso común, en su caso”* (artículo 19).

De las citadas reglas se puede inferir que, dado el carácter facultativo en la creación de sistemas de acceso restringido, como los que

¹⁷⁷ A mayor abundamiento, la misma ley ordena a los alcaldes la administración de los bienes nacionales de uso público que se encuentren en la comuna (artículo 63, letra f), al tiempo que se ordena a la unidad municipal de aseo y ornato, velar por *“el aseo de las vías públicas, parques, plazas, jardines y, en general, de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna...”* (artículo 25, letra a).

resultan de las concesiones y permisos, debemos entender *a contrario sensu* que su ausencia se resuelve mediante la idea del uso general y común. Y que tal uso general y común no se trata como una carta blanca a los administrados, sino que supone que dicho aprovechamiento debe circunscribirse al destino natural del bien, debiendo protegerse su indemnidad y la posibilidad de aprovechamiento por parte de los demás particulares. Medidas que se estiman suficientes, dada la ausencia de congestión, para evitar la sobreexplotación de los recursos y su consecuente tragedia.

B. Fisonomía jurídica y económica del derecho de extracción de las aguas públicas en el CA de 1981

1. Marco conceptual: reconocimiento normativo del derecho de aprovechamiento en el CA de 1981

Ahora bien, respecto a los aprovechamientos extractivos, ya hemos hecho referencia a su alusión a nivel constitucional (artículo 19, número 24 CPR). Ahora bien, a nivel legal, el artículo 6 CA actualmente define el derecho conferido a los particulares como “... *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*”. Sin embargo, ello no puede implicar que en virtud del procedimiento concesional los particulares pasen a adquirir un derecho real sobre las aguas corrientes, en los mismos términos que el dominio, por cuanto el principio de inalienabilidad y la naturaleza misma de tales aguas impedirán la constitución de esta clase de derechos sobre bienes públicos no individualizados.

No obstante, no estamos de acuerdo con la conceptualización del derecho de aprovechamiento efectuada por VERGARA BLANCO (1996a, p. 328), al señalar que “en virtud de este derecho los particulares pueden usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas a su entera libertad”, por cuanto esta suerte de potestades no puede recaer directamente sobre las aguas, cual derecho real, en tanto éste se opone tajantemente a la concepción de los bienes públicos como cosas inapropiables. Al contrario,

el derecho de aprovechamiento debe traducirse necesariamente en las potestades concedidas al particular para el ejercicio de una actividad respecto a los bienes públicos, a la forma en la que se concreta el “uso público”, que, respecto a las aguas, se traduce en el derecho a extracción conforme a la fisonomía del título concesional.

En cualquier caso, la idea del “derecho de aprovechamiento” no es originaria del CA de 1981, sino que se introdujo en el ordenamiento jurídico chileno con el Proyecto de Código de Aguas de 1930 bajo el binomio procedimiento concesional - derecho (VERGARA BLANCO, 1991, p. 179). Lo relevante es que el contenido y extensión de tal derecho de aprovechamiento depende de la finalidad de la publicación, lo que justifica la persistencia del concepto dogmático en regulaciones tan diferentes como las del Código de 1951, la reforma propiciada en tiempos de la reforma agraria (1967) y el CA de 1981.

Es por este motivo que la referencia del “derecho de aprovechamiento de aguas” a la propiedad nos concede una primera señal de la amplitud pretendida por el constituyente de 1980 y el legislador de 1981 en relación al nuevo contenido y extensión de aquel derecho, y, en consecuencia, nos pone en camino a descubrir el fin de la publicación por ellos recogida. Configurado constitucionalmente el derecho de aprovechamiento de aguas de este modo, no es de dudar que su reconocimiento en el CA de 1981 siga igual línea.

2. Características del derecho de aprovechamiento en el CA de 1981

La caracterización de los derechos de aprovechamiento de aguas sigue, de algún modo, el esquema propuesto por la teoría económica para la creación de “derechos de propiedad” que constituyan el objeto de transacción en el mercado. La *definición* del derecho supondrá la delimitación de las facultades (“*bundle of rights*”) que a ellos corresponden, para lo cual el legislador reconduce la materia a la amplia extensión del derecho de propiedad en el Derecho privado, y a la conformación de una tipología de derechos que pretenden conciliar y maximizar los usos del recurso. La *exclusividad* se logra precisamente mediante la conformación de

esta clase de derechos, definidos por su cuantía, y que otorgan un derecho oponible *erga omnes* siguiendo la técnica del “derecho real”. La *transferibilidad* se pretende mediante la conformación de un derecho abstracto, que no se encuentra unido a un servicio o predio específico, y por medio de la eliminación de todo vestigio de limitación a la cesión de los derechos que encontrábamos en los modelos anteriores. Y, finalmente, el carácter *ejercitativo* del derecho, mediante un sistema de protección que generalmente reconduce la materia al resguardo constitucional y legal del derecho de propiedad. A estos aspectos nos referiremos en más detalle a continuación.

a. Derecho definido de manera abstracta (o no afectado por su destino)

Se trata de un derecho configurado en términos abstractos, de tal suerte que no están dirigidos a una específica finalidad de aprovechamiento. De este modo, el beneficiario no está obligado a destinar las aguas extraídas a una cierta actividad económica preestablecida, ni siquiera en caso que hubiese indicado en la solicitud una determinada finalidad, sino que queda libre de utilizarla para los menesteres que estime apropiados, sin necesidad de justificar su uso o falta de uso (VERGARA BLANCO, 1998a, p. 316). No existe, en consecuencia, una planificación previa y general por parte de la Administración a la gestión de las aguas sujetas a concesión, de modo que difícilmente se le otorgan a ésta medios para fiscalizar su destino y uso efectivo¹⁷⁸. En el Capítulo siguiente

¹⁷⁸ Ello, a diferencia del sistema español, en que “La legislación de aguas vigente atribuye a la Administración un amplio elenco de facultades para garantizar que la gestión del agua se ajuste a los objetivos previstos en ella y en la planificación hidrológica y para adaptar las disponibilidades existentes los distintos usos y aprovechamientos” (MENÉNDEZ REXACH, 1996, p. 165). O como lo señala EMBID (1997, p. 15) “Las consecuencias de la configuración de un bien como de dominio público estatal (...), no operan solo en el ámbito de su atribución formal al Estado como titular, sino también en toda la vida posterior del recurso una vez establecida su titularidad, en su aprovechamiento material. No puede parcelarse la comprensión conceptual del dominio público volcando todo el énfasis en su titularidad pero perdiendo el interés el poder público en cuanto al aprovechamiento que es lo verdaderamente importante.”

tendremos ocasión de revisar si este aspecto ha sido o no afectado por la incorporación de la modificación al CA del año 2005¹⁷⁹.

Existe, en estos términos, un paralelo con el derecho de dominio, en el que de conformidad al artículo 582 CC, su titular tiene plena discrecionalidad en usar, gozar y disponer del bien sobre el cual su derecho recae, con las limitaciones establecidas en relación a no perjudicar a terceros y ajustarse a la legislación vigente¹⁸⁰. Pero, ya hemos advertido, el paralelo no puede llevar a confundir el derecho de aprovechamiento con un derecho real que recae sobre las aguas, sino sólo a fin de dar cuenta de la abstracción de sus facultades en relación al ejercicio de una actividad (extractiva) a su respecto. Esta abstracción, veremos, tiene por finalidad esencial la creación de derechos lo suficientemente amplios como para favorecer la existencia de un mercado de tales derechos, buscando que su asignación no quede entregada a la discrecionalidad legislativa o administrativa, sino a los fines que tal mercado considere económicamente más eficiente, mediante el juego de la oferta y la demanda¹⁸¹.

¹⁷⁹ Podemos anticipar, sin embargo, que la consagración del pago de una patente por no uso de las aguas (artículo 129 bis 4 y siguientes) por parte de la Ley No. 20.017, necesariamente modula esta conclusión, al menos en lo que se refiere a las atribuciones que se conceden a la Dirección General de Aguas en relación a la vigilancia de su uso efectivo. Mediante la consagración de dicha patente, creemos que el ordenamiento jurídico modula su neutralidad inicial respecto al aprovechamiento o no aprovechamiento de las aguas por parte del titular del derecho público subjetivo. A partir de la citada Ley No. 20.017, bien puede indicarse una marcada preferencia por el aprovechamiento, sin obligar directamente a su titular a usarlo bajo la pena de caducidad (como en muchos de los regímenes vigentes con anterioridad al CA de 1981), sino bajo el incentivo que implica el cobro de fuertes sumas ante la ausencia de obras de captación.

¹⁸⁰ La citada norma dispone “*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*”.

¹⁸¹ Las modificaciones legales del año 2005 dieron cuenta de que las consecuencias de esta abstracción tampoco podían ser llevadas a extremos. De este modo, la insuficiencia estacional de los recursos debe ser resuelta por el legislador, que excepcionalmente concede a la autoridad administrativa las prerrogativas suficientes como para limitar el otorgamiento de ciertos derechos de aprovechamiento a favor de la mayor estabilidad de otros de mayor valoración económica o social. De este modo, con la reforma del año 2005, por ejemplo, el artículo 147 bis, inciso tercero, dispone que “*Asimismo, cuando sea necesario reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no*

Así, la definición del derecho de aprovechamiento se plantea en términos bastante amplios, que, veremos, implican que su titular tiene un derecho de extracción de las aguas que puede utilizar para el ejercicio de cualquier actividad económica que requiera de ellas (valor de uso). E, incluso, permite la tenencia del derecho para el solo provecho económico de la especulación (valor de opción) o para efectos de protección medioambiental a efectos de no utilizar una porción de las aguas públicas (valor de existencia).

Esta lógica liberal tendrá varias consecuencias, entre las cuales podemos destacar las siguientes:

- (i) el derecho público subjetivo no caducará por su destinación a una actividad distinta de la predefinida, como ocurría en Chile en los Códigos de Aguas de 1951 y 1967.
- (ii) el derecho público subjetivo tampoco caducará por el hecho de no utilizar las aguas que tiene la facultad de aprovechar, como ocurría en Chile ya desde Reglamento para la Concesión de Uso de las Aguadas de las Provincias del Norte, de 22 de septiembre de 1893. Este último punto será objeto del análisis que realizaremos en el Capítulo siguiente (relativo a las reformas incorporadas en el año 2005), pero lo enunciamos para comprender el marco teórico del derecho de aprovechamiento.
- (iii) el derecho público subjetivo podrá ser enajenado sin estar afectado a una determinada utilización, de tal manera que el cesionario puede emplear las aguas para una finalidad completamente diferente a la asignada por el cedente. La ausencia de un principio de especialidad admite esta conclusión. Al contrario, en los regímenes jurídicos en que la

existir otros medios para obtener el agua, o bien, tratándose de solicitudes de derechos no consuntivos y por circunstancias excepcionales y de interés nacional, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, con informe de la Dirección General de Aguas, disponer la denegación parcial de una petición de derecho de aprovechamiento...”

configuración del derecho de aprovechamiento se basa en dicho principio,

“la libre transmisibilidad de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas públicas debe entenderse limitada, en principio, como hemos visto, a la sustitución del titular del derecho por otro distinto, que se subroga en las facultades y deberes del primitivo, manteniéndose inalterado el contenido objetivo del aprovechamiento” (MENÉNDEZ REXACH, 1996, p. 159)¹⁸², y, continúa señalando que, “si el concesionario decide sobre el destino del agua y no la Administración ..., parece que quiebra uno de los principios básicos del sistema demanial [*el principio de especialidad*] consagrado en la legislación vigente” (1996, p. 162).

Sin embargo, y como veíamos, la intención del legislador de 1981, era precisamente alcanzar la eficiencia en la reasignación del recurso. Para ello era absolutamente indispensable revestir a la titularidad para extraer las aguas del carácter de transferibles. Como señalábamos previamente, a juicio de POSNER (2007, p. 135):

“A fin de facilitar la transferencia de recursos de los usos menos valiosos a los más valiosos, la ley

¹⁸² Esta calificación es consecuencia ineludible de la fisonomía jurídica de los derechos de aprovechamiento en el sistema español. Prueba de ello es la calificación que de éstos hacía la Comisión redactora del proyecto de ley de aguas de 1866, al señalar que el aprovechamiento es “un derecho limitado, sujeto a las condiciones impuestas por quien lo concede, y que no autoriza para abusar, sino sólo para usar en la forma y con el objeto concedido. El aprovechamiento es el uso a que por la misma naturaleza se hallan destinadas las cosas comunes, revestido de aquellas formas que el poder público juzga indispensables para evitar conflictos y para que a todos alcance ese uso cuando es posible, y cuando no, a aquellos que puedan obtener de él o proporcionar al público mayores ventajas”.

debiera, en principio, volver libremente transferibles los derechos de propiedad”.

- (iv) el ordenamiento jurídico no ha previsto una graduación de finalidades de mayor o menor trascendencia pública para la adjudicación de derechos de aprovechamiento de aguas para el caso que existiese incompatibilidad de solicitudes por insuficiencia del recurso, como ocurría en los Códigos de Agua de 1951 y 1967.

Consecuencia de lo anterior, explica VERGARA BLANCO (1998a, p. 316):

“Si, al momento de solicitarse las aguas, simultáneamente existen varios interesados, la autoridad no puede privilegiar a ningún solicitante sobre otro, sino que la legislación ha recogido un mecanismo de mercado y debe llamarse a un remate público, con el objeto de que sean los propios agentes privados los que, a través del libre juego de la oferta y la demanda, busquen la asignación más eficiente, favoreciendo a aquel que ofrezca los mejores precios”.

La justificación de esta asignación vía remate, contenida en el artículo 142 CA, será explicada más adelante.

Asimismo, cabe destacar que esta abstracción debe ser matizada por la creación de diversas clases de derechos de aprovechamientos de agua, que no se encuentran directamente referidos a su destinación, sino a su forma de ejercicio. De este modo, el legislador emplea tres binomios, atendidos los criterios de consuntividad, disponibilidad y continuidad (artículo 12 CA), considerando que todas tales características son consustanciales al derecho desde su nacimiento hasta su extinción, independientemente de su transferibilidad. De este modo, debe asumirse la existencia de mercados de derechos de aguas diferentes atendidas estas diversas tipologías.

De tal suerte, los derechos pueden ser:

- (i) *Consuntivos y no consuntivos*: Un derecho consuntivo “*es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad*” (artículo 13 CA). Por su parte, un derecho será caracterizado como no consuntivo cuando “*permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho*”.

La creación de la categoría de los derechos no consuntivos fue fruto de la codificación de 1981, y tenía por principal finalidad otorgar una herramienta adecuada para compatibilizar los usos de las aguas para centrales hidroeléctricas con otras formas de utilización que involucraran el consumo del recurso, que son la mayoría (VERGARA BLANCO, 1997, p. 371). Encontramos aquí el reflejo del elemento teleológico de la *publicatio* de las aguas, por cuanto lo que pretende el legislador de 1981, es precisamente incentivar la polifuncionalidad de las aguas mediante la creación de derechos que obliguen a su dueño a restituir las aguas para que éstas puedan ser reutilizadas caudal abajo para otros fines productivos, sean estos, consuntivos o no consuntivos.

En realidad, el legislador parece haber tenido en mente “promover el desarrollo hidroeléctrico en las partes altas de las cuencas, sin afectar a los usuarios consuntivos ya existentes aguas abajo” (DOUROJEANNI/JOURAVLEV, 1999, p. 118). Pero la creación de esta nueva suerte de derechos (no consuntivos), principalmente por la ostensible diferencia de su contenido con el que corresponde a un derecho consuntivo, trae varias consecuencias: en primer término, aunque los derechos de aprovechamientos consuntivos y no consuntivos se constituyan como *commodities* distintos, la incidencia en una misma fuente supone una necesaria interacción entre ambos (RÍOS / QUIROZ, 1995, p. 327); y,

luego, porque imposibilita transacciones entre una y otra actividad extractiva, debilitando el señalado principio de neutralidad.

En relación a los efectos entre las actividades, el caso más evidente se produce si se toma en cuenta la incidencia de los derechos de aprovechamientos no consuntivos aguas arriba, probablemente por una empresa hidroeléctrica, en los derechos consuntivos aguas abajo. DOUROJEANNI/JOURAVLEV (1999, p. 50) ejemplifican lo anterior al señalar que la complicación más habitual surge con los usos que dependen del almacenamiento en embalses:

“La generación de hidroelectricidad compite con otros usos del agua porque manipula los caudales para satisfacer la demanda energética, que suele estar desfasada en el tiempo de las necesidades estacionales para otro usos, especialmente el uso agrícola.”

De esta forma, el legislador, siguiendo a COASE, deja la transacción de estas externalidades al acuerdo entre las partes. Lo que no se tuvo en consideración fueron los altísimos costes de transacción relevantes. De este modo, el artículo 15 CA dispone que *“El dominio del derecho de aprovechamiento no consuntivo no implica, salvo convención expresa entre las partes, restricción a la libre disposición de los derechos consuntivos”*. Y, probablemente por la existencia de considerables costes de transacción, es que parece inapropiado seguir la técnica del mercado para su solución (vía derecho de propiedad), en lugar de una regla de responsabilidad. Ello, sobre todo, si se considera la multitud de partes involucradas y los intereses evidentemente contrapuestos entre éstas (DOUROJEANNI/JOURAVLEV, 1999, p. 119).

Para la doctrina económica, aun cuando el CA pretende mantenerse en línea con el principio de neutralidad en los

usos de las aguas, alguna preferencia ha dado a los derechos consuntivos sobre los no consuntivos (DOUROJEANNI/JOURAVLEV, 1999 p. 50), ya que habría una completa indefinición del derecho que impide resolver las externalidades de uso de los distintos derechos, posibilitando, o no, ejercer el control sobre el caudal o su almacenamiento, derivando ello en una inefectiva gestión polifuncional del recurso (RÍOS / QUIROZ, 1995, p. 327).

El problema radica en que dicha doctrina no parece ver claro hasta dónde llegan las facultades de los titulares de los derechos de aprovechamiento no consuntivos en relación a los titulares de derechos consuntivos. Sin embargo, creemos que la legislación de aguas de 1981 mostró una clara preferencia por los usos consuntivos del agua otorgando a sus titulares un derecho de propiedad pleno, absolutamente definido (al contrario de lo que sostiene la doctrina económica citada) para efectos de que dicho título fuese reasignado de manera eficiente.

Lo que ocurre es que el derecho de aprovechamiento no consuntivo constituido aguas arriba se encuentra definido legalmente como un derecho de carácter limitado. Dicho de otro modo, el derecho no consuntivo no incluye la posibilidad de embalsar aguas si de ello resulta una limitación al titular del derecho consuntivo constituido aguas abajo. El legislador, en otras palabras, ha definido ambos derechos, dando mayor fuerza a los derechos consuntivos en su eventual colisión con los derechos no consuntivos.

Ahora bien, esta definición inicial no implica que los particulares no puedan entrar en negociaciones a efectos de permitir a los titulares de derechos no consuntivos efectuar ciertas actividades que afecten las prerrogativas de los titulares de los derechos consuntivos. Se debe tener presente, como ya hemos dicho, que esta opción supondrá asumir

todos los costes de transacción envueltos en este caso, incluyendo la pluralidad de titulares de derechos consuntivos aguas abajo. Por tanto, la solución prevista por el legislador asume las bases del planteamiento de COASE, que supone la inexistencia de costes de transacción.

- (ii) *Permanentes y eventuales*: El artículo 16 CA dispone que “*Son derechos de ejercicio permanente los que se otorguen con dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas, en conformidad a las disposiciones del presente código, así como los que tengan esta calidad con anterioridad a su promulgación. // Los demás son de ejercicio eventual*”.

Dada la falta de precisión de la definición, la distinción entre una y otra clase de derechos debe encontrarse en las facultades asociadas a la específica forma de aprovechamiento atendida su disponibilidad. De tal suerte, los derechos de ejercicio permanente facultan para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuirá en partes alícuotas (artículo 17 CA). Mientras, los derechos de ejercicio eventual sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente y los derechos de ejercicio eventual constituidos con anterioridad (artículo 18 CA).

Nuevamente, esta clasificación permite una mayor utilización de los cauces en tanto admite que, en tiempos de abundancia, exista un mayor número de usuarios que puedan acceder a ellos, sin que los derechos de ejercicio permanente se vean afectados en caso que se tengan un menor caudal.

- (iii) *Continuo, discontinuo y alternado*: El artículo 19 CA clasifica los derechos según su ejercicio sea continuo, esto es, permitiendo a su titular usar el agua en forma ininterrumpida

durante las veinticuatro horas del día; discontinuo, permitiéndole usar el agua durante determinados períodos; o alternado, en que el uso del agua se distribuye entre dos o más personas que se turnan sucesivamente.

En definitiva, la abstracción del derecho tiene como limitaciones “no alterar la cantidad de agua que se puede extraer de la fuente natural, se exige el respeto de la condición del derecho, esto es, si es posible el consumo total del agua extraída o su mero uso no consuntivo” (VERGARA BLANCO, 1996, p. 329).

Debe observarse, sin embargo que esta diversa tipología, si bien pretende aumentar la posibilidad de conciliación de la multiplicidad de actividades ejecutables en relación a las aguas, supone la definición de derechos de diferente naturaleza. Existirá entonces, como decíamos previamente, una multiplicidad de mercados de derechos dependiendo de su fisonomía jurídica, en términos que el adquirente de un derecho de naturaleza no consuntiva jamás podrá utilizar las aguas extraídas para finalidades consuntivas.

Pero el verdadero problema, veremos, consiste en definir cómo interactúan tales derechos, lo que debe reconducirse a la idea de su definición. En palabras de la doctrina económica, la principal preocupación del legislador será la determinación precisa del conjunto de prerrogativas (“*bundle of rights*”) que conforman cada clase de derechos de aprovechamiento, a efectos de resolver los eventuales conflictos que se plantean entre ellos.

De la determinación del haz de facultades que integran cada una de las especies de derechos de aprovechamiento indicadas, parece desprenderse que la intención del legislador de 1981 era que dichos derechos estuviesen claramente definidos, al menos en lo que resulta de su eventual colisión. Como lo indicaba COASE, la certeza de conocer el contenido del derecho, constituye la definición legal del mismo y a partir de ello podrán los particulares reasignarlo a su uso de mayor valor.

b. Derecho definido de manera autónoma (o independiente de la propiedad raíz)

La autonomía de los derechos de aprovechamiento de aguas surge de una contraposición a los sistemas de asignación anteriores a la vigencia del Código de 1981. En ellos, hemos indicado en la Parte Primera, el derecho de extracción bien era asignado al propietario ribereño (sistema ripariano) o al concesionario que justificare su uso para una determinada porción de terreno (sistema concesional). En uno y otro caso, el derecho de aprovechamiento podía ser entendido como una facultad adicional asignada al propietario del inmueble en cuestión, de tal suerte que no podía entenderse desvinculada a tal bien raíz. En otras palabras, la intensa vinculación entre ambos derechos giraba en torno a la tierra, de modo que el derecho de aprovechamiento de aguas sólo podía entenderse a modo de accesorio.

Desde un punto de vista jurídico, tal vínculo impedía la existencia de un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas. Al contrario, sólo implicaba un aumento del valor venal del terreno que gozaba de un derecho de extracción, derivando en que quien requiriese de un derecho de tales características no tuviese como alternativa su compra por parte de quien ya no lo requiriese, sino que sólo podría hacerse del mismo adquiriendo el inmueble beneficiado por el derecho de aprovechamiento. En este sentido, EMBID (2008, p. 5), nos indica que “Obviamente no es posible montar ningún sistema de mercado de derechos de uso de agua (no hablamos de concesiones, sino de derechos incluidos dentro de esas concesiones) bajo el principio rígido de la vinculación del agua a la tierra. Bajo ese principio no habría nunca mercado de derechos de uso de agua sino, solamente, transmisión de tierras a la que van vinculados los derechos de uso de agua.”

Por ejemplo, así ocurre actualmente en España, en que:

“... la Ley no permite, como regla general, que el concesionario de aguas para riego sea un puro intermediario que transporte el agua y la “venta” a los usuarios o consumidores finales (regantes) y, cuando lo permite, configura esa actividad como

servicio público, no como una actividad empresarial privada...”
(MENÉNDEZ REXACH, 1996, pp. 163 y 164).

Esta vinculación real, es posible concluir, limitará precisamente la existencia de un mercado por cuanto tanto su titularidad como su contenido objetivo estará precisamente referido al predio, de tal modo que incluso:

“Algunas disposiciones autonómicas desarrollan en este punto el principio de la especialidad del aprovechamiento, prohibiendo expresamente la cesión a terceros, gratuita u onerosa, del agua destinada al abastecimiento de la población y disponiendo que el cambio de uso será causa de suspensión del suministro y, eventualmente, de extinción del derecho al mismo” (MENÉNDEZ REXACH, 1996, p. 165).

En este mismo sentido, MOLINA GIMÉNEZ (1998, pp. 382-383) nos señala que:

“el régimen actual del agua, como parte integrante fundamental del dominio público hidráulico estatal, impide la articulación de cualquier tipo de mercado sobre aguas públicas. (...) el agua pública participa de una condición indudable de inercialidad. Es, por prescripción constitucional, un bien inalienable, imprescriptible e inembargable (...). Junto a ello, y en íntima conexión, la propia Ley dificulta las transferencias al crear una doble y expresa vinculación del agua al uso concedido y a la tierra para la que se concede —si se trata de regadíos—(...) En estos términos, difícilmente puede admitirse que el concesionario, una vez obtenido el derecho en perjuicio de terceros, pueda alterar las condiciones esenciales tomadas en consideración por la Administración hidráulica para otorgarle el derecho, transformando el destino del agua para dedicarla a otros usos o terrenos distintos. Con ello, quedaría vaciado de contenido todo el proceso concesional.”

Régimen que, en muchas dimensiones, se asemeja al sistema concesional previsto por la Ley No. 16.640, de 1967, principalmente en

referencia a las causales de caducidad del derecho de aprovechamiento, sea por su cambio de destino, sea por su cesión.

La autonomía del derecho de aprovechamiento de aguas, como es concebido por el Derecho chileno en vigor a partir de 1981, se manifiesta en la completa independencia a la propiedad raíz. Esta nota será económicamente esencial para la configuración de un “derecho de propiedad” alienable. La definición del derecho no se dará en razón a un determinado uso o a un determinado predio, de manera que configura un *commodity* libremente transferible en el mercado. En este punto, debemos tener presente lo propuesto por CHEUNG en el §2 anterior, por cuanto, presupuesto indispensable, a juicio de este autor, para la transferibilidad, es la exclusividad del bien.

De esta afirmación, podemos destacar las siguientes conclusiones:

- (i) El solicitante de un derecho de aprovechamiento de aguas no debe demostrar dominio sobre algún bien inmueble a efectos de poder ser beneficiario de aquél. De este modo, el titular de un derecho de aprovechamiento puede incluso ser una persona que no tenga (ni al tiempo de constituirse el derecho ni en ningún tiempo posterior) dominio alguno sobre un bien raíz, como igualmente puede ocurrir que el titular no desarrolle una actividad económica que requiera de las aguas para su realización.
- (ii) El derecho de aprovechamiento de aguas no estará cuantificado en relación a una determinada actividad ni a una superficie (probablemente, “de riego”) previamente definida, como ocurría en la Ley No. 16.640. De este modo, no existirán parámetros legales ni administrativos que limiten la cuantía del derecho de aguas que originalmente solicitare el concesionario, como tampoco habrán baremos que admitan la caducidad ni la posibilidad de expropiación de los derechos ya constituidos por estimarse de volúmenes superiores a los necesarios para el desarrollo de una cierta actividad económica.

- (iii) El derecho de aprovechamiento de aguas puede ser transferido con completa independencia de la propiedad raíz a la que, eventualmente, puede estar sirviendo o beneficiando tal derecho de extracción. Este elemento tendrá suma trascendencia, veremos, al tiempo de conformar un mercado de aguas en el Derecho chileno.

No obstante, esta autonomía tiene ciertas excepciones que, en el contexto global, podemos calificar de menores. Por una parte, el artículo 20 CA dispone que, por el solo ministerio de la ley, se concede a los propietarios ribereños los derechos de aprovechamientos que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad, como asimismo, sobre las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas, de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros, a la fecha de vigencia del Código de Aguas. Y, por otra parte, en relación con el aprovechamiento menor de las aguas subterráneas, el artículo 56 CA dispone que *“Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos”*.

En ambos casos, los derechos o facultades de aprovechamiento son asignados en razón de la propiedad raíz. Pero existe también una excepción a la autonomía del derecho, ya no en razón a su vinculación a un bien inmueble, sino al ejercicio de una cierta actividad. Así también, el artículo 56 CA agrega que *“Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación”*. En este caso, como también en el caso referido a los pozos de uso doméstico, la vinculación no sólo se refiere a la titularidad necesaria para gozar de la facultad de aprovechamiento, sino también a la destinación y cuantía del derecho, de modo que su interpretación deberá siempre plantearse de modo excepcional.

c. Derecho exclusivo y permanente

Las notas de exclusividad y permanencia de los derechos de aprovechamiento de aguas no les pertenecen intrínsecamente sino en tanto el legislador pretenda constituir derechos de propiedad hábiles para incentivar la inversión, internalizar externalidades y permitir su asignación conforme a las fuerzas del mercado. En este sentido, nos remitimos a lo señalado por DEMSETZ, en el §2 anterior, relativo a la internalización de externalidades, para lograr la asignación eficiente de los recursos.

La exclusividad del derecho permitirá a sus titulares excluir a terceros del aprovechamiento extractivo de las aguas, a efectos de evitar las consecuencias de la tragedia de los recursos comunes. Pero la conformación de tal exclusividad supondrá la determinación previa de que el recurso en cuestión es efectivamente escaso, de manera que la constitución de medios de exclusión sea el resultado de una valoración que tienda a la eficiencia en la asignación del recurso. La respuesta del ordenamiento jurídico chileno sobre el particular nos permiten concluir que, al menos a sus ojos, los recursos hídricos deben ser valorados como bienes escasos y valiosos, como ya nos señalaba antes POSNER en el §2 anterior, objeto de una posible congestión en caso que el ordenamiento no interviniera a efectos de determinar titularidades sobre su uso extractivo, sea o no consuntivo.

Por su parte, la permanencia o perpetuidad del derecho supone desconocer facultades especiales a la Administración a efectos de poner término a los derechos de aprovechamiento por medios diferentes a los reconocidos en la legislación común para cualquier clase de bienes. Este elemento impone que tampoco deban consagrarse causales de caducidad de los derechos por muy reprochable que le pueda parecer a la Administración la forma de uso (o la falta de uso) que le otorgue su titular. De este modo, la permanencia del derecho, unida a su abstracción, provocará una certeza jurídica sobre la continuidad de la titularidad del derecho independiente de la conducta asumida por el usuario, de manera que todas las decisiones de gestión y asignación del recurso permanezcan en manos privadas.

En este último sentido, el derecho constituido para el aprovechamiento de las aguas es considerado perpetuo (DOMPER, 1999, p. 3), de manera que no existen otros medios de extinción que los considerados por el ordenamiento para la generalidad de los derechos. Se consagra, en consecuencia, la “intangibilidad” de los derechos de aprovechamiento (VERGARA BLANCO, 1992a, p. 68), de manera que no se otorgan a la autoridad facultades para poner término a los derechos, ni la ley considera causales que puedan desembocar en la pérdida o caducidad de los derechos, ni siquiera con motivo de su falta de uso o de su especulación, y cualquier pérdida administrativa del derecho deberá seguir el procedimiento y las garantías de la expropiación (artículo 19, número 24 CPR).

La forma por medio de la cual el ordenamiento jurídico chileno consagra los caracteres de exclusividad y perpetuidad del derecho de aprovechamiento es nuevamente resultado del uso de la técnica de la propietarioización. De este modo, y no contando el CA con reglas particulares que generen alguna excepción al respecto, ambos elementos no son sino consecuencia de la declaración del derecho de propiedad que los titulares obtienen sobre los derechos de aprovechamiento constituidos o reconocidos de conformidad a la ley.

En este sentido deben entenderse tanto las referencias a los caracteres del dominio, como derecho real, basados en su exclusividad (tanto como medio legítimo para el aprovechamiento de un bien, como una herramienta de exclusión) y permanencia (como perpetuidad de los bienes en manos de quienes los poseen)¹⁸³. Y que, por cierto, son predicables del dominio sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.

d. Derecho definido en relación a su cuantía

Una de las ventajas del sistema concesional sobre un sistema ripariano es que admite la constitución de derechos definidos en términos

¹⁸³ ALESSANDRI, 1937, p. 25.

absolutos, de tal modo que el *bundle of rights* que conforman la titularidad, al estar precisamente determinado en su extensión, se basta a sí mismo para excluir a los demás. Como veíamos antes en el §4 anterior, a juicio de DEMSETZ, la exclusividad, o la facultad de excluir a los demás de los beneficios que reporta un bien, constituye un requisito esencial para que los mercados reflejen el verdadero valor social de dicho bien, lo que, a su vez, es la base de una asignación eficiente de los recursos. El modelo ripariano, en cambio, sólo permite una definición relativa, en términos que las aguas sean utilizadas en términos que no obstruyan el beneficio que de ellas hagan los demás propietarios ribereños.

Aprovechando esta característica, el artículo 7 CA dispone que “*El derecho de aprovechamiento se expresará en volumen por unidad de tiempo*”¹⁸⁴. Consecuentemente, igual medida se requerirá como mención esencial en las solicitudes de derechos de aprovechamiento (artículo 142, número 2 CA)¹⁸⁵ y en la resoluciones que, en definitiva, concedan los concedan (artículo 149, número 3 CA)¹⁸⁶. Cabe advertir que, sin perjuicio de los amplios términos en los que las citadas disposiciones están planteadas, la doctrina (VERGARA BLANCO, 1998c, p. 186) ha señalado que la continuidad de los flujos de aguas requieren que la unidad en cuestión se exprese en unidades de segundo por ser éstas las que de mejor manera reflejan la instantaneidad necesaria para la definición del derecho. De este modo, la unidad de medida actualmente utilizada está generalmente dada por metros cúbicos por segundo.

¹⁸⁴ Para una referencia de la evolución de las unidades de medida en el Derecho chileno, incluyendo “regadores”, “marcos”, “unidades métricas”, etc., vid. VERGARA BLANCO, 1998a, pp. 371 – 380.

¹⁸⁵ Norma que dispone que “*La solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento deberá contener: ... 2. La cantidad de agua que se necesita extraer, expresada en medidas métricas y de tiempo. Tratándose de aguas subterráneas, deberá indicarse el caudal máximo que se necesita extraer en un instante dado, expresado en medidas métricas y de tiempo, y el volumen total anual que se desea extraer desde el acuífero, expresado en metros cúbicos...*”

¹⁸⁶ Norma que dispone que “*El acto administrativo en cuya virtud se constituye el derecho contendrá: ... 3. La cantidad de agua que se autoriza extraer, expresada en la forma prevista en el artículo 7º de este Código...*”

Esta unidad de medida es utilizada a modo de coordinar los derechos de aprovechamiento entre los diferentes titulares, de modo que es indistinta la fuente de su abastecimiento. En contra, VERGARA BLANCO (1998a, p. 369) indica que en las aguas estancadas, dada la ausencia de una corriente perceptible, la distribución estaría dada únicamente por unidades de volumen, mientras en las aguas subterráneas ni siquiera se presentaría un problema de distribución. Sin embargo, dada la unidad de las corrientes, creemos que la coordinación entre los diferentes usuarios, y a efectos de dar certeza del contenido del título, requiere de una unidad común para toda extracción, independiente de su fuente. Las únicas excepciones contempladas en el ordenamiento jurídico chileno a este respecto se refiere precisamente a los casos en que los derechos de aprovechamiento se refieren a pozos de uso doméstico o a las aguas necesarias para las faenas mineras (artículo 56 CA), antes citados, en que el contenido del derecho no se refiere a una unidad de medida sino a los fines necesarios para el ejercicio de la actividad. Ahora bien, el derecho de aprovechamiento, al no radicarse en el agua como tal, sino tratándose de un derecho que se refiere a una actividad extractiva, debe poder medirse en unidades de volumen por unidad de tiempo.

Cabe advertir, sin embargo, que la cuantía de los derechos de aprovechamiento constituidos con anterioridad a la entrada en vigor del CA se sometía a un régimen algo diverso. Ello, veremos, a efectos de uniformar las unidades de medida atendida la señalada necesidad de definir los derechos y permitir su coordinación. De este modo, el artículo 390 CA dispone que *“Los derechos de aprovechamiento otorgados con anterioridad a este Código, y que no estén expresados en volumen por unidad de tiempo, se entenderán equivalentes al caudal máximo legítimamente aprovechado en los cinco años anteriores a la fecha que se produzca controversia sobre su cuantía”*.

Ahora bien, todo este sistema de unidades fijas se ve alterado por el régimen de unidades variables contempladas en el mismo CA, bajo la idea de distribución de aguas al amparo de las organizaciones de usuarios (VERGARA BLANCO, 1998a, p. 387). En este caso, los derechos de aprovechamiento se traducen en acciones de la organización, para que, en suma, se proceda a un modo de distribución que respete el criterio de

unidades por segundo, establezca unidades de medida variables o, incluso, mecanismos de turnos para su aprovechamiento.

Esta conversión se producirá cada vez que exista una titularidad común de las obras de captación o del canal, de tal suerte que los derechos de aprovechamiento serán divididos en acciones de dicha obra y del canal matriz (artículo 198, número 4 CA, de tratarse de una comunidad de usuarios, y artículo 258 CA, de tratarse de una asociación de canalistas); o cuando el uso se encuentre sujeto a una junta de vigilancia, caso en el cual los derechos se convertirán en acciones (artículo 268 CA), pudiendo traducirse en sistemas de uso variable o de turnos para el aprovechamiento. Las juntas de vigilancia son organizaciones de usuarios (personas naturales o jurídicas y otras organizaciones) que comparten derechos de aprovechamiento en una misma cuenca u hoyo hidrográfica, y cuyo objeto es, de acuerdo al artículo 266 CA, “*administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en las fuentes naturales, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común y realizar los demás fines que les encomiende la ley*”.

Sin perjuicio de este sistema dual de distribución de las aguas, cabe advertir que sea éste fijo o variable, estamos igualmente frente a una definición del derecho. La diferencia estará dada por el hecho de que su contenido y forma de ejercicio es entregado al legislador (en el primer caso) o a ciertas organizaciones de usuarios (en el segundo). Y esta definición del derecho será un elemento crucial para la teoría económica a efectos de propiciar su distribución vía mercado.

e. Derecho ejercitativo

A efectos de otorgar protección al derecho público subjetivo que permite a los particulares efectuar un aprovechamiento extractivo de las aguas, el ordenamiento jurídico 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 otorgar a su titular exactamente el mismo régimen protector que le es concedido a esta garantía constitucional. Ya nos hemos referido a este aspecto en la Parte Segunda, al tratar del régimen constitucional del aprovechamiento de las aguas contenido en el artículo

19, número 24 CPR. Propietarizar el derecho de aprovechamiento de aguas, implica hacerlo susceptible de “vestirse de guerra”, dotándolo de la habilidad de ejercicio y de defensa frente a la amenaza de privación de terceros, y con ello, evitar el coste social que se produce en la distinta percepción del valor de las cosas cuando es imposible impedir que otros nos despojen de nuestros bienes. Tal como nos decía DEMSETZ en el §2 anterior, el carácter ejercitativo de un derecho de propiedad, condiciona la capacidad de los precios para medir los beneficios.

Ahora bien, ya en el campo legal, el artículo 6 CA dispone que *“El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”*. De este modo, la referencia al dominio supone hacer aplicable el régimen jurídico que a éste se concede en los artículos 582 y siguientes del CC. Respecto a su carácter ejercitativo, especial atención deberá prestarse al ejercicio de la acción reivindicatoria, defensa real destinada a proteger al *“dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”* (artículo 889 CC). Así también, pero como régimen especial, el CA admite que el titular de un derecho de aprovechamiento recurra a los Tribunales de Justicia, cuando *“estimare estar siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas, por obras o hechos recientes”* (artículo 181 y siguientes CA). El denominado “amparo judicial” de las aguas tiene entonces por objeto que el Tribunal exprese *“las medidas que se deberán adoptar para poner fin al entorpecimiento”* (artículo 184 CA).

f. Derecho de contenido patrimonial

Del valor económico – patrimonial asignado a los derechos de aprovechamiento de aguas, y del conjunto de características antes señaladas, podrá anticiparse su carácter comerciable. En otras palabras, si bien la publicación supone el sometimiento del bien público (las aguas corrientes) a un estatuto jurídico – público completamente ajeno al Derecho común, ello no necesariamente implica que el eventual derecho de aprovechamiento que surja en virtud de tal técnica a fin de asegurar el uso público tenga igual carácter. De ahí la importancia de la distinción de los tres aspectos regulatorios de las aguas reseñado en la Parte Primera.

El legislador, según la finalidad de la *publicatio*, definirá los contornos de dicho derecho y admitirá una referencia al Derecho privado o la excluirá tajantemente según el modelo de asignación y reasignación por él dispuesto. De hecho, cabe advertir que el sometimiento o no del derecho de aprovechamiento a la lógica privada tiene sentido dado que el núcleo del Derecho privado patrimonial se incardina en la libre circulación de los bienes, para lo cual echa mano, por una parte, a la conformación de derechos reales lo suficientemente definidos, excluyentes y ejercitativos, como para otorgar certeza jurídica a sus titulares (Derecho de bienes), como por otra parte, definir los vínculos obligatorios conforme a los cuales puede llevarse a efectos la efectiva circulación de la riqueza (Derecho de obligaciones y contratos).

Si, por ejemplo, comparamos el modelo en vigor con el propuesto en el marco de la reforma agraria, es fácil advertir que el derecho de aprovechamiento que surgía en virtud del sistema concesional fraguado al amparo de la Ley No. 16.640 no permitía infiltración alguna del Derecho civil patrimonial, precisamente porque la finalidad de la publicación (el uso conforme a un sistema centralizado de asignación) era contrario a la existencia de cualquier método de circulación *inter privatos*. Así, el contenido y el ejercicio de los derechos de aprovechamiento permanecían, al igual que el *aqua profluens*, sujetos a un régimen jurídico – público que permitiese asegurar el uso de las aguas conforme al plan trazado previamente por la Administración.

En el caso del Derecho español, MENÉNDEZ REXACH (2002, pp. 5 y 6), nos señala que a su juicio, por la introducción de un mecanismo contractual de cesión de derechos en el sistema de dominio público, “(...) el régimen de las aguas se asemeja cada vez más al de los recursos minerales. El sentido de la declaración de dominio público ya no estriba tanto en la afirmación de que estos bienes son "*communes omnium*", como en la reserva al Estado del control de la utilización de los mismos. El legislador (respecto de los derechos de aprovechamiento "*ex lege*") o la Administración (respecto de las concesiones) atribuyen el derecho, pero, una vez atribuido, la gestión del recurso se privatiza y patrimonializa, en cuanto que desaparece la vinculación a unos usos específicos y (en el caso

de los riegos) a unos terrenos determinados. Esta afirmación no debe tomarse en el sentido de que haya cambiado sustancialmente el significado del dominio público hidráulico tras la [modificación] (...), sino en el de que la denominada "flexibilización" del régimen concesional, que en él se establece, marca un cambio de tendencia, en cuanto se hace prevalecer la posición de los titulares de aprovechamientos sobre el carácter de "cosas comunes" de los recursos, en cuya virtud debería exigirse el retorno a la comunidad de los caudales que aquéllos no necesitan".

En otros términos, la decisión sobre la referencia o no al Derecho privado quedará sujeta a la definición del legislador sobre el modelo de asignación y reasignación del recurso, y ello, nuevamente, al alero del elemento teleológico de la *publicatio*. En el sistema chileno vigente, en cambio, se admite la intromisión del Derecho privado precisamente porque desea que, una vez constituido el derecho de aprovechamiento, éste pueda sujetarse a la lógica del mercado que constituye el motor de la legislación civil patrimonial. De dicho contenido, especialmente en referencia al dominio que la ley otorga del mismo a su titular, el propio ordenamiento jurídico deduce ciertas consecuencias, las que siguiendo a CHEUNG, al que referíamos en el §2 anterior, redundan en los requisitos o características necesarias, que deben reunir los derechos de propiedad, para la asignación eficiente de los recursos. Así:

- (i) El artículo 6, inciso segundo, del CA dispone que "*El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley*". Sin perjuicio del uso de la técnica de la propietarización de los derechos, se advierte en la referida norma un primer marco regulatorio en relación a éste que, empleando nociones de carácter eminentemente privado, tiene por objeto hacer ejercitativo al derecho (*enforceability*) y posibilitar su asignación y reasignación por medio del mercado. La referencia al dominio no es sólo directa, sino que se deduce de las facultades asignadas al titular, en términos de poder usar, gozar y disponer de él, empleando la misma fórmula

con la que se define el derecho de propiedad en el artículo 583 CC.

Sin embargo, adviértase una cierta distinción de planos a este respecto, que nuevamente nos reconduce a los tres niveles regulatorios de las aguas. Respecto al *aqua profluens* no es posible constituir dominio dada la inapropiabilidad del bien publicado, al amparo de la lógica ya prevista en el artículo 19, número 23 de la CPR. Respecto al agua extraída, por su parte, la identificación de unidades admitirá el ejercicio directo del dominio sobre aquél, de la misma manera que respecto a cualquier otro bien de carácter comerciable. En definitiva, el artículo 6 CA se refiere únicamente al dominio sobre el derecho de aprovechamiento, de lo cual resulta necesario aclarar la referencia a las facultades de uso, goce y disposición. El uso supondrá la decisión del titular entre ejercer o no el derecho, el goce implicará la posibilidad de obtener el equivalente de su valor económico (como en el caso de su arrendamiento) y la disposición se refiere a su transferibilidad, que analizaremos un poco más adelante.

- (ii) El contenido patrimonial del derecho deriva también en su posibilidad de renuncia, bajo los amplios términos del artículo 12 CC¹⁸⁷.

¹⁸⁷ A fin de evitar cualquier duda sobre la posibilidad de renuncia, la Ley No. 20.017 también modificó el CA a efectos de incorporar un nuevo inciso tercero en su artículo 6. Este dispone que “*Si el titular renunciare 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*”. La *ratio* de esta nueva norma, más allá de sus aspectos formales, es permitir la reasignación de los derechos renunciados cuando, por cualquier motivo, no exista acuerdo entre oferentes y demandantes, o simplemente estos últimos no existan en relación a tales derechos. Se pretende otorgar una vía de escape a los titulares de derechos de aprovechamiento a efectos de poder desprenderse de los que no emplea, ni espera emplear en el tiempo cercano, a efectos de evitar el pago de la patente por no uso de las aguas creada por la misma Ley N° 20.017 (artículo 129 bis 4 y siguientes CA).

- (iii) Conforme al artículo 21 CA, “*La transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente código*”. He aquí la consecuencia más relevante en torno a la referencia que hace el legislador a las normas de Derecho privado, en cuanto supone someter el derecho de aprovechamiento a todo el estatuto civil patrimonial, casi irrestrictamente. Y, como hemos señalado, ello supone que la intención del legislador de dejar en manos del mercado todo proceso de reasignación de los derechos.

§4. *Algunas notas sobre el funcionamiento de la configuración del marco jurídico del mercado de derechos de aprovechamiento de aguas en Chile*

Hemos advertido el modo en que el ordenamiento chileno ha establecido el mercado como sistema de reasignación de los derechos de aprovechamientos de aguas. Pero no hemos profundizado en las razones por las cuales el legislador lo ha hecho, considerando que ni siquiera el constituyente había efectuado una definición previa en tal sentido.

La necesidad de asignación de los derechos de aprovechamientos de aguas deviene de su escasez relativa (TOLLEY / HASTINGS, 1960, p. 279), esto es, de la falta de disponibilidad para suplir todos los usos alternativos que tal recurso tiene, de tal suerte que se genera un costo de oportunidad que reclama por la asignación óptima de los derechos de extracción (DONOSO / MONTERO / VICUÑA, 2002, p. 109). Como advierte THOBANI (1997, p. 162), la fórmula tradicional ha supuesto una mayor intervención administrativa, tanto en lo referente a la asignación como a la gestión de los recursos hídricos. Ello, aun cuando se ha intentado dejar en evidencia las debilidades de este sistema, al menos desde el punto de vista de la eficiencia económica en el uso y el suministro de aguas. Las principales razones, advierte el mismo autor, radican en los rápidos cambios en la demanda de agua, cuyos pasos no pueden ser seguidos con igual ritmo por parte de la Administración. E, incluso, la posibilidad de que un organismo

centralizado modifique (o caduque) los derechos de aprovechamientos para mejorar el modelo inicial de asignación, resta certeza a los títulos privados, desincentivando incluso la construcción de obras de captación y canalización privadas y, por supuesto, una utilización más eficiente del recurso.

Sin embargo, la magnitud de tales ineficiencias pueden ser difícilmente medibles (GARDNER / FULLERTON, 1968, p. 556), especialmente al tiempo que no existía un modelo comparativo que hubiese establecido, al menos en la época de promulgación del CA, un mecanismo de asignación basado únicamente en el sistema de mercado. Así, el modelo chileno se ha presentado como una novedad, un experimento. Por supuesto que hemos de concluir, en este sentido, que la elección chilena fue una opción bastante arriesgada, aunque promovida por un amplio sector de la doctrina económica comparada (BRUGGINK, 1992, p. 208). En cualquier caso, el ejemplo del modelo chileno puede ser considerado como único a nivel mundial, en tanto “ningún otro país ha llegado tan lejos, ni por tanto tiempo, en la dirección de una legislación de aguas pro – mercado (BAUER, 1997, p. 639 (traducción propia))”. La introducción de un mercado de derechos de agua, en el sistema español, por medio de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, es bastante más limitada, y a juicio de EMBID (2000, p. 38) se traduce en que, “bajo la vestidura de una institución típica del derecho privado, el contrato, se pueden llevar a cabo transmisiones de los derechos a la utilización del agua entre dos concesionarios o titulares por cualquier otro motivo de derechos a la utilización del agua”, operando sólo respecto a titulares de derechos de aguas, entre otras limitaciones.

Las supuestas consecuencias económicas de asumir una opción por el mercado como mecanismo de reasignación de los recursos deberían resultar en incentivos para un uso eficiente de las aguas y su reasignación a los usos de mayor valor (THOBANI, 1997, p. 166). En estas materias, la máxima eficiencia de productividad estará dada por:

“un uso de los factores de producción en una proporción óptima con óptima tecnología y que sea aplicada a aquellos usos en los que el valor total del producto se encuentre maximizado...

Teóricamente, habida cuenta de la ausencia de externalidades, cada factor estará óptimamente asignado (usado) cuando los valores del producto marginal de tal factor en varios usos y entre usuarios competitivos son iguales” (GARDNER / FULLERTON, 1968, pp. 556 y 557 (traducción propia)).

Así también, agrega BAUER (1997, p. 640), la opción por el mercado permite la medición y comparación (vía precio) de los diferentes valores, siendo una fortaleza de aquél (por medio de las señales arrojadas por tales precios) la coordinación de la información dispersa. En cuanto a este último punto, creemos que el legislador no creó los mecanismos adecuados para hacer del mercado una herramienta útil de medición de las preferencias por medio de los precios ni para medir la concentración del mercado, entre otros. Ya veremos como por medio de la modificación legal introducida por medio de la Ley No. 20.017, de 2005, se pretendió dotar a la Dirección General de Aguas con información fidedigna de las titularidades existentes sobre los recursos hídricos creando el Catastro Público de Aguas (en adelante, el “CPA”). Sin embargo, tanto la dejación como la difícil y onerosa tarea de fiscalizar, entre otros, ha llevado a que dicho CPA no contenga información fiable. No obstante, la creación de un modelo legislativo que pretenda tal eficiencia deberá buscar el mejor funcionamiento posible de dicho mercado a fin de que tales resultados sean posibles, sobre todo mediante la definición y protección de los derechos y la reducción de cualquier eventual coste de transacción. Tal elección, que por supuesto tiene (y ha tenido) sus costes de implementación, debe pasar por un replanteamiento legislativo. En este sentido, el CA ha pretendido cambiar toda la institucionalidad vigente de las aguas, mudando las razones de su publicación, teniendo como horizonte (quizás único) la eficiente asignación de los derechos de extracción. A nuestro juicio, un cambio así de drástico debió contemplar todas las medidas prácticas necesarias para poder medir los resultados que arrojaba el mercado de aguas y poder corregir sus fallos. Sin embargo, de la revisión de las normas legales, vemos que no fue primordial para el legislador este punto. Las consecuencias que de ello derivaron las veremos en el Capítulo siguiente.

Pero debe advertirse que, pese a los resultados esperables del modelo, el recurso al mercado no deja de ser una opción para el legislador. La eficiencia económica es sólo uno de los propósitos de la legislación en

la búsqueda del bien común, lo que redundaría en identificar las finalidades específicas que el ordenamiento pretende satisfacer mediante su regulación. Ya nos advierten GUISE y FLINN (1970, p. 411) que, incluso en modelos de asignación centralizada, un cierto grado de eficiencia será sólo uno de los factores a considerar, dando cuenta de otros tales como la distribución de los ingresos, los desarrollos regionales, e, incluso, la captura de votos.

En consecuencia, estos resultados no deben desmerecer (*a priori*) la lógica de un determinado modelo, pero en su virtud deberá concluirse que la asignación eficiente sea el motor que el legislador ha considerado como director al bien común. Sí serán parámetros a considerar, en cambio, cuando la elección sea precisamente la contraria, como ha ocurrido en Chile. Los vaivenes entre uno y otro modelo se determinan precisamente en la multiplicidad de variables a considerar, y que más allá de la eficiencia, consideran también la asignación equitativa, que también refleje valores colectivos, públicos y sociales (DONOSO / MONTERO / VICUÑA, 2002, p. 110)¹⁸⁸.

Es evidente que, al menos en relación a las aguas, existirán ciertas reticencias y prejuicios al modelo de mercado, basadas principalmente en aseveraciones que intenten demostrar que no se trata de un bien (un *commodity*) asimilable a cualquier otro bien que puede ser objeto de transacción. Su caracterización como recurso “vital” cobrará especial importancia en esta materia, al tiempo que podría justificar el deseo de evitar su libre transferibilidad, posiblemente por los temores de acaparamiento o daños al ecosistema. BAUER (1997, p. 640) indaga en los principales argumentos esbozados por quienes son escépticos al poder de mercado, redirigiéndolos a la categoría de los fallos del mercado. Dada la interconexión de los recursos hídricos, explica, las transacciones privadas de aguas pueden terminar afectando a otros usuarios o al medioambiente; al tiempo que la variación espacial y temporal de los flujos harán que la información sea tan incierta que dificulte la definición de los derechos.

¹⁸⁸ Ello sin perjuicio que los citados autores igualmente estimen que “El mercado de los derechos de aprovechamiento de agua es un mecanismo de asignación del recurso que satisface gran parte de estas características recomendables, mientras que los mecanismos autoritarios en base a procesos administrativos y de negociación, los satisface sólo parcialmente” (DONOSO / MONTERO / VICUÑA, 2002, p. 110).

Pero THOBANI (1997, p. 171) ya nos advierte que muchos de estos aspectos se presentan igualmente en un escenario de asignación centralizada (*v.gr.*, materias medioambientales e indefinición de flujos) y que muchos otros pueden ser aplacados mediante las técnicas generales previstas en el ordenamiento jurídico (*v.gr.*, materias de libre competencia).

Sin pretender indagar en la efectividad del mercado como mecanismo de asignación, cabe advertir que la legislación chilena (al menos en su tenor original) obvió todas estas críticas, de modo que no podemos sino concluir que la búsqueda de la eficiencia ha pasado a ser el motor que define los derechos de aprovechamiento de aguas, insta por su transferibilidad (reduciendo los eventuales costes de transacción) y ampara las titularidades privadas de extracción mediante la técnica de su propietarización. Y ello aun cuando GUISE y FLINN (1970, p. 411), argumentando a favor de la eficiencia como motor de los mecanismos de asignación, reconduzcan la materia a criterios de bienestar social, como la distribución de los ingresos, el control medioambiental, la existencia de espacios de recreación, entre otros. La pregunta girará entonces en determinar si el mercado, o, al menos la formulación del mismo, es capaz de lograr este bienestar social.

§5. *Las principales críticas al modelo chileno original: la incidencia de los denominados “fallos de mercado”*

El sistema de reasignación de los derechos de aprovechamiento de aguas, de que da cuenta la legislación chilena ha sido criticado por parte de la doctrina debido a que no contaría con los mecanismos necesarios para hacer frente a ciertos fallos de mercado, impidiendo una eficiente u óptima reasignación¹⁸⁹. Si bien los mercados no regulados propenden a asignar eficientemente los recursos, existen ciertas situaciones en las que no pueden hacerlo de manera óptima. Ello es debido a los fallos de mercado.

Los principales fallos del mercado son las externalidades (o efectos de los actos de una persona que recaen en otra) y el poder de mercado

¹⁸⁹ Para estos efectos, véase: RÍOS/QUIROZ (1995); BAUER (1994); DOUROJEANNI /JOURAVLEV (1999); BROWN/PEÑA (2003), entre otros.

(entendido como la capacidad de algunos pocos para influir en los precios de ciertos bienes y servicios). En estos casos, la mano invisible de que nos hablaba SMITH¹⁹⁰ para conseguir una eficiente asignación de los recursos podrá ser intervenida por medio de políticas económicas tendientes a aumentar la eficiencia.

VERGARA BLANCO (1996, pp. 330 - 332) resume el debate que gira en torno a la eficiencia del mercado de aguas chileno, con una extensa bibliografía de la época. Ésta mayoritariamente consideraba, entre los factores que le restan eficiencia a dicho mercado, la falta de definición entre los derechos consuntivos y no consuntivos, la existencia de derechos no regularizados, las externalidades producidas por el caudal de retorno, flujos indirectos (o “*return flow*”)¹⁹¹ y las creadas sobre el propio caudal (o

¹⁹⁰ SMITH, en su obra “The Wealth of Nations” de 1776, nos expone a qué se refiere la mano invisible que guía los mercados con las siguientes palabras: “El [hombre] generalmente, de hecho, ni tiene la intención de promover el interés público, ni sabe cuánto lo está promoviendo. Al preferir la ayuda interna a la de la industria extranjera, [el comerciante] sólo pretende su propia seguridad; y al dirigir tal industria de tal manera que su producto obtenga el mayor valor, sólo pretende su propia ganancia, y él es en esto, como en muchos otros casos, dirigido por una mano invisible para promover una finalidad que no era parte de su intención. Ni es siempre la peor para la sociedad que no fue parte de aquello. Persiguiendo sus propios intereses él frecuentemente promueve el de la sociedad más eficientemente que cuando realmente tiene intención de promoverlo” (SMITH, 2010, p. 293). Traducción propia.

¹⁹¹ El caudal de retorno se refiere a la posibilidad de que una porción de las aguas extraídas por un usuario no sean consumidas completamente, de manera que regresen a la corriente río abajo (RÍOS / QUIROZ, 1995, p. 335). Sus beneficios se basan en el efecto multiplicador en el uso de las aguas, especialmente atendiendo a su polifuncionalidad y búsqueda de un uso eficiente (DOUROJEANNI / JOURAVLEV, 1999, p. 102). Sin embargo, el problema se presentará en tanto el agua efectivamente extraída supere el caudal esperado, incluyendo el caudal de retorno. Ello se producirá, por ejemplo, cada vez que varíe la utilización que se da al recurso aguas arriba, sea en la posición geográfica de los puntos de captación (o de retorno, de tratarse de derechos no consuntivos), en el tipo de uso para el que son empleadas o en la periodicidad con las que son efectivamente utilizadas. Adicionalmente, la variabilidad estacional de los caudales provocará que muchas veces los usuarios desconocerán si sus derechos aguas abajo se han visto afectados por efectos naturales o, alternativamente, por alguno de los motivos antes enunciados.

La incertidumbre que produce la efectividad de dicho caudal de retorno genera una externalidad para los titulares de derechos río abajo, y debería suponer el reconocimiento de una diferente “naturaleza” de los derechos dependiendo de su

“*instream*”), la gratuidad del recurso, la falta de uso efectivo de las aguas, entre otras. Cuestiones que, de no ser subsanadas, impedirían una óptima asignación óptima del recurso hídrico.

A nuestro juicio, algunas de estas externalidades fueron consideradas y resueltas por el legislador. En este sentido, y como lo expresábamos anteriormente, creemos que no hay tal indefinición entre los derechos consuntivos y no consuntivos, y que, en términos de los artículos 14 y 15 CA, el legislador se inclinó por otorgar el derecho de propiedad más vigoroso al usuario consuntivo de las aguas.

Por otro lado, la falta de certeza jurídica de los derechos consuetudinarios puede efectivamente generar una externalidad negativa, puesto que no existe seguridad sobre el haz de facultades de dichos derechos, generando una cierta indefinición de los derechos concesionalmente constituidos. Creemos que la raíz del problema se encuentra en el reconocimiento constitucional de dichas titularidades (artículo 19, número 24 CPR), de frente a la cual, el legislador sólo adoptó una solución que incentivaba la regularización de dichos títulos,¹⁹² por

ubicación. Si el mercado de aguas no logra internalizar la presencia de estas externalidades (señalan RÍOS / QUIROZ, 1995, p. 335), la asignación de los derechos será necesariamente ineficiente. El sistema chileno, sin embargo, no contempla la posibilidad de que la Administración asigne derechos de aprovechamiento sobre los caudales de retorno, de manera que un eventual uso por parte de algún usuario río abajo no estará protegido por el ordenamiento jurídico. Así, no podrá impedir el cambio en la conducta de extracción del usuario río arriba, que si tiene asignado un derecho de aprovechamiento, sin limitaciones.

¹⁹² El artículo 2° Transitorio CA señala un procedimiento especial para la regularización de “derechos de aprovechamiento no inscritos”, a los que hemos denominado “usos consuetudinarios”, que hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, y estén siendo utilizados a la fecha de entrada en vigor del CA. Para regularizar dichos derechos, deberán cumplirse los siguientes requisitos indicados en el inciso 1 del referido artículo 2° Transitorio CA, a saber:

“a) La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno;

medio de impedir que los usos inmemoriales, por carecer de un título que defina ese derecho (de conformidad a la legislación vigente) participaran en el mercado de las aguas. Aunque no contamos con antecedentes fidedignos que respalden esta posición, creemos que probablemente el legislador tuvo en cuenta las limitaciones constitucionales que hubiese supuesto la conversión automática o la caducidad ante la falta de regularización (bajo los argumentos de una posible expropiación), como también las dificultades prácticas y técnicas para lograr ajustar todo derecho consuetudinario a la tipología de los derechos de aprovechamiento consagrados en el CA. Ello, sin perjuicio de las circunstancias económicas, sociales y políticas de la época. Sin embargo, la solución adoptada, al no establecer un plazo para la regularización o algún tipo de sanción al no efectuarla, sólo condujo a mantener la incertidumbre en la gestión de los recursos hídricos. Se ha estimado que una parte muy importante de los derechos de aprovechamiento existentes no han sido regularizados (VERGARA BLANCO, 1997, pp. 385 y 386). La Administración, por medio del Centro de Información de Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas, carece de una información certera relativa a los caudales que actualmente se están utilizando¹⁹³. Ello no sólo perjudica a los actuales titulares de derechos de aprovechamiento cuyos derechos han sido otorgados de conformidad a la legislación en vigor o se encuentran regularizados, sino que también ha contribuido al otorgamiento excesivo de nuevos derechos, a exacerbar el agotamiento del recurso y en la

b) La solicitud se elevará a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en el párrafo 1° del Título I del Libro II de este código [normas comunes de los procedimientos administrativos reglados en el CA];

c) Los terceros afectados podrán deducir oposición mediante presentación que se sujetará a las reglas señaladas en la letra anterior, y

d) Vencidos los plazos legales, la Dirección General de Aguas remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición, si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este código.”

¹⁹³ A partir de la reforma del año 2005 al CA, existe en el CPA un Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Agua No Inscritos en los Registros de Agua de los Conservadores de Bienes Raíces Susceptibles de Regularización (Artículo 2° transitorio del CA), entre los que se encuentran los usos inmemoriales. Este Registro servirá como antecedente suficiente para determinar los usos de agua susceptibles de ser regularizados (Artículo 122, inciso 5° del CA).

imposibilidad de establecer medidas efectivas para la mala utilización de las aguas.

Por último, queremos señalar que el objetivo de nuestro trabajo no se centra en explicar y analizar las posibles soluciones de todos los fallos de mercado de que adolece el sistema de aguas chileno. Ello implicaría alejarnos demasiado de nuestro foco de estudio, centrado principalmente en la justificación del modelo de publicación adoptado por el ordenamiento jurídico chileno, y nos llevaría a un debate técnico que el legislador no ha pretendido (aún) resolver.

Sin embargo, esta aseveración general debe ser matizada en torno a dos fallos de mercado que han sido el punto de mira de la reforma de la Ley No. 20.017, de 2005, a los que nos referiremos en el Capítulo siguiente. De este modo, la posibilidad de acaparamiento y especulación de un sistema gratuito en la concesión y conservación de los derechos de aprovechamiento de aguas ha sido visto como un supuesto que puede dar lugar a un poder de mercado, cuestión que ha pretendido ser resuelta mediante la consagración de una *patente por no utilización de las aguas* (artículos 129 bis 4 – 129 bis 21 CA). Por su parte, las externalidades al interior del caudal (“*instream*”), especialmente en lo que se refiere a la coordinación de los beneficios extractivos y no extractivos del recurso, ha pretendido ser resuelto mediante la incorporación de las limitaciones que supone contar con un mínimo libre, un *caudal ecológico* (artículo 129 bis 1 CA).

La específica alusión a estas dos materias obedece también a la necesidad de determinar si estas modificaciones legales han mutado o no el elemento teleológico de la publicación de las aguas previsto en el CA de 1981 (consistente en el respeto a su polifuncionalidad y, en el caso de los aprovechamientos extractivos, en la asignación y reasignación eficiente del recurso). La pregunta avanzará hasta el análisis de si la señalada patente y el referido caudal ecológico responden a medidas que, siguiendo la huella del CA original, profundizan en la eficiencia del modelo, o si, por el contrario, añaden elementos de equidad, produciéndose o no una mutación de la finalidad de la publicación de las aguas.

A. Los peligros del monopolio en la asignación de derechos de aprovechamiento de aguas

La propiedad privada, nos advierte FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (2000, pp. 58 y 59), es un ingrediente esencial para que exista eficiencia, pero “Para estimular al máximo los incentivos para conseguir la mayor eficiencia, además de la propiedad privada, hace falta la competencia”. El énfasis, a juicio del autor, se encuentra en los incentivos que tiene la empresa en escenarios de competencia para la innovación y reducción de costes, situación que no se presenta, o, a lo menos, no con igual magnitud, en situaciones de monopolio.

La propiedad privada, a diferencia de un sistema de acceso abierto, da pie a la existencia de monopolios (DEMSETZ, 1990, p. 23). O, como ya había señalado el mismo autor (DEMSETZ, 1982, p. 49), el problema de la definición de los derechos de propiedad consiste precisamente en encontrar la escala apropiada de creación de barreras legales a la entrada. De hecho, HAVEMAN (1973, p. 869) acentúa esta cuestión precisamente al tratar de la privatización del acceso a los recursos naturales (a modo de solucionar la tragedia de los recursos comunes), dando cuenta de los peligros de la “cartelización” o, ya directamente, del monopolio.

Sin embargo, creemos que la posibilidad de que el derecho de propiedad suponga un conjunto de derechos que irroguen a su titular la posibilidad de crear artificialmente tales barreras a la entrada puede configurarse independiente del modelo de asignación de dichos derechos. Por ello, quizás convenga recalcar que no hay coincidencia absoluta entre un “derecho de propiedad” y un “sistema de mercado”. El primero, hemos indicado, se refiere únicamente a la exclusividad otorgada a una persona para la obtención de los beneficios (y asunción de costes) de la utilización de un bien. El segundo, en cambio, se refiere únicamente a la forma en que tal exclusividad será asignada entre las personas.

De hecho, una confusión entre ambas órbitas es la que ha llevado a parte de la doctrina a desestimar el sistema de mercado como mecanismo de asignación de las aguas (ORTEGA DE MIGUEL, 2004, p. 198). A nuestro

juicio, no es el mercado el único factor que favorece la existencia de los monopolios, sino principalmente la conformación y límites del derecho de propiedad. Un modelo de asignación centralizado igualmente podría derivar en una posición monopólica de alguno de los asignatarios si el sistema previsto no tiene en cuenta los factores que pueden dar lugar al monopolio. Ello dependerá, en definitiva, del conjunto de facultades que integran el derecho exclusivo centralizadamente otorgado. Lo mismo ocurrirá en un modelo de asignación descentralizado, como el que propone el mercado. Pero ello se resolverá en observar si el conjunto de facultades que integra el derecho de propiedad se ve de algún modo limitado por el ordenamiento jurídico, a modo de no producir un fallo de mercado.

Pero incluso en un sistema de mercado, la propia existencia del monopolio no es suficiente para que el Estado deba intervenir. Lo que se requiere es que, en virtud de su posición monopólica, la empresa obtenga “poder de mercado”. Conforme explica GÓMEZ - IBÁÑEZ (2003, pp. 6 y 7), hay dos condiciones necesarias para que una empresa tenga poder de mercado: *(i)* la existencia de barreras a la entrada, y *(ii)* la inexistencia de sustitutos para el bien, cuestión que se traduce en la elasticidad de la demanda.

La combinación de ambos elementos podrá suponer que, en ejercicio del poder monopólico, la empresa podrá variar artificialmente el precio del bien, acomodando la cantidad ofrecida. El monopolista producirá una cantidad tal en que el ingreso marginal sea igual al coste marginal, pero considerando que la demanda tiene una pendiente negativa, el precio de mercado será superior al ingreso marginal y al coste marginal de la empresa (NICHOLSON, 2004, p. 506). A la larga, esta situación producirá una transferencia del excedente de los demandantes (consumidores), a favor de los oferentes (empresa monopólica), pero también implicará un excedente que no será transferido, sino completamente perdido. Agrega el citado autor que esta “pérdida muerta” representa el principal indicador del perjuicio del monopolio en términos de asignación.

Es en estos casos en los que se ha justificado una intervención estatal a fin de corregir este “fallo de mercado”, a efectos de crear “artificialmente” una situación de algún modo asimilable a un escenario de competencia.

Sin embargo, alguna diferencia hemos de notar entre un modelo centralizado o descentralizado de asignación. Sólo en este segundo caso podríamos encontrar un posible fallo en el mercado que reasigna el bien. En un mecanismo centralizado ello es imposible en tanto no se admitan transacciones entre particulares, y, por tanto, curvas de oferta y demanda. Pero, en nuestro caso, ello se refiere únicamente al mercado de los derechos de aprovechamientos de agua (o, mejor dicho, al derecho de acceso a la extracción de las aguas), y no a los mercados que les utilizan a modo de insumo, en los que la configuración técnica de esta clase de derechos igualmente pueden terminar creando barrera a la entrada¹⁹⁴.

Debemos distinguir tres situaciones en razón de la identificación de los mercados relevantes. Ello puesto que, como veremos, las soluciones legales para uno y otro caso son esencialmente diferentes.

- (i) Un primer supuesto se planteará cuando hay dos mercados relevantes diferentes que utilizan las aguas a modo de insumo (por ejemplo, el mercado de energía hidroeléctrica y el mercado de un producto agrícola). Este no es un problema de libre competencia en tanto no se genera un “poder de mercado” (en el sentido de fallo de mercado), por no tratarse del mismo mercado relevante.
- (ii) Un segundo supuesto se planteará cuando nos refiramos al mercado en que el bien transado son los derechos de aprovechamiento de aguas, es decir, el mercado relevante es el denominado “mercado de las aguas”.
- (iii) Un tercer supuesto se referirá a los mercados en que el bien transado no sean los derechos de aprovechamiento de aguas,

¹⁹⁴ Para una distinción entre estas dos formas de poder de mercado, *vid.* DOUROJEANNI / JOURAVLEV, 1999, p. 21.

sino bienes cuya producción requieran de las aguas a modo de insumo. Por ejemplo, tratará del mercado de un cierto producto agrícola, en que la constitución de una barrera a la entrada puede verse materializada por el acaparamiento de derechos de aprovechamientos de aguas. Respecto a este particular insumo (el derecho de extracción), las dificultades de sustitución parecen evidentes, dadas las particularidades físicas del recurso a obtener en virtud del derecho de extracción. Lo importante será, entonces, revisar si la forma en que se han diseñado tales derechos por parte del ordenamiento jurídico puede entrañar la creación de barreras a la entrada para algún mercado relevante.

En Chile, el tema ha sido objeto de debate, por lo que nos parece esencial dar cuenta de la solución adoptada por el Tribunal de la Libre Competencia (en adelante, el “**TdlC**”). Aunque parece tratarse de un caso puntual, el fallo de dicho tribunal constituye el resultado de un análisis que cruza las reglas relativas a la libre competencia y la regulación de las aguas. Sobre el particular, el TdlC ha debido pronunciarse sobre la consulta realizada por parte de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. (“**Endesa**”) y Colbún S.A. (“**Colbún**”) para la elaboración de un proyecto conjunto en la construcción y operación de una central hidroeléctrica en el sur de Chile (“**Proyecto HidroAysén**”).

El supuesto en conocimiento del tribunal, y fallado conforme a la Resolución No. 22/2007, de 19 de octubre (la “**Resolución 22/2007**”), puede resumirse del siguiente modo: se consultó al TdlC sobre la admisibilidad de un proyecto consistente en el desarrollo y ejecución conjunta relativo a todas las tareas de financiación, construcción y operación de cinco centrales hidroeléctricas en la XI^a región, de Aysén. En cualquier caso, Endesa explicó al tribunal que la comercialización de la energía producida por las centrales sería realizada en forma independiente y libre por cada empresa, delimitando su asociación sólo a la producción de ésta, que sería transferida directamente por la nueva sociedad común a Endesa y Colbún, a prorrata de sus participaciones accionarias, a un precio equivalente al costo marginal del sistema u otro precio de largo plazo que

acuerden las partes si es necesario para asegurar la viabilidad financiera de nueva sociedad, sin que ello afecte los precios en que las empresas comercialicen la energía y potencia con terceros.

La primera observación que debe efectuarse al respecto es, a juicio del propio tribunal, la considerable participación de ambas empresas en el mercado de la generación de energía (definido como “mercado relevante”), llegando a un 68% por parte de Endesa y 21% por parte de Colbún, en el total de la capacidad instalada en el Sistema Interconectado Central. Y de ahí que fuese importante para efectos de su resolución el análisis de los eventuales riesgos que pudiesen anticiparse en razón del Proyecto sujeto a consulta.

Al respecto, y en lo que nos interesa, el citado tribunal analizó la existencia de barreras a la entrada del mercado de generación de energía, considerando, entre otros factores, el acceso a las aguas corrientes para efectos del funcionamiento de las centrales hidroeléctricas. Como explican MUCHNIK / LURASCHI / MALDINI (1997, p. 21), los grandes usuarios no tienen incentivos para vender los derechos adquiridos (aunque no los utilicen ni prevean utilizarlos), si se considera “la ventaja estratégica que significa el control de un insumo de producción clave en el marco de las políticas que aplican las corporaciones en el mercado de la energía”¹⁹⁵.

Para tales efectos, el tribunal consideró especialmente que *“las centrales que operan en la base corresponden a aquellas que cuentan con menores costos operacionales y con un alto factor de planta, como es el caso de las centrales hidroeléctricas en zonas con hidrología constante. El “factor de planta” de una central es un índice de la utilización de su capacidad en el tiempo, y corresponde al cociente entre la energía efectivamente generada por la central en un período de tiempo (generalmente un año) y la energía que hubiera generado si funcionara a*

¹⁹⁵ E, incluso, como agregan DOUROJEANNI / JOURAVLEV (1999, p. 22), “En teoría, las empresas eléctricas tenedoras de muchos derechos de agua, a través de la no utilización oportuna de sus derechos, ya sea retrasando la construcción de centrales hidroeléctricas, construyéndolas de tamaños subóptimos o impidiendo su instalación por sus competidores, pueden restringir de manera monopólica la oferta futura de electricidad. Al no disponerse de la oferta oportuna de electricidad el precio aumentará y esta empresa obtendrá un mayor ingreso con la venta de electricidad de sus instalaciones existentes”.

plena carga todo el tiempo. A mejores condiciones hidrológicas que enfrente una central, mayor será su factor de planta” (considerando 8.2.1 de la Resolución 22/2007).

En consecuencia, la hidrología del lugar en la que se encuentre situada la central repercutirá en los costos operacionales que la sociedad debe solventar, siendo evidentemente menores cuando existe una mayor estabilidad y previsibilidad de flujos. En caso contrario, la empresa deberá asumir los costos del almacenamiento de las aguas para periodos de sequía. De este modo, observa el tribunal, la inexistencia de barreras generales para la entrada en el ámbito de la generación de la electricidad no obsta el análisis de si existen o no barreras particulares sujetas a una restringida disponibilidad de derechos de aprovechamientos no consuntivos de agua.

Para estos efectos, se puso especial atención en los derechos de aguas concedidos y adicionalmente solicitados por parte de las consultantes (Colbún y Endesa) y de la sociedad creada conjuntamente por éstas (HidroAysén), conforme al siguiente cuadro:

EMPRESA	CONCEDIDOS (M3/S)		SOLICITADOS (M3/S)	
	M3/S	%	M3/S	%
ENDESA	4.414	29%	861	6%
COLBÚN	4.034	27%	888	7%
HIDROAYSÉN	3.032	20%	-	-
OTROS	3.645	24%	11.737	87%
TOTAL	15.125	100%	13.486	100%

Se concluye, en definitiva, una participación importante de las empresas en el universo de derechos de aguas concedidos, y, si bien es menor en relación a los derechos solicitados, se observa que aún no es posible prever la efectiva concesión de los mismos tomando en consideración la disponibilidad física de los recursos a ser resuelta por la Dirección General de Aguas. A ello se suma el hecho de que, conforme indicara este último en el mismo proceso, *“en Chile se encuentra prácticamente agotada la posibilidad de constituir derechos de agua no consuntivos. Por lo*

anterior, a juicio de este Servicio, la única forma de adquirir este tipo de derechos es en el mercado”.

De este modo, y entre otros muchos riesgos a la competencia, el TdlC concluyó la existencia de un riesgo por concentración en la titularidad de derechos de aprovechamiento de aguas con aptitud hidroeléctrica (considerando 9.4 de la Resolución 22/2007). A estos efectos cita la el Dictamen 992/1996 de la Comisión Preventiva Central (correspondiente a la institucionalidad anterior), y por el mismo tribunal en su Resolución 18/2006, en el sentido de que *“corresponde a la institucionalidad de defensa de la libre competencia cautelar que la asignación de los recursos hídricos nacionales garantice el acceso abierto a éstos en condiciones razonables y no discriminatorias, especialmente cuando constituyan insumos esenciales para determinadas actividades económicas en donde la competencia es posible”.*

Entonces, y teniendo a la vista los antecedentes que constaban en el respectivo expediente, el TdlC concluyó que aunque los nuevos derechos fuesen íntegramente asignados a terceros, es probable que no pudiesen ser explotados sin coordinación entre los titulares de derechos en cada cuenca, de modo que resultaría más que probable que Endesa (por su grado de concentración) pudiese obstaculizar el desarrollo de otros proyectos hidroeléctricos en la zona que puedan competir con el Proyecto HidroAysén. De este modo, se exigió a Endesa, como condición para la aprobación de la operación consultada, que se desprendiera de los derechos de aprovechamiento de aguas no utilizados y no asociados al Proyecto HidroAysén, al tiempo que se le exige el desistimiento de las solicitudes pendientes en los ríos Futaleufú, Figueroa e Ibáñez, y que se establezca a esa empresa y sus relacionadas la prohibición de adquirir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en la provincia de Palena y la XIª Región, excepto los indispensables para llevar a cabo medidas de compensación ambiental por el Proyecto HidroAysén, debiendo, en cualquier caso, obtener la correspondiente autorización de adquisición por parte del propio TdlC.

Debe destacarse que la cuestión sometida a conocimiento del TdlC tenía como objeto la constatación de la existencia o no de condiciones que

pudiesen alterar la libre competencia en el mercado relevante de la generación hidroeléctrica. Ahora debemos revisar esta cuestión en caso que el mercado relevante sea propiamente el de los derechos públicos subjetivos que autorizan a los particulares para llevar a cabo labores de extracción. Entre uno y otro escenario, no obstante, existe una evidente interacción. Así DOUROJEANNI y JOURAVLEV (1999, p. 21) observan que:

“La asignación de una proporción considerable del suministro de agua disponible a un número reducido de usuarios puede conducir a la competencia imperfecta y al poder de mercado. Mediante la restricción de la oferta de derechos al mercado, estos usuarios podrían ejercer el poder de mercado, y levantar al mismo tiempo una barrera al ingreso de nuevos usuarios los que, no podrán realizar los proyectos más eficientes porque carecerán de derechos de agua, o teniendo que pagar una prima para adquirir estos derechos, comenzarían con una importante desventaja competitiva”.

Pero ya hemos señalado que el “poder de mercado” (de los derechos de aprovechamiento) no puede presentarse en modelos centralizados de asignación, precisamente porque en ellos no hay cabida al mercado, de lo que se deduce la imposibilidad de contar con un poder monopólico. En cambio, en un sistema descentralizado, bien podrán existir oferentes que adquieran tal poder, por ejemplo, mediante la creación de barreras a la entrada.

Ya hemos adelantado que esta cuestión no se refiere únicamente al mecanismo de asignación previsto por el ordenamiento jurídico, sino más precisamente en la configuración del haz de facultades que conforman el derecho de aprovechamiento. De este modo, aun conformado como un *commodity*, a efectos de propiciar su asignación más eficiente, y sin que el ordenamiento haya previsto una excepción sobre el particular, siempre será necesaria la intervención de los organismos públicos ante los posibles atentados a la libre competencia que puedan presentarse en cualquier suerte de mercados, incluso en el de los derechos de aprovechamientos de agua.

Para el caso del Derecho chileno, una de las críticas más frecuentes al modelo original previsto en el CA de 1981 se refería precisamente a que, en su virtud, se producía una “acumulación desmesurada y ociosa [*de los derechos de aprovechamiento*] con fines especulativos” (MARTÍN MATEO, 2000, p. 14), cuestión que habría dado origen a la reforma de la Ley No. 20.017, a la que nos referiremos en el Capítulo siguiente. Pero creemos que, aun en este sistema original, la cuestión podía ser favorablemente resuelta si consideramos que el ordenamiento jurídico limita el contenido de todos los derechos de propiedad, incluso el que se tiene para la extracción de las aguas, si éstos fueren eventualmente utilizados para producir un “fallo de mercado”. Incluso más, si la búsqueda de la eficiencia es el norte tomado en cuenta para el establecimiento de las condiciones legales que favorezcan el nacimiento de un mercado, la reacción del ordenamiento jurídico no habrá de esperar. De este modo, por ejemplo, THOBANI (1997, p. 175) destaca que esta cuestión, aunque no directamente relacionada con la mera existencia del mercado de los derechos de aprovechamiento, logra solucionarse, entre otros, mediante legislación antimonopolio que prevengan el abuso del poder de mercado.

La pregunta que subyace es si el modelo de aguas original tuvo o no en consideración la posibilidad de que surgieran fallos en el denominado “mercado de las aguas” o en algún mercado que utilizase las aguas a modo de insumo. Una respuesta negativa supondría sostener que, si bien la técnica de la publicación pretendía la asignación eficiente de los derechos de aprovechamiento, tal finalidad nunca hubiese podido ser satisfecha. Al contrario, pensamos que el legislador sí tuvo en cuenta la posibilidad de que se creara un “poder de mercado” (derivado de la creación de derechos de propiedad), dejando en manos de las normas generales (actualmente incorporadas en el Decreto Ley No. 211, de 1973, que contiene el texto refundido de la Ley de Defensa de la Libre Competencia) cualquier fallo que se produjera sobre el particular.

Esta conclusión parecerá más evidente si consideramos, además, que el propio legislador no ha previsto de una normativa particular que resuelva el punto en el ordenamiento jurídico aplicable a las aguas. Las normas del CA, en su texto original (como también, veremos, a contar de la Ley No. 20.017), no previenen la existencia de poderes monopólicos u

otras conductas contrarias a la libre competencia en cuanto entiende que estas materias escapan de sus objetivos. A su vez, el régimen de las aguas tampoco ha sido establecido a efectos de propiciar el enaltecimiento de una competencia libre, de modo que no se ha dotado a la Dirección General de Aguas (ni a ningún otro organismo relacionado) de facultades específicas que pretendan satisfacer este punto, a menos que pudiésemos estimar aplicable la disposición contenida en el artículo 4° del Decreto Ley No. 211, de 1973. Dicha norma dispone que “*No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice*”. Y, dado que el ordenamiento jurídico no ha previsto una autorización especial para la creación de monopolios en el ejercicio de las actividades económicas relacionadas a los recursos hídricos, podemos concluir la plena vigencia de dicha disposición en las fórmulas de asignación de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Al contrario, al ordenamiento chileno le han parecido suficientes las disposiciones del Decreto Ley No. 211, de 1973, que en su texto vigente, tiene por objeto “*promover y defender la libre competencia en los mercados*”, sin hacer distinciones entre los diferentes mercados que pueden surgir en el país. Más aún, el mercado de los derechos de aprovechamientos de agua no puede constituir una excepción si observamos, como hemos pretendido comprobar en este trabajo, que la eficiencia en la asignación conforma el elemento teleológico de la publicación de las aguas, al menos en lo que se refiere a sus aprovechamientos extractivos. En todo caso, para comprender en su totalidad el alcance de esta argumentación debe tenerse en cuenta que, con carácter general, la Administración chilena no dispone de información lo suficientemente completa y disponible sobre los derechos reconocidos de aprovechamiento de las aguas como para detectar la existencia de poder de mercado en su asignación.

B. El problema de las externalidades al interior del caudal (“inflow”) en el modelo chileno

BAUMOL y OATES (1993, pp. 17 y 18) señalan que deben concurrir dos condiciones para que se produzca una externalidad. La primera de

ellas es que “una externalidad está presente cada vez que la relación de utilidad o producción de un individuo incluye variables reales (no monetarias) cuyos valores han sido elegidos por otros (personas, corporaciones, gobiernos) sin particular atención a los efectos que se produzcan en el bienestar del primero.” Y la segunda condición se refiere a que “el que toma la decisión, cuya actividad afecta a los niveles de utilidad de otros o a sus funciones de producción, no recibe (pago) en compensación por esta actividad en un monto igual en valor a los beneficios (o costes) que resulten respecto a otros.”

El efecto principal de una externalidad es que ésta altera el equilibrio general del mercado, que deja de ser eficiente al no reflejar la realidad de los precios de los bienes y servicios. La existencia de las externalidades produce que los precios no reflejan el verdadero valor marginal de los demandantes ni el verdadero coste marginal de los oferentes, que se ve alterado por la repercusión de estos efectos no compensados. Como indican BAUMOL y OATES (1993, p. 29), “Se ha dicho frecuentemente que las externalidades introducen distorsiones en el uso de los recursos porque ellos son casos en los cuales a sociedad yerra en cobrar un precio (positivo o negativo) para un bien (o un mal)”. Estas alteraciones de los costes y los valores (y por tanto de las cantidades óptimas) dan origen a un fallo de mercado.

Las principales soluciones propuestas a las externalidades varían según su origen. Por un lado encontramos aquellas soluciones de origen privado que fundamentalmente se basan en la creación de derechos de propiedad. A este respecto nos remitimos a lo señalado anteriormente en el §2.A.1 de este Capítulo, con especial referencia a COASE. Así, y a modo de conclusión, el teorema de COASE intenta solucionar privadamente el problema de las externalidades por medio de la negociación de derechos bien definidos sobre los recursos, los que terminarían siendo asignados a aquellos que más los valoren. Este postulado parte de la base de que no existen costes de transacción.

La principal crítica a la teoría privatista, como mecanismo de solución de externalidades, es que siempre existirán costes de transacción. En este sentido, nos remitimos a lo señalado por POSNER, explicado en el

§2.A.4 de este Capítulo. A raíz de lo anterior, surgen las teorías públicas para remediar los problemas originados por las externalidades. Este terreno es vasto y para estos efectos introductorios sólo conviene señalar que las políticas públicas que se han ideado en este campo se desdoblán en dos nuevas fuentes. Por un lado encontramos las medidas intervencionistas, que se traducen en la imposición o en la prohibición de realizar ciertas conductas que generan externalidades negativas. Estas conductas serán exigidas o sancionadas, según corresponda, por la legislación civil, penal o administrativa. Por el otro lado, encontramos las medidas de incentivo basadas en el mercado. De estas medidas conviene destacar aquellas que se traducen en la creación de impuestos o subvenciones correctivos de las externalidades y aquellas referidas a la generación de permisos transferibles de contaminación.

Como hemos visto, la legislación de aguas chilena, a partir de 1981, ha adoptado una senda profundamente marcada por la inclinación hacia los remedios privados en la solución de externalidades. Prueba de ello es la clara definición que existe entre los derechos de aprovechamiento de aguas de los usuarios consuntivos y no consuntivos de que dan cuenta los artículos 14 y 15 CA, ya analizados. Ello nos va demostrando la congruencia que subyace al elemento teleológico de la publicación. La pregunta resulta, entonces, en determinar si esta tendencia se mantiene en una cierta externalidad puesta de manifiesto por la doctrina económica, referida a los efectos en el caudal por el uso (aun legítimo) por parte de los administrados (“*inflow*”).

Debemos partir de la idea de que la asignación, transferencia y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas pueden tener alguna incidencia en sujetos ajenos a sus titulares, comportándose a modo de externalidad negativa. Esta constatación puede implicar un fallo de mercado en tanto no pueda ser resuelta de algún modo, en tanto el coste de oportunidad de los correspondientes derechos no reflejará íntegramente el verdadero coste de oportunidad del agua, generando interferencias en las decisiones de transferencia y utilización de las mismas (DOUROJEANNI / JOURAVLEV, 1999, p. 39).

El agua, como recurso, genera tal variedad de beneficios económicos, sociales, ecológicos, entre otros, que no es de extrañar que cualquier uso que se dé a la misma tenga algún grado de repercusión sobre los demás. Los efectos sobre el propio caudal se refieren a las externalidades que produce la extracción con respecto a otros eventuales usos que el recurso pueda tener. Algo que, como hemos advertido, se multiplica en cuanto el bien en cuestión pueda ser objeto de una pluralidad creciente de aprovechamientos, no necesariamente extractivos.

En este sentido, nos ha parecido conveniente distinguir los efectos que se refieren, por una parte, a las ventajas que ofrecen las aguas sin necesidad de extracción y, por la otra, la difícil coordinación entre los aprovechamientos consuntivos y no consuntivos de las aguas. Sin embargo, ya nos hemos referido a este último tema al tratar de la naturaleza abstracta de los derechos de aprovechamiento consagrados en el CA, y que creemos resuelto mediante la incorporación de mayores facultades al derecho consuntivo y a su posibilidad de negociación con los titulares de derechos no consuntivos.

Por ello, ahora debemos centrarnos únicamente en la interacción de las actividades extractivas y no extractivas. La polifuncionalidad de las aguas nos revela que los beneficios a obtener de dicho recurso no se satisfacen únicamente mediando su extracción, casos en los que no es necesaria la obtención de un derecho público subjetivo especial por parte de la Administración. De este modo, el mero ejercicio de los derechos de aprovechamiento (consuntivos o no consuntivos) puede tener un impacto más que relevante respecto a las actividades no extractivas. El caso más evidente, aunque no el único, se refiere a la pérdida del valor ecológico, estético o turístico de las aguas, o, en términos generales, su “valor de existencia”.

La incidencia de la extracción de las aguas en dicho valor no parece tener fácil respuesta en el ordenamiento jurídico previsto en el año 1981, probablemente porque estos temas no estaban aún en boga a esa época. La Dirección General de Aguas no estaba habilitada para rechazar nuevas solicitudes de aprovechamiento basadas en antecedentes ambientales, de lo que resultó que una buena parte de los caudales podría estar jurídicamente

asignada en su totalidad para su completa extracción. La externalidad resulta evidente puesto que el valor de los derechos de aprovechamiento no incluye la pérdida del valor de existencia de los recursos hídricos, que, al menos hasta la reforma del año 2005, no tenían protección alguna desde el punto de vista jurídico¹⁹⁶. Pero bien se ha señalado que la introducción de la figura del “caudal ecológico” por parte de la Ley No. 20.017 tampoco tuvo la virtud de resolver completamente el punto. Ello porque fue introducida de manera bastante tardía, “puesto que los derechos de muchos caudales ya han sido concedidos” (DOUROJEANNI / JOURAVLEV, 1999, p. 114). En consecuencia, la Administración no puede resolver esta clase de externalidades cuando se trate de derechos constituidos con anterioridad a la reforma.

Pero no existiendo una regulación especial sobre la materia, la única alternativa estaba dada por la adquisición de derechos de aguas por parte de un filántropo, estando dispuesto a no utilizarlo en respeto a dicho “valor de existencia” (RÍOS / QUIROZ, 1995, p. 328). Pero el problema del parásito

¹⁹⁶ Sin embargo, alguna referencia hay que hacer a ciertos antecedentes previos a la Ley No. 20.017, que pretendían proteger el citado valor de existencia. Al respecto, la Ley No. 19.415, de 25 de junio de 1992, modificó el CA a efectos de incorporar la protección de vegas y bofedales.

De este modo, el inciso final del artículo 58 CA dispone que: “*No se podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la Dirección General de Aguas, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas*”.

Asimismo, el artículo 63 CA agrega que: “*La Dirección General de Aguas podrá declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, mediante resolución fundada en la protección de acuífero, la cual se publicará en el Diario Oficial. La declaración de una zona de prohibición dará origen a una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en ella. Las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa. La Dirección General de Aguas deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas*”. Esta protección, sin embargo, no es absoluta, en tanto la propia disposición faculta a la Dirección General de Aguas para alzar estas medidas siguiendo el procedimiento descrito en el artículo 64 CA, que, en resumen, sólo resultará de los resultados de nuevas investigaciones respecto a las características del acuífero o la recarga artificial del mismo.

(o “*free rider*”) parecerá evidente en tanto sólo este filántropo absorberá todo coste relativo a la adquisición y conservación del derecho, cuyas consecuencias serán disfrutadas por todos quienes hagan un uso no extractivo de las aguas, que, como hemos indicado en la Parte Primera, permanece bajo la lógica del acceso abierto. En éstos términos debemos entender los inconvenientes planteados por KRUTILLA, citado en el §1.B de este Capítulo.

Otra cuestión se refiere a las externalidades medioambientales derivadas de la utilización de las aguas. El modelo original dispuesto en el CA sólo escasamente se refiere al punto de la calidad de las aguas. Al respecto, RÍOS / QUIROZ (1995, p. 328) advierten la existencia de una normativa particular respecto a los derechos no consuntivos, en términos que el artículo 14 CA dispone que: “*La extracción o restitución de las aguas se hará siempre en forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades*”¹⁹⁷.

La incidencia medioambiental no es resuelta, en general, por el CA ni se otorgan facultades de supervisión a la Dirección General de Aguas. Al contrario, la institucionalidad ambiental se encuentra regulada en la Ley No. 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, de 9 de marzo de 2004, y radicada orgánicamente en la Comisión Nacional del Medio Ambiente (“**CONAMA**”). Sólo a contar de la entrada en vigor de dicha normativa puede pensarse en algún grado de internalización del coste medioambiental por parte de los titulares de derechos de aprovechamiento, dado que, en términos generales, el estudio de impacto ambiental sólo será aprobado en cuanto se hayan adoptado las correspondientes medidas de mitigación (en este caso, de la contaminación de las aguas).

¹⁹⁷ Sin embargo, no habría igual regulación respecto a los derechos de aprovechamientos consuntivos, aún cuando es posible notar que el solo hecho de la extracción tiene, como consecuencia en el ecosistema, una menor posibilidad de dilución de los contaminantes.

CAPÍTULO II

LA REFORMA DEL CÓDIGO DE AGUAS POR MEDIO DE LA LEY No. 20.017 DE 2005

La historia de la regulación de las aguas en Chile ha experimentado los vaivenes propios de toda normativa: presiones políticas, cambios globales, perfeccionamientos normativos. A esta evolución nos hemos referido en los Capítulos anteriores hasta la entrada en vigor del CA de 1981. Pero la historia obviamente no se detiene en este punto, y con el retorno a la democracia, Chile ha visto como los presupuestos iniciales de la codificación de las aguas pretendió ser alterada, dando lugar a un extensísimo debate legislativo.

Cuando el CA ya cumplía un poco más de diez años en vigor, el denominado “Gobierno de transición” (encarnado en el Presidente Patricio Aylwin Azócar) cuestionó el funcionamiento del mercado de las aguas en Chile (BAUER, 2004, p. 89). Así, y con fecha 2 de diciembre de 1992, el Poder Ejecutivo envió al Congreso Nacional un Mensaje a efectos de modificar ciertos términos del CA, cuya discusión tardó casi trece años en plasmarse en la Ley No. 20.017, de 16 de junio de 2005. Casi trece años que dan cuenta de un largo listado de informes de las comisiones de ambas cámaras, de las discusiones en cada una de las salas, de las resoluciones del TC, entre otros. Pero debe advertirse que incluso en la génesis de este proyecto hubo una evolución significativa, de tal suerte que no resulta tan simple seguir en ella un hilo conductor fácil de explicar. Tres gobiernos pasaron antes de que la ley fuera finalmente promulgada, como también diferentes integrantes en el Senado y en la Cámara de Diputados.

Conforme al referido Mensaje de 1992, se pretendieron introducir ciertas modificaciones a la legislación de aguas de la época, tendientes a obtener un reparto más equitativo del recurso. Tal como fue inicialmente presentado, el proyecto de reforma versaba sobre cuatro pilares: (i) normas

sobre recuperación de la condición de bien nacional de uso público del agua, la justificación de su necesidad y su uso obligatorio; *(ii)* normas sobre conservación y protección de las aguas y de los cauces; *(iii)* normas sobre administración integrada de las cuencas y perfeccionamiento de las organizaciones de usuarios, y *(iv)* normas relacionadas con aspectos regionales. No todas ellas, veremos, sobrevivieron el debate parlamentario.

La intención del legislador, cuya intensidad se refleja en el Mensaje enviado al Congreso Nacional el año 1992, era cambiar drásticamente el modelo del CA de 1981, proponiendo la introducción de normas que dotaban a la Administración de potentes armas, tanto en la asignación y reasignación de derechos de aprovechamiento, como en la gestión del recurso hídrico. Sin embargo, por diversas razones que iremos analizando, el ímpetu inicial se vio morigerado a tal punto que las modificaciones que se plasmaron finalmente en la Ley No. 20.017, de 2005, dan cuenta de un desvío de las motivaciones originales. Todas dichas alteraciones al planteamiento inicial, producto del debate parlamentario, si bien producirán una mutación en el elemento teleológico de la publicación, no serán lo suficientemente agudas como para subordinar el mercado (y la iniciativa privada) a la planificación administrativa (a modo de gestión centralizada del recurso).

De algún modo, aun sin contar con un registro integral de los derechos, la Administración percibía que el modelo de mercado impulsado por el CA de 1981 había al menos producido dos resultados indeseables: *(i)* atendiendo a las mínimas prerrogativas de la Administración en la gestión del agua, se estaba produciendo un grave agotamiento del recurso, y *(ii)* una deficiente asignación y reasignación del recurso, por cuanto existía una gran concentración de derechos de aprovechamiento de aguas en sólo algunas manos. En general, la principal preocupación que surgía del modelo original contenido en el CA se refería a la acumulación de derechos de aguas sin que se exigiese un uso actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ellos, no obstante su obtención original en forma gratuita (BAUER, 2004, p. 87). La acumulación descrita por la Administración tenía su foco en los titulares de derechos de aprovechamiento de carácter no consuntivo, más específicamente en aquellos usuarios que, a juicio de la Administración, habían solicitado esta

clase de derechos para destinarlos a la producción de energía hidroeléctrica.

Lo anterior, sumado a la escasez relativa del recurso, fue la principal justificación por la cual el Ejecutivo promovía mayores restricciones en el acceso al agua, principalmente por medio del establecimiento de límites razonables a la concesión de los derechos de aprovechamiento, límites que, en definitiva, se traducían en la justificación de la necesidad del agua solicitada y en su utilización, promoviendo una intensa participación de la Administración en la gestión y conservación del recurso. Ya hemos indicado que la no afectación de las aguas a un determinado uso parecía ser uno de los pilares que impulsaban la creación del mercado de los derechos de aprovechamiento como mecanismo de asignación del recurso. Una intervención administrativa en este aspecto hubiese ciertamente mutado la finalidad del sistema. Sin embargo, su impacto quedó reducido en etapas posteriores de la discusión parlamentaria, a la necesidad de adjuntar una “memoria explicativa” a la solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento. Por medio de dicha modificación, y sólo en caso de sequía y para solicitudes por sobre un determinado caudal, se autorizará a la Administración para rebajar el *quantum* del derecho solicitado, en caso de que el caudal pedido no se conciliara con una tabla a ser preparada por medio de normas de carácter reglamentario.

Así también, el proyecto inicial pretendía la caducidad de los derechos no utilizados en el plazo de cinco años, sin perjuicio de la posibilidad de establecer plazos diferentes o conceder prorrogas para resolver circunstancias excepcionales en la que el uso efectivo del recurso tardaría más tiempo, como en los proyectos de hidroeléctricos. Este aspecto fue posteriormente moderado por medio de la indicación sustitutiva enviada por el Ejecutivo el 4 de julio de 1996, reemplazando la caducidad de los derechos por la creación de una patente por el no uso de las aguas. La motivación contenida en la indicación sustitutiva para modificar el proyecto originario, parece encontrar sustento en la inconstitucionalidad que supondría hacer caducar derechos ya constituidos. De este modo, el propósito del Mensaje, articulado sobre la base de poner término a los derechos ociosos, muta hasta tal punto de

convertirse en un instrumento tributario. La justificación del Ejecutivo para el establecimiento de la patente por no utilización de las aguas, fue señalada como la necesidad de fijar un coste para la conservación indefinida del recurso, desincentivando la especulación o, simplemente, su mal uso. Para la fijación de la “patente”, en cualquier caso, tal costo sería determinado de modo diferente atendiendo a las diferencias físicas entre las cuencas hidrográficas del norte, centro y sur del país.

Un último punto de preocupación se refería a la conservación y protección de los cauces, superando la normativa sectorial relativa a la contaminación de las aguas que afectase la salud de las personas o protegiese la agricultura. La protección de los cauces se promovía mediante la concesión de mayores atribuciones de intervención a la Dirección General de Aguas y a la incorporación del concepto del “caudal ecológico”, importado esencialmente de la legislación española¹⁹⁸, constituyéndose como un mínimo de agua que debe escurrir para mantener la vida en el río, estero, lago o fuente natural de que se trate.

Para el legislador, el hilo conductor de la reforma giraba en torno a la idea de proponer una nueva regulación que pretendía la recuperación de la condición de bien nacional de uso público de las aguas. Sobre este particular, ya hemos señalado que en esta cuestión existe una gran confusión terminológica en tanto la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas que se sujetan a la lógica del Derecho privado no obsta la naturaleza pública del recurso. Por ello ha sido necesario iniciar este estudio dando cuenta de la necesaria distinción de las diferentes dimensiones regulatorias de las aguas corrientes (*supra*, Parte I, Capítulo I). Esta errada concepción en los móviles del legislador sólo puede ser descifrada al apreciar la voluntad presunta que tiñe todo el proceso de reforma. Así, a la vista de las acciones del legislador, puede deducirse que su verdadero temor no estaba en la existencia de derechos ociosos, más que nada porque a la época no sabía si los había, ni a cuánto ascendían, sino en

¹⁹⁸ En España, el caudal ecológico se ha definido en el artículo 3, j) del Reglamento de Planificación Hidrológica “RPH”) como el “caudal que contribuye a alcanzar el buen estado o potencial ecológico en los ríos o en las aguas de transición y mantiene, como mínimo, la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar en el río, así como su vegetación de ribera”.

las escasas atribuciones que tenía la Administración en la asignación, reasignación y gestión de los recursos. A sus ojos, la normativa del CA de 1981 había despojado a la Administración de toda instancia de intervención en lo relativo a las aguas, hasta el punto de perder el control en las esferas antes mencionadas. Por ello es que puede advertirse con facilidad que el propósito inicial de la reforma era alterar algunos de los planteamientos que sirvieron de base al CA de 1981. Nos referimos principalmente a lo que hemos denominado como “principio de neutralidad”, en cuanto a que ya no será indistinto para el legislador el uso que se dé a las aguas extraídas conforme al ejercicio de los derechos de aprovechamiento, ni la cantidad del caudal que pueda destinarse a fines extractivos. También se deseaba alterar la gestión de los recursos hídricos, privando a los particulares de ciertas prerrogativas para depositarlas en manos de la Administración. El resultado, veremos en el presente Capítulo, no fue tan radical como podía vaticinarse en un inicio, aunque sí se alteraron ciertas valoraciones legislativas relativas al destino del agua.

En este Capítulo no pretendemos desmenuzar en detalle cada una de las disposiciones de la Ley No. 20.017, sino revelar si los términos de dicha normativa alteraron de algún modo el propósito del legislador al tiempo de publicar las aguas. O, dicho en otros términos, si la reforma modificó o no el elemento teleológico de dicha publicación que, hemos indicado respecto al CA de 1981, se situaba en el respeto a la polifuncionalidad de las aguas, y, ya con respecto a las actividades extractivas, en la asignación eficiente del recurso por medio del mercado. Para estos efectos, centraremos nuestra mirada en aquellos aspectos de la nueva regulación que, discutiblemente, pudiesen haber variado dicha finalidad.

En este sentido, trataremos separadamente: *(i)* las normas sobre conservación y protección de las aguas y sus cauces, principalmente relacionadas con la consagración del denominado “caudal ecológico mínimo” que debe ser respetado por la Administración al tiempo de asignar nuevos derecho de aprovechamiento, y *(ii)* las denominadas “normas sobre recuperación de la condición de bien nacional de uso público del agua, la justificación de su necesidad y su uso obligatorio”,

incluyendo por un lado, el impacto de la denominada “memoria explicativa” a ser presentada con la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas (y las facultades limitativas de la Administración a este respecto) y, por otro lado, la incorporación de una “patente por no uso de las aguas” (a modo de privilegiar el valor de uso sobre el valor de opción de la extracción de las aguas). Alguna referencia adicional, aunque complementaria, debemos dar a otras reformas efectuadas por la Ley No. 20.017, como las nuevas facultades concedidas a la Dirección General de Aguas en periodos de sequía. Los temas objeto de la reforma se desarrollarán separadamente a efecto de conciliar la finalidad declarada por el legislador en las actas parlamentarias con el resultado plasmado en la Ley No. 20.017.

El resultado de nuestra investigación nos obligará a efectuar una valoración jurídica y económica de la reforma. Una valoración, por supuesto, comparativa del régimen inicial propuesto por el CA original con las modificaciones introducidas por la reforma de la Ley No 20.017 de 2005. Pero también implicará un análisis económico de sus disposiciones.

Esto último obedece al intento del legislador para justificar la introducción de la nueva normativa, en especial en lo relativo a la patente por no utilización de las aguas, sobre la base de supuestos de carácter económico. En este sentido, el legislador declara que el establecimiento de la medida mencionada provocará un incentivo tal que los titulares de derechos de aprovechamiento que no los estuvieren ejerciendo, se desprenderían de ellos, ya sea por renuncia, ya sea por su venta y transferencia en el mercado de aguas, y así, para estimar el monto a que debe ascender la patente, utiliza un complejo método de proyección de centrales hidroeléctricas. Este punto será desarrollado en extenso, ya que nos conducirá a tratar de desvelar la naturaleza de la reforma introducida por el legislador.

Algo muy semejante ocurre con el requisito de la memoria explicativa. El proyecto inicial de reforma pretendía revestir a la Administración de potestades amplias en lo concerniente a la asignación de derechos de aprovechamiento. Sin necesidad de explicitar este propósito en el texto legal, conseguiría tal objetivo sobre la base de crear preferencias de

unos usos sobre otros, otorgándole amplias prerrogativas a la Administración para denegar determinadas solicitudes por un cierto uso a favor de otras. Las alternativas estaban dadas entre establecer dichas preferencias en la ley, petrificando el sistema de graduación, o creando preferencias administrativas, cuyos contornos hubiesen sido más o menos flexibles, dependiendo de la mayor o menor discrecionalidad que el legislador hubiese conferido a la Administración.

A continuación, pasamos así a revisar los antecedentes legislativos, los alcances jurídicos y el sentido económico, e incluso político, de la reforma propiciada por medio de la Ley No. 20.017. De las seis indicaciones propuestas¹⁹⁹, nos centraremos en aquéllas a las que nos hemos referido previamente y a su evolución en los siguientes trámites parlamentarios. Ello, como veremos, en atención a la posible alteración de la finalidad de la publicación de las aguas.

§1. *Reforma para la protección de las aguas y sus cauces: la introducción del respeto al “caudal ecológico”*

A. *Antecedentes prelegislativos*

Las razones del interés del legislador chileno por la preservación de un caudal ecológico no aparecen manifiestas en el Mensaje Presidencial que inició la tramitación del proyecto de ley que culminó con la modificación del Código de Aguas. La preocupación sobre la existencia de un caudal compatible con los objetivos medioambientales había sido puesta de manifiesto por ciertos ordenamientos jurídicos (como el español, que sirvió de modelo), pero también se había traducido en críticas económicas

¹⁹⁹ Estas indicaciones incluían: (i) Establecimiento del pago de una patente por el no uso de las aguas; (ii) Facultades de la autoridad para la concesión de nuevos derechos de aprovechamiento; (iii) Normas sobre conservación y protección de las aguas y cauces; (iv) Consideración de la interacción de las aguas superficiales y subterráneas en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento; (v) Normas que perfeccionan el procedimiento de regulación contenido en el artículo 1º transitorio del Código de Aguas y que establecen las obligaciones a que estarán afectos los Conservadores de Bienes Raíces del país, en relación con el Catastro Público de Aguas; y (vi) Extensión de la personalidad jurídica de las comunidades de aguas.

al modelo inicial del CA desde el punto de vista de las externalidades al interior del propio caudal (“*inflow*”), a las que hiciéramos referencia en la últimas páginas del Capítulo anterior.

En cualquier caso, el referido Mensaje Presidencial sólo contiene una referencia menor al punto, alusiva a “*la obligación de respetar, en todo cauce, un caudal ecológico, es decir el mínimo de agua que debe escurrir para mantener la vida en el río, estero, lago o fuente natural de que se trate*”. Sin embargo, el texto inicialmente propuesto destacaba por dos elementos: el primero, que se mantuvo inmutable hasta la promulgación de la Ley No. 20.017, es que el respeto al caudal mínimo sólo debe observarse al tiempo de la solicitud de nuevos derechos de aprovechamientos de aguas (sean o no consuntivos), sin afectar derechos adquiridos²⁰⁰; y, el segundo, que fue motivo de modificación, se refiere a la discrecionalidad otorgada a la Dirección General de Aguas para determinar la cuantía del caudal mínimo, sin más parámetros legales que los que supone la garantía de “*existencia de la flora y fauna que de ella dependen*”.

Un mayor detalle es apreciable en la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, de cuyo informe, de fecha 18 de marzo de 1997, se extrae su finalidad esencialmente medioambiental, a modo de complemento de la regulación ya incluida en la Ley de Bases del Medioambiente (que describiremos más adelante). En especial, para los

²⁰⁰ El problema de la regulación del caudal ecológico sólo en la etapa de constitución de los derechos de aprovechamiento, y no respecto a los derechos ya constituidos presentó dudas sobre su utilidad. Ello, especialmente si se considera – como hizo presente la Confederación Nacional de Canalistas de Chile en el citado informe de marzo de 1997 – que “*No basta con dar facultades a la DGA para hacer reserva de caudal ecológico, en circunstancias que todos los derechos de aguas ya están distribuidos y repartidos. En relación con los ríos que no están agotados, tampoco hace falta una ley para reservar el caudal ecológico. Bastaría con que alguna repartición del Ministerio de Obras Públicas solicitara los derechos con fines ecológicos, para que el Estado los tuviera, dentro de la normativa de la ley vigente*”.

En cualquier caso, cabe advertir que una extensión superior del respeto al caudal ecológico, afectando derechos constituidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma al Código de Aguas, hubiese sido necesariamente interpretada como expropiatoria, debiendo ceñirse al procedimiento y limitaciones dispuestas por la CPR. Una cuestión, a fin de cuentas, que responde al interés político tras la modificación, interés que nunca (en el debate parlamentario) pretendió una mayor amplitud.

casos en que los proyectos no fuesen objeto de un estudio de impacto ambiental, o, incluso, sin consideración a proyecto hidráulico alguno. El propósito medioambiental quedó incluso manifestado de modo expreso en el primer informe de la Comisión de Obras Públicas del Senado, de 11 de mayo de 1999, al señalar que *“La finalidad de esta norma es evitar que un cauce con vida natural desaparezca como eco-sistema por efecto de la extracción absoluta del agua, y su establecimiento significará que en los cauces, no se concederá el total del agua puesto que una parte de ella deberá mantenerse escurriendo para sostener la vida natural ligada al río correspondiente”*.

Pero ya en esta instancia se ofrecen las primeras críticas a la eventual arbitrariedad de la Administración (y, en consecuencia, los peligros de incertidumbre jurídica) en la determinación de la cuantía del caudal ecológico. Se aprecia la necesidad de considerar el carácter técnico de tal medida, que no hace recomendable su fijación legal, pero se ofrece como solución el establecimiento de parámetros objetivos y límites que la Dirección General de Aguas debe observar para su cálculo. En este sentido, ya en las primeras instancias de la discusión parlamentaria se agregaron mayores factores a ser considerados por la Administración al tiempo de su determinación, como son la garantía de preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, velando especialmente, por la conservación del ecosistema y de los usos recreacionales y escénicos existentes en la respectiva fuente (frase última que fue objeto de debate por su amplitud)²⁰¹. Y así también, en el citado informe de la Comisión de Obras Públicas del Senado de mayo de 1999, se dejó constancia de la tensión entre la certeza jurídica (por ejemplo, mediante el establecimiento de limitaciones a nivel legal) y la rigidez de un sistema como tal que conspiraría en contra del desarrollo tecnológico y de la diversidad hidrográfica del país.

En este sentido, dicha Comisión propuso la idea de dejar la determinación del caudal ecológico en manos de disposiciones reglamentarias. Este punto fue objeto de mayor debate en la Comisión de Constitución del Senado, como se revela en el informe de 25 de enero de

²⁰¹ Informe de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, de fecha 18 de marzo de 1997.

2000, especialmente en consideración a que el establecimiento de un caudal ecológico implicaría, para algunos, una limitación a un modo de adquirir el dominio, de lo que resultaba que los criterios y límites básicos debían ser establecidos legalmente, sin perjuicio de la facultad presidencial de alterarlos en casos calificados. Sin embargo, a nuestro juicio, la introducción del caudal ecológico, no limita los modos de adquirir el dominio. Nos reconducimos a lo referido previamente en este trabajo, en cuanto a que sobre las aguas corrientes hay insusceptibilidad de propiedad privada, y sobre lo que se obtiene propiedad es respecto a los derechos de aprovechamiento una vez constituidos. Más, si se determina que una porción del caudal de un río será calificado como ecológico, sobre dicha porción no existirán derechos “radicados” a modo de propiedad, puesto que la concepción constitucional de bienes nacionales de uso público así lo impide. De este modo, sin existir objetos susceptibles de ser apropiados, mal podría sostenerse que por medio del caudal ecológico se crea una limitación a la adquisición del dominio.

Mayores indicios de la redacción final del artículo quedaron en evidencia en el segundo informe de la Comisión de Obras Públicas del Senado, de fecha 10 de marzo de 2004, en que se establecieron límites legales a la fijación reglamentaria de los caudales mínimos. Por regla general estos serían de hasta un veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial, y, sólo excepcionalmente, se concede al Presidente de la República la facultad de elevar dicho límite hasta un cuarenta por ciento, mediando un decreto fundado, y previo informe favorable de la Comisión (Regional) de Medio Ambiente. Los detalles de dicha regulación serán objeto de un estudio posterior, al analizar el resultado el texto legal en vigor.

Por su parte, y en virtud de una indicación presidencial de la que se dio cuenta en el Boletín de Indicaciones del Senado, de fecha 30 de agosto de 2004, se excluyó la protección medioambiental vía caudal mínimo en eventos de sequía. Su aprobación en todas las instancias posteriores dio cuenta de que los periodos de sequía (ojalá excepcionales) debían necesariamente alterar la valoración legislativa de las prioridades en el uso de las aguas. En este sentido, se privilegia la extracción de aguas,

especialmente para fines sanitarios, sobre la protección del ecosistema, probablemente ya afectado como resultado de la misma sequía.

B. Valoración económica de la normativa vigente respecto al caudal ecológico

El principal problema de la regulación original del CA era la completa desatención del valor ecológico de las fuentes superficiales. Ningún elemento de la regulación (aunque moderado por la introducción de la Ley de Bases del Medioambiente) hacía alusión a los beneficios que resultaban de la mera conservación de estas fuentes para la satisfacción de ciertas necesidades medioambientales. Incluso, esta decisión legislativa difícilmente pudo haberse entendido atentatoria a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho de vivir en un medioambiente libre de contaminación (artículo 19, número 8 CPR), dado que la completa desaparición (por uso) de una fuente superficial no necesariamente implica “contaminación”, sino sólo un daño ecológico que puede incluso resultar irreversible.

El problema radicaba en las herramientas asignadas a los particulares (o, indirectamente al Estado actuando como particular) para evitar dicho perjuicio. Y ese mecanismo sólo podía estar dado por someter la protección del referido valor ecológico a la lógica del mercado. Sin embargo, este valor, en términos generales escapa a la lógica del mercado debido a que principalmente a su respecto se reproducen todas las consecuencias de la organización de los mercados sobre los bienes públicos. En este sentido, como nos indica KRUTILLA (1967, pp. 781-782):

“Una demanda de opción puede existir (...) no sólo entre personas actual y expectativamente activas en el mercado por el objeto de la demanda, sino también entre otros que le otorgan valor a la mera existencia de variedades biológicas y geomórficas y a su distribución generalizada. Si a este respecto existe un genuino valor para retener una opción, ¿por qué no se ha desarrollado un mercado? Hasta cierto punto, y para ciertos propósitos, lo ha hecho. (...) Pero este mercado es gravemente imperfecto. Primero, el riesgo para los inversionistas privados

asociado a la ausencia de conocimiento a si un particular ecosistema tiene características especiales no ampliamente compartidas por los demás, es enorme. Más aún, y en la medida en que el [recurso] reciba apoyo para una investigación científica que tendrá resultados prácticos no anticipados, el valor del azar no va a ser apropiable por aquellos que estén pagando para la preservación de las opciones. Pero quizás [el problema] de mayor trascendencia es que (...) se originan todos los problemas para organizar un mercado de bienes públicos. Se puede esperar que los potenciales compradores de las opciones aguarden tiempo con la esperanza de que otros soporten el coste necesario, eliminando así los costes para si mismos. Desde que la mera subsistencia o preservación del medio ambiente natural en cuestión satisface la demanda, aquellos que no se suscriben no pueden ser excluidos a menos que no se inscriban suficientes suscriptores para su conservación.”

Dejar entregado al mercado el “valor ecológico” no parece tener sentido, ni aun en el modelo original, puesto que el elemento teleológico de la publicación sólo busca la asignación (eficiente) vía mercado respecto a las actividades extractivas, y no respecto a la conservación de las aguas en sus cauces (necesariamente un beneficio derivado de una inactividad, por tanto, un uso del recurso no extractivo). Pero no podía preverse una solución diferente, probablemente porque las preocupaciones medioambientales se vieron exponencialmente incrementadas con posterioridad a la entrada en vigor del CA original en 1981.

Así y aplicando el planteamiento de KRUTILLA (1967, pp. 781 - 782), la cuestión resulta aún más compleja cuando debemos suponer a un agente racional que accede al mercado a fin de adquirir derechos de aprovechamiento para simplemente no utilizarlos, en este caso, dándoles un uso no extractivo. Implica la existencia de un sujeto que utiliza sus recursos (o, incluso, desestima el coste de oportunidad de los mismos) en dicha decisión, generando, por cierto, una externalidad positiva. En otras palabras, todos quienes no han participado en dicha adquisición (y, en consecuencia, no han asumido coste alguno) se verán beneficiados de las ventajas que supone la conservación de las aguas en sus cauces. Así, y desde la perspectiva de los bienes públicos, la problemática surge en cuanto

los resultados de la conservación serán bienes en los que no existe rivalidad alguna, como tampoco posibilidad de exclusión. Y, como bien público, se dará origen al problema del parásito (o *free-rider*), desincentivando al agente para efectuar dichas medidas conservatorias. Ya en el modelo propiciado por la reforma al Código de Aguas, la cuestión hubiese sido aún más compleja si no se hubiese previsto el caudal ecológico como técnica de intervención administrativa. El sujeto que, motivado por finalidades medioambientales, hubiese adquirido los correspondientes derechos de aprovechamiento, se hubiese visto sujeto al pago de las patentes por no uso de las aguas (artículo 129 bis 4 y siguientes CA, que trataremos en el epígrafe siguiente), aumentando el coste de conservación de su titularidad. Ello, unido al problema del *free-rider*, hubiese implicado el más completo desamparo del valor ecológico del recurso.

La cuestión, en suma, se traduce en el hecho de que, en buena técnica económica, el valor ecológico no puede ser dejado a la lógica del mercado precisamente por estas ineficiencias. La manera de proteger dicho valor pasa por una apreciación legislativa de difícil solución, sobre todo si se pretende conciliar con la polifuncionalidad de los recursos hídricos. En otras palabras, por supuesto que el caudal ecológico puede llevar a la idea de que las fuentes superficiales no pueden ser objeto de extracción a fin de proteger el ecosistema en su integridad, pero ello implicaría una desatención de las demás utilidades que prestan los recursos hídricos. Todo ello supone la búsqueda del difícil equilibrio entre el progreso económico y la protección del medioambiente.

Lo que sí debe tenerse en consideración es que el valor relativo asignado a la sola existencia de las fuentes superficiales es predeterminado por la Administración (sujeta a los límites legales), y no dejado en manos de la apreciación comparativa de los particulares. En otras palabras, la fijación del *quantum* del caudal que no puede ser objeto de nuevos derechos de aprovechamientos de aguas sólo se fundamenta en la valoración efectuada por el organismo central en atención a los criterios y limitaciones preliminarmente establecidas por el legislador. De este modo, la base del caudal mínimo de las fuentes superficiales se encuentra en la “*preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente*” y en “*las condiciones*

naturales pertinentes para cada fuente superficial” (artículo 129 bis 1 CA), y no toma en cuenta otros factores que podrían eventualmente incidir en la configuración del citado valor ecológico, como elementos estéticos, turísticos, etc. Así, podemos inferir de la legislación en vigor, que el sustrato de la regulación del caudal ecológico desestima la tercera de las manifestaciones del valor ecológico al que hacíamos referencia *supra* 2.B, relativo al valor de uso, opción o cuasi-opción que quedan fuera del mercado.

En otros aspectos, las limitaciones legales al máximo del caudal ecológico parecen igualmente discrecionales (veinte por ciento como límite general y cuarenta por ciento en casos calificados, en ambos casos del “*caudal medio anual de la respectiva fuente superficial*” (párrafos segundo y tercero del artículo 129 bis 1 CA)), medidas que bien pueden no coincidir con la apreciación relativa real del citado valor ecológico. Creemos que la Administración no ha asumido de forma realista el objetivo de determinar el valor que la sociedad otorga a la existencia de un caudal ecológico, sobre la base de los efectos ambientales asociados a tal caudal, y menos aun el de dilucidar a cuánto éste ascendería. Creemos que es preciso destacar, en otras palabras, que las limitaciones legales establecidas a la porción máxima de caudal ecológico no atienden a ningún parámetro objetivo.

En ambos casos, esto es, tanto cuando se quiere efectuar una protección de elementos ajenos a factores medioambientales, como cuando se pretendan superar los citados límites aun para el resguardo de la ecología, no quedara más remedio que volver a someterlos a la lógica del mercado. Ello, con todas las consecuencias que hemos indicado en razón de los problemas del *free-rider* y de la incidencia de la patente por no uso de las aguas. Esta cuestión, sin embargo, no debe observarse necesariamente como una crítica a la forma en que el legislador ha pretendido resolver el problema, sino como una decisión legislativa enfocada a otorgar parámetros objetivos a la Administración para fijar el caudal ecológico mínimo. La solución contraria, que hubiese pasado por una valoración económica de la Dirección General de Aguas del citado valor ecológico, además de su enorme complejidad, de haber quedado a la sola discrecionalidad administrativa, podría haber dado lugar a la introducción de un elemento de incertidumbre al sistema.

C. Valoración jurídica de la normativa vigente respecto al caudal ecológico

1. El concepto, la finalidad y la determinación del caudal ecológico

Un primer punto a aclarar respecto al caudal ecológico es que, como señala EMBID (1994, p. 139), no se trata de un caudal natural. No es aquél ideal que pretende restablecerlo a aquél que hubiese existido sin intervención humana. Al contrario, se trata de un concepto eminentemente técnico (con esa tecnicidad que escapa a la esfera del Derecho) que se resuelve como una intervención por parte del Estado para asegurar un volumen (artificial, por cierto) que permita una conservación del medio ambiente al interior del recurso hídrico.

Una conceptualización general del caudal ecológico es expresada por CARO- PATÓN (2007, p. 307), al indicar que se trata de una “*técnica mediante la que se persigue el mantenimiento de una corriente circulante mínima en los ríos*”. A nuestro juicio, la extensión de tal concepto debe ser complementada con las razones que han impulsado el uso de la técnica, que, hemos visto al menos en el contexto del Derecho chileno, necesariamente nos reconduce al ámbito de la protección medioambiental. En otras palabras, que el ordenamiento jurídico vigente consagre el caudal ecológico nos obliga a buscar un sustrato en su finalidad. Y ella ha quedado de manifiesto en el texto del artículo 129 bis 1 CA al identificar el objetivo a seguir por la Administración en la determinación de dicho caudal, referido a velar por “*la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente*”.

El caudal ecológico se trata, en resumen, de la técnica de intervención utilizada por la Administración para la determinación de un máximo de caudal a ser puesto a disposición de los particulares para el aprovechamiento (extractivo) de las aguas, dejando el remanente en el propio caudal a fin de velar por la preservación medioambiental.

Pero cabe advertir, como lo ha hecho la Dirección General de Aguas en la Minuta Técnica No. 173, de 8 de septiembre de 2009, que sus

atribuciones relativas al caudal ecológico deben leerse separadamente de las potestades a ellas conferidas en la Ley No. 19.300, de Bases del Medioambiente, de 9 de marzo de 1994. En este segundo caso, las atribuciones de dicha entidad administrativa se refieren a los proyectos que, conforme al artículo 10 de dicha ley, deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de modo que su atribución se referirá al análisis del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, que se “*efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies en peligro de extinción, vulnerables, raras, o insuficientemente conocidas*” (artículo 41). En este sentido, corresponde a la Dirección General de Aguas exigir “*la presentación y cumplimiento de planes de manejo. Los planes de manejo incluirán, entre otras consideraciones ambientales: la mantención de caudales de aguas, mantención del valor paisajístico y la protección de especies en peligro de extinción, vulnerables o insuficientemente conocidos*” (artículo 42).

Las diferencias entre una y otra atribución resultan, en primer lugar, de su contexto. La referencia al caudal ecológico en el CA sólo faculta a la Administración para negar o limitar la concesión de nuevos derechos de aprovechamientos de aguas (artículo 129 bis 1 CA), mientras que las facultades concedidas en la Ley de Bases del Medioambiente tratan el punto desde la perspectiva de las medidas de mitigación que deben exigirse a un determinado proyecto a efectos de limitar sus efectos ambientales. En segundo lugar, la amplitud del criterio para fijar el caudal ecológico en cada caso diferirán en tanto la referencia en el CA sólo se condiciona a la “*preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente*” (artículo 129 bis 1 CA), mientras que su extensión en la Ley de Bases del Medioambiente contiene un:

“concepto más amplio que el del cálculo meramente hidráulico, y tiene por objeto el de mantener la biodiversidad tanto en el agua como en su medio ambiente asociado. Tal es así, que en el manual de Normas y Procedimientos para la Conservación y Protección de los Recursos Hídricos, se ha definido el caudal ecológico como: “Caudal mínimo que debe mantenerse en un curso fluvial, de tal manera que los efectos abióticos (disminución del perímetro mojado, profundidad, velocidad de corriente, incremento en la concentración de nutrientes y otros) producidos por la reducción de caudal, no alteren las condiciones ecológicas del cauce, que

limiten o impidan el desarrollo de los componentes bióticos del sistema (flora y fauna), como tampoco alterar la dinámica y las funciones del ecosistema, permitiendo así conservar la biodiversidad”²⁰².

Uno y otro modelo de intervención administrativa en las actividades productivas que requieren del recurso hídrico da lugar, en consecuencia, a dos marcos que pueden ser confluyentes en muchos aspectos, pero que se diferencian en prever, en palabras de EMBID (1994, pp. 110 y 111), un orden medioambiental interno (caudal ecológico) y externo (impacto ambiental) al recurso. La confluencia de la que hablamos se plasma en que el nivel de caudal evidentemente tiene un impacto en el ecosistema dependiente del mismo, por lo que siempre vale la pena hacer un esfuerzo de integración entre una y otra medida.

Finalmente, la determinación precisa del caudal ecológico de cada fuente superficial es uno de los puntos técnicos de mayor dificultad en la materia (CARO-PATÓN, 2007, p. 308). La doctrina económica ha dado cuenta de una pluralidad de procedimientos que, por supuesto, no fueron objeto de elección previa por parte del legislador. Como indicábamos al tiempo de dar cuenta de la historia prelegislativa de la reforma, revisábamos como este punto fue el principal dolor de cabeza para las Cámaras. La definición final del legislador pretendió un equilibrio entre la dificultad técnica y la discrecionalidad, dejando en manos de las autoridades administrativas la determinación precisa de cada caudal mínimo, aunque sujeto a ciertos parámetros y limitaciones legales²⁰³.

En pocas palabras, los parámetros establecidos por el legislador se refieren únicamente a la finalidad del caudal ecológico (la preservación medioambiental) y la diversidad hidrológica (las condiciones naturales pertinentes de cada fuente superficial). Respecto a los límites, la regla general es que el caudal reglamentariamente establecido no podrá ser

²⁰² Minuta Técnica No. 173, de 8 de septiembre de 2009.

²⁰³ Una explicación técnica de la fórmula de cálculo del caudal mínimo se encuentra en la Resolución DGA Exenta, No. 3.504 de 17 de diciembre de 2008, que contiene el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos.

superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial. Excepcionalmente podrá ser elevado por el Presidente de la República, vía decreto fundado, y contando con la aprobación del Ministerio del Medio Ambiente, aunque dicho aumento no podrá superar el cuarenta por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial. El legislador no ha previsto las razones por las cuales el Presidente de la República podría pretender elevar el señalado límite general, aunque puede argumentarse que sólo podría hacerlo cuando las condiciones particulares de alguna fuente superficial requieran elevar el caudal mínimo a fin de satisfacer la referida finalidad medioambiental.

2. *El quiebre del principio de neutralidad a favor del valor de existencia de las fuentes superficiales*

La incorporación de la normativa respecto a la protección del denominado “caudal ecológico” no es una novedad en el Derecho comparado. Algún antecedente puede encontrarse en el Derecho español, que expresó en su momento igual intención protectora del medioambiente en la Ley de Aguas, aunque en el contexto de la planificación integral de manejo de las cuencas²⁰⁴. El artículo 26.1 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional (en adelante, “**Ley del PHN**”) ha conceptualizado los caudales ecológicos como una “limitación previa a los flujos del sistema de explotación”. En ningún caso se refieren a un uso “(...)”, pues no hay un “sujeto” individualizado de ese uso y de persistir por ese camino se plantearía inevitablemente la cuestión de una posición específica en el orden de utilizaciones, lo que es contradictorio con la funcionalidad que debe cumplir el caudal ecológico” (EM BID, 2010, p. 60).

²⁰⁴ Así, la fijación de los caudales ecológicos en España, se encuentra inserta en la aprobación los planes hidrológicos de cuenca (artículo 59.7 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (“TRLA”), al artículo 18.1 del RPH aprobado por el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio y la Ley 11/2005, de 22 de junio que modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. La elaboración de la planificación hidrológica de cuenca le corresponde al organismo de cuenca representado por el Consejo del Agua de la Demarcación territorial que corresponda (artículo 23.1.a del TRLA, en correspondencia con el artículo 41.1 y 35.2 del mismo texto legal). La determinación de estos caudales será provisional, debido a que el medio por el cual quedan fijados definitivamente son los Planes Hidrológicos de Cuenca adaptados a la Directiva Marco de Aguas.

En el contexto del Derecho chileno, sin embargo, la cuestión parece abordarse de una manera bastante más limitada. Al respecto, obsérvese que el primer párrafo del artículo 129 bis 1 CA sólo permite a la Dirección General de Aguas limitar o rechazar la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento en tanto ellos puedan afectar el denominado “caudal ecológico mínimo”. Esta importante limitación se mantiene incluso en el caso excepcional en que, conforme al tercer párrafo del citado artículo 129 bis 1 CA, en casos calificados, y previo informe favorable del Ministerio del Medio Ambiente, el Presidente de la República haya fijado caudales ecológicos mínimos diferentes a los reglamentariamente previstos, sin atenerse a la limitación general establecida en el inciso anterior.

Ello implica que no se atribuye a la entidad regulatoria potestad alguna para caducar o limitar derechos existentes en razón de su afectación a dicho caudal, aun cuando pudiese sostenerse una nocividad de igual relevancia. En tal caso, no quedaría más remedio que seguir el procedimiento de expropiación contenido en la CPR, afectando los derechos de propiedad adquiridos sobre los derechos de aprovechamiento, sustentado en cuestiones de utilidad pública o de interés nacional (artículo 19, número 24 CPR). En consecuencia, las potestades de la Dirección General de Aguas, conferidas por parte de la Ley No. 20.017, sólo se refieren a un poder preventivo (y no reorganizativo) en la gestión del caudal de una fuente superficial, con la excepción del artículo 314 CA en tiempos de extrema sequía.

Esta cuestión responde, en general, a la formulación privatista del Derecho de Aguas chileno, especialmente en lo que se refiere a la gestión de los recursos hídricos. No hay cabida para que la Administración, aun sustentada en antecedentes medioambientales, pueda incidir, limitando los derechos ya concedidos sin mediar la técnica de la expropiación antes citada. El modelo, nuevamente, difiere de aquéllos que suponen una visión pública en el manejo de los recursos hídricos, como el sistema español, en el que se admite la revisión de las concesiones existentes para su adecuación a la planificación hidrológica (artículos 65 del TRLA y 26.3 de la Ley del PHN). Al respecto, algún debate inicial existió sobre el eventual

derecho del concesionario a obtener la correspondiente indemnización de perjuicios producidos con motivo de la revisión de la concesión (artículo 162 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico que desarrolla los títulos preliminar, I, IV, V, VI, VII y VIII del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio). Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia han avanzado hasta negar dicha posibilidad precisamente basadas en la visión publicista del Derecho de aguas español. Cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2005 (Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente Jesús Ernesto Peces Morate), que resolvió lo siguiente: *“Finalmente apuntar que en tanto no se trata de derechos adquiridos sino a ese nivel básico de cumplimiento de la Ley de Aguas de obligación preexistente, no cabe comparación posible con la expropiación forzosa de una propiedad privativa en aras del interés general sujeta al procedimiento e indemnización correspondiente, ya que nos encontramos con un bien de dominio público y un título concesional que debe ser compatible “ab initio” con la satisfacción del interés público general preexistente y prevalente.”*

Jurídicamente, podemos señalar que la incorporación del concepto del caudal ecológico en la legislación chilena, supone un quiebre en la neutralidad contenida en el espíritu del CA original a la que hiciéramos referencia en el Capítulo anterior. La Dirección General de Aguas podrá impedir la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento, aun cuando se cumplan los demás requerimientos legales (artículo 141 CA), cuando, en virtud de dicha concesión, se sobrepase el límite establecido a efectos de proteger el medioambiente. Ello implica que, reglamentariamente, se concede al “valor ecológico del recurso”, valor que se encuentra fuera del mercado, una magnitud adicional al valor de uso (extractivo) y al valor de opción, ambos dentro del mercado, aunque cuantificado por el límite fijado por la Dirección General de Aguas (sujeto al veinte o al cuarenta por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial, según sea el caso).

Este “valor ecológico del recurso” tiene tres manifestaciones, las cuales comparten la característica de encontrarse excluidas de la lógica del mercado. La primera de ellas consiste en el valor de existencia del agua como tal, y que se traduce en aquel valor que el legislador podría otorgarle

a la presencia y preservación del recurso. La segunda de ellas se refiere al valor de existencia relativo a las especies que existen en el agua, y al cual el legislador quisiera otorgar una especial protección. Por último, la tercera manifestación del valor ecológico se traduce en ciertos valores de uso y de opción, e incluso de cuasi-opción, que el legislador podría estar considerando relevantes hacer predominar, y que se refieren a ventajas que proporciona el agua sin mediar su extracción, tales como la pesca, el turismo, el paisaje, entre otros. Esta preferencia legislativa, veremos en el apartado siguiente, debe reconducirse a la idea de que dicho valor ecológico es tipificado, al tiempo que es también desterrado de la lógica del mercado y sujeto únicamente a la discreción administrativa (con las limitaciones legales que hemos anunciado).

Ahora bien, nuevamente desde el punto de vista jurídico, la consecuencia de que las aguas corrientes se vean expuestas a la limitación del caudal ecológico, necesariamente recalifica el valor ecológico a que hacíamos mención previamente. Sin perjuicio de lo anterior, el elemento teleológico de la publicación no se ve alterado por la inclusión de esta nueva medida. De este modo, habíamos señalado en el Capítulo anterior que, conforme al modelo inicial propiciado por el CA de 1981, la justificación de la publicación de las aguas corrientes se encuentra, por una parte, en el respeto de su polifuncionalidad, y, por otra, aunque ya centrado en las actividades extractivas, en su sujeción a la lógica distributiva del mercado. Pero, conforme a dicho modelo original, el único mecanismo que se otorgaba a la preservación del valor ecológico del caudal (en esencia, no extractivo) residía en que la parte interesada recurriese al mercado a efectos de adquirir derechos de aprovechamiento, sin luego utilizarlos. En pocas palabras, quien confiriese un mayor valor relativo al valor ecológico de las aguas, debía solicitar o adquirir derechos de aprovechamientos suficientes como para evitar la sobreexplotación del recurso. El problema de recurrir al mercado con este propósito lo explicábamos en el acápite

anterior relativo a la valoración económica del caudal ecológico.

A nuestro juicio, la introducción de la normativa del caudal ecológico por parte de la Ley No. 20.017 no modifica el elemento teleológico, sino que reordena a los participantes en el estanco que les corresponde. De esta manera, el “uso” de las aguas inserto en el valor ecológico se “recalifica” como una ventaja que resulta de la no extracción de las aguas y, en consecuencia, no se le somete a la lógica del mercado, que únicamente ha justificado la publicación del recurso para las actividades extractivas. Cosa diferente es, como hemos señalado, que la distancia entre el modelo original y el actual se encuentre en una intensificación del respeto a la polifuncionalidad de las aguas y un reconocimiento prioritario a su trascendencia ecológica. Aun cuando el legislador español (artículos 26.1 de la Ley del PHN y artículo 59.7 TRLA) haya conceptualizado el caudal ecológico a modo de un “no uso”, vale la pena tener presente la opinión disidente de SÁNCHEZ MORÓN (citado por ÁLVAREZ CARREÑO, 2007, p. 299), que creemos plenamente aplicable al ordenamiento jurídico chileno de aguas, en el sentido que, con el establecimiento de caudales mínimos, *“lo que se está contemplando es un nuevo uso, de naturaleza ecológica, de los recursos hídricos que excluye otros, por lo que debe situarse en el orden de preferencia de aprovechamientos que corresponde fijar a los planes de cuenca”*.

Ahora bien, la reconducción de dicho valor a la órbita de las actividades no extractivas implica que el “uso de los administrados” (que, conforme a los términos del artículo 589 CC, está siempre implícita en la técnica de la publicación) se traduce en el disfrute general y común de las ventajas (medioambientales) que supone la preservación del caudal ecológico mínimo. Y, luego, que se trata de un “uso” que debe sujetarse a la idea del acceso abierto (*open access*) a la que hicieramos referencia *supra* Parte I, Capítulo II. Ello implica que se trata de un bien en que los individuos no pueden ser excluidos en lo que respecta a su uso, sin perjuicio de que dicho recurso no quedará expuesto a la tragedia de los recursos comunes, en tanto la obtención de las ventajas resultantes del caudal ecológico jamás podrían llevar a su sobreexplotación.

En este punto, vale tomar distancias nuevamente con el modelo planteado por el ordenamiento español. Como señala EMBID (2010, p. 60), y refuerza CARO-PATÓN (2007, p. 312), en este contexto no tiene sentido la calificación del caudal ecológico simultáneamente “*como reserva y restricción general que no supone un uso*”. Ello en razón de que no habría coincidencia entre la reserva demanial (entendida como el espacio en que la propia Administración conserva la propiedad de un determinado bien público, utilizándolo directamente o por medio de terceros) y la restricción general, que no admite forma alguna de aprovechamiento. En el Derecho chileno, en cambio, no cabe la calificación de reserva demanial, por no tratarse de un concepto que puede ser incluido en la caracterización de los bienes nacionales de uso público. Ya hemos indicado que éstos suponen un espacio carente de elementos subjetivos, de posibilidad de dominio, de manera que no cabe asimilar la imposibilidad de conceder nuevos derechos de aprovechamiento de aguas a la incorporación del caudal ecológico al patrimonio de la Administración. Al contrario, las aguas que forman parte de dicho caudal ecológico se mantienen en la categoría general de los bienes nacionales de uso público, pero el uso de los administrados ya no se resuelve en términos extractivos.

En consecuencia, no hablamos de “aprovechamiento”, que en el Derecho chileno debe reconducirse a la idea de extracción, sino solamente a la posibilidad de que los administrados obtengan alguna ventaja del recurso. Ya en términos del caudal ecológico, dicha ventaja estará necesariamente relacionada con el valor ecológico que supone la conservación de un cierto flujo en la corriente de las fuentes superficiales, particularmente en lo que se refiere a la protección del medioambiente.

Un último aspecto que conviene mencionar en este sentido se refiere, nuevamente, a un quiebre en el principio de neutralidad. A partir de la reforma del año 2005, la intención del legislador de fijar ciertas prioridades en el uso de las aguas se intensifica en las épocas de sequía, de modo tal que incluso la valoración del caudal ecológico podrá resultar subordinada. A tales efectos, el artículo 314 CA admite que el Presidente de la República pueda, en épocas de “extraordinaria sequía”, declarar

zonas de escasez por períodos máximos de seis meses, no prorrogables. La calificación de la sequía como extraordinaria queda, en todo caso, sujeta a la calificación técnica de la Dirección General de Aguas, y permitirá al Presidente de la República adoptar medidas extraordinarias en las referidas zonas de escasez. En estos supuestos, la forma de distribuir las aguas disponibles quedará entregada al acuerdo de los usuarios, consenso de difícil obtención si se consideran los altos costes de transacción involucrados. Por ello, de no existir acuerdo, la ley concede a la Administración la facultad de efectuar dicha distribución, tomando como único parámetro la reducción al mínimo de los daños generales derivados de la sequía.

En lo que nos interesa, la declaración de la zona de escasez también otorga facultades adicionales a la Administración (nuevamente limitadas a un periodo de seis meses) para autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto, sin necesidad de seguir el procedimiento concesional y sin la limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1 CA. Esta definición de prioridades tiene sentido en cuanto el modelo propiciado por la reforma al CA ha supuesto algún mayor grado de intervención administrativa en la gestión de los recursos hídricos. Y calificamos esta intervención como menor, a lo menos a lo que respecta a este punto, por cuanto sus facultades estarán limitadas a la existencia de un periodo extraordinario de sequía y a la definición de una zona de escasez que amerite medidas extraordinarias. En este contexto, el Derecho chileno admitirá nuevamente el establecimiento de prioridades en la utilización extractiva del recurso, sea mediante la definición por parte de la Dirección General de Aguas de la forma de redistribución del caudal disponible (ante la ausencia de acuerdo entre los usuarios), sea mediante la aprobación extraordinaria de extracciones que no gocen de un verdadero derecho de aprovechamiento de aguas. Y, en este último caso, la remisión al artículo 129 bis 1 CA debe interpretarse como una postergación del valor ecológico del recurso ante las evidentes necesidades de la población (eminentemente, sanitarias).

Es en este sentido en el que debe leerse la regulación del caudal ecológico previsto en la reforma al CA. Es decir, como una profundización de la polifuncionalidad de las aguas que, reconociendo que el caudal

ecológico (como uso no extractivo de las aguas) se traduce en un valor ecológico, no puede quedar a merced del mercado. Pero lo hace a modo de técnica de intervención administrativa que no limita cualquier actividad extractiva, sino que cuantifica el caudal mínimo que debe conservarse en cada fuente superficial a efectos de velar por el resguardo del ecosistema que le es dependiente. Ahora bien, esta intervención de la Administración está supeditada a un interés medioambiental. En otras palabras, la finalidad de la regulación del caudal ecológico atiende a la necesidad de corregir un fallo de mercado, ya que, aplicando lo indicado por KRUTILLA (1967, pp. 781-782), al entregar al mercado la reasignación de un cierto “valor ecológico”, se dan las consecuencias que atañen a los bienes públicos. El legislador ha intervenido con miras a la eficiencia subsanando las mencionadas externalidades negativas.

§2. *Reformas para promover la intervención administrativa en la asignación y reasignación de los derechos de aprovechamiento de aguas: la memoria explicativa y la patente por no uso de las aguas*

A. *La memoria explicativa*

1. *Antecedentes prelegislativos*

Respecto a la primera de las preocupaciones, el Mensaje original proponía “*establecer límites razonables a la concesión de los derechos de aprovechamiento, límites que, en definitiva, se traducen en la justificación de la necesidad del agua solicitada y en su utilización*”²⁰⁵. Y, ya respecto a los derechos ya constituidos, el proyecto originario contemplaba la inclusión en el CA de un nuevo artículo que disponía lo siguiente: “*Artículo 26 bis.- El derecho de aprovechamiento se extinguirá si el agua no se utiliza en el plazo de cinco*

²⁰⁵ El Proyecto de Ley de 1992 pretendía modificar el artículo 140 relativo a la solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento obligando al peticionario, entre otras cosas, justificar la necesidad del agua solicitada, y a indicar el plazo dentro del cual iniciaría el uso de las aguas sobre las que recaería su derecho, plazo que no sería superior a cinco años contados desde la fecha de la resolución de concesión, a menos que la utilización de las aguas requiriera la ejecución de obras o proyectos que, para su desarrollo, exigieran un plazo mayor, caso en el cual debían acompañarse los antecedentes que lo justificasen.

años o en el que se haya establecido en la concesión. // La extinción será declarada por el Director General de Aguas, mediante resolución fundada, a solicitud de cualquiera que tenga interés en ello.". Dicha disposición era muy similar a la contenida en el texto del artículo 280 del Código de Aguas de 1951 y a la contenida en el artículo 30 del Decreto Ley No. 162 de 1969²⁰⁶.

Ya en el Mensaje presidencial de 1992 se revelaba que la intervención administrativa que se pretendía llevar a cabo, obedecía a la necesidad de limitar al mercado y de restablecer a la Administración en su papel de planificadora de los destinados de los recursos hídricos.

El proyecto contenido en el mensaje de 1992 fue objeto de una indicación sustitutiva presentada por el nuevo Presidente, Eduardo Frei Ruiz-Tagle, el 4 de julio del año 1996. Sin embargo, esta indicación mantiene la idea matriz que inspiró la proposición de modificar el régimen jurídico de las aguas contenido en la legislación de 1981, es decir, establecer límites razonables a la concesión de los derechos de aprovechamiento de aguas y promover la efectiva utilización del recurso. Lo que cambia es la forma de conseguir dichos objetivos.

Respecto a la limitación en la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento, la propuesta se fundamentaba en la necesidad de que la correspondiente solicitud fuese acompañada de una memoria explicativa por medio de la cual el solicitante expresara las razones que le motivasen a efectuar el requerimiento. Pero la importancia de dichos antecedentes a ser presentados en la memoria explicativa no se resuelve sólo a modo de un nuevo coste impuesto al solicitante, sino que se configuraban a modo de otorgar facultades bastante discrecionales a la Administración para denegar o limitar la correspondiente solicitud.

De este modo, el texto inicial del proyecto concedía a la Dirección General de Aguas, mediante resolución fundada, la facultad de denegar o

²⁰⁶ El Artículo 30, letra a), del Decreto Ley N° 162 de 1969 disponía que: "*La Dirección General de Aguas podrá declarar caducados en todo o en parte los derechos de aprovechamiento, cualquiera que haya sido su origen, en los siguientes casos: a) Si no se utilizaren las aguas durante dos años consecutivos o si cesare la utilización para la cual se concedió el derecho de aprovechamiento...*"

limitar las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas en los siguientes casos: (i) si no se hubiere justificado la cantidad de agua que se necesita extraer; (ii) si se comprometiere gravemente el manejo y desarrollo del recurso de la respectiva cuenca u hoya hidrográfica, y (iii) en aquellos casos en que por razones de utilidad pública fuere necesario destinar el recurso a fines distintos del solicitado.

Además de las causales generales de no cumplir con los requisitos legales y reglamentarios propios de toda solicitud o la falta de disponibilidad del recurso, la amplitud de las nuevas causales da cuenta de las mayores facultades que querían concederse a la Administración a objeto de moderar el principio de neutralidad al que hacíamos referencia en el Capítulo anterior. Ya no sería indistinta la finalidad para la cual las aguas fuesen solicitadas, sino que estas serían comparadas con el criterio previamente establecido por el legislador para limitar o impedir la constitución del nuevo derecho de aprovechamiento.

Estas nuevas facultades fueron inicialmente aceptadas desde la idea de que no establecían criterios arbitrarios, sino discrecionales, para que la Dirección General de Aguas vigilara la racionalidad en la utilización de los recursos hídricos (para lo que debe revisarse la discusión en sala de la Cámara de Diputados, de fecha 7 de mayo de 1997). Lo que se deseaba, en definitiva, era evitar la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento ante la evidencia técnica de que tales derechos no serían utilizados para los fines previstos en la propia solicitud. Esta evidencia técnica supuso el perfeccionamiento de la propuesta normativa original en términos de crear una reglamentación específica que otorgara criterios comparativos por actividad y zona geográfica.

No obstante lo anterior, la discrecionalidad concedida a la Administración fue redefinida, eliminando las referencias originales al interés nacional y al manejo de las cuencas hidrográficas. De este modo, en el marco de la Comisión de Obras Públicas del Senado (10 de marzo de 2004), sólo se facultó a la Dirección General de Aguas para “*mediante resolución fundada, limitar las solicitudes de derechos de aprovechamiento, en el caso que no se hubiera justificado la cantidad de agua que se necesita extraer*

atendidos los fines invocados por el peticionario, para lo cual deberá considerar las prácticas habituales en el país en materia de aprovechamiento de aguas". A partir de entonces, sólo se admite como causal de denegación de una solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas, la necesidad de reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua. Y tratándose de solicitudes que recaen sobre derechos de aprovechamiento de carácter no consuntivo, por circunstancias excepcionales y de interés general. En estos casos, el Presidente de la República, mediante decreto fundado, con informe de la Dirección General de Aguas, podrá disponer la denegación total o parcial de una petición de derecho de aprovechamiento.

Lo que sí vale la pena considerar es que en la discusión parlamentaria se dejó expresa constancia de que la información contenida en la memoria explicativa sólo tendría por objeto incidir en las características del derecho una vez constituido. En otras palabras, los términos del proyecto inicial no serían vinculantes para futuros adquirentes del correspondiente derecho de aprovechamiento, de manera de no alterar su carácter abstracto. Al contrario, sólo tendría sentido para morigerar la adquisición originaria de tales derechos por medio del respectivo procedimiento concesional.

Sólo reparamos en que, si bien los motivos declarados por el legislador a lo largo de la discusión parlamentaria se mantuvieron, el resultado final, que se plasmó en los artículos 140 No. 6 y 147 bis incisos segundo y tercero no cumplen con el objetivo de asignar centralizadamente el recurso. Hoy por hoy, y atendidas las circunstancias a que hicimos mención en los párrafos anteriores, la efectiva aplicación de la norma es muy limitada y creemos que el objetivo buscado no ha sido satisfecho. Pasamos así, a revisar la normativa vigente de la memoria explicativa y los efectos, tanto económicos como jurídicos, que trajo su incorporación en la normativa legal de aguas en vigor.

2. *Análisis económico y jurídico de la memoria explicativa: ruptura del principio de neutralidad*

Un análisis de la norma desde los resultados obtenidos en el Capítulo anterior, necesariamente nos conduce a poner nuevamente de manifiesto una ruptura del principio de neutralidad. El legislador ya no desea que los particulares puedan obtener, gratuitamente, derechos que supuestamente no utilizará. No le interesa el modelo inicialmente propuesto por COASE, en el sentido de que la asignación inicial es indistinta si el derecho puede ser objeto de intercambio ante la ausencia de costes de transacción relevantes. Desea, al contrario, intervenir en dicha asignación originaria a efectos de prevenir que los particulares hagan prevalecer el valor de opción del recurso. Bien podría haberse pensado que al legislador le pudo haber resultado igualmente indistinto este aspecto en tanto, veremos, el valor de opción quedará gravado por la patente por no uso de las aguas. Pero no es así, la finalidad del tributo no es sólo la creación de una nueva fuente de ingresos para el Fisco, sino que se asume como una herramienta que genera el incentivo de desprenderse de los derechos que no están siendo efectivamente utilizados. Y si esta es la finalidad, bien vale la pena asociarla a la facultad preventiva de la Administración de evitar que ello ocurra en la misma génesis del derecho de aprovechamiento.

Lo que la norma no impide es que el particular acuda al mercado para adquirir derechos de aprovechamiento en exceso al parámetro fijado por la Administración. En esto, la Dirección General de Aguas no puede incidir porque no tiene herramientas para impedir dicho intercambio, ni siquiera si existe una certeza técnica de que los derechos no serán efectivamente utilizados. En este sentido, sólo la patente por no uso de las aguas, y no la memoria explicativa, podría incidir en la decisión de quien desee hacer prevalecer, ineficientemente, el valor de opción o el de cuasi-opción individual. La norma en estudio, en consecuencia, únicamente evita la adquisición gratuita del derecho que se piensa no será convenientemente explotado. Sin embargo, lo que realmente debió prever la norma, era si con ello se eliminaba (o no) una ineficiencia que pesaba sobre el mercado de las aguas.

En términos de análisis jurídico, lo anterior se plasma en que, conforme al tenor del nuevo artículo 140 CA, ahora los solicitantes de derechos de aprovechamientos de agua, a fin de iniciar el procedimiento concesional, deberán acompañar “*una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará*”. El legislador ha tenido la precaución de facilitar la tarea por medio de instruir a la Dirección General de Aguas de la necesidad de poner a disposición de los particulares los correspondientes formularios que contengan los antecedentes necesarios para estos efectos, pero aclarando, al mismo tiempo, que dicha memoria siempre se presentará bajo el formato de una declaración jurada.

Se exime de la obligación de adjuntar de dicha memoria a quienes presenten solicitudes por volúmenes iguales o inferiores a las cantidades indicadas en los incisos finales de los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5 CA, normas que hacen referencia a los eximentes del pago de la patente por no uso de las aguas²⁰⁷. Asociando dichas normas resulta que los peticionarios de niveles menores de aguas no se estiman como potenciales peligros en la mala utilización de las aguas, como posibles especuladores. Así también, supone una forma de alivio de la carga administrativa e impositiva de los usuarios menores de los recursos hídricos.

Lo relevante sobre el punto es que la memoria explicativa no tiene una finalidad meramente explicativa o estadística. Al contrario, se utiliza como un medio para que la Administración pueda supervigilar la “correcta” asignación originaria de los derechos de aprovechamiento. A estos efectos, el artículo 147 bis CA agrega que la Dirección General de

²⁰⁷ El artículo 129 bis 4 CA dispone que “*Estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes medios por unidad de tiempo, expresados en el acto de constitución original, sean inferiores a 100 litros por segundo, en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y a 500 litros por segundo en el resto de las Regiones*”.

Por su parte, el inciso final del artículo 129 bis 5 CA agrega que “*Estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes medios por unidad de tiempo, expresados en el acto de constitución original, sean inferiores a 10 litros por segundo, en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y a 50 litros por segundo en el resto de las Regiones*”.

Aguas puede, “*mediante resolución fundada, limitar el caudal de una solicitud de derechos de aprovechamiento, si manifiestamente no hubiera equivalencia entre la cantidad de agua que se necesita extraer, atendidos los fines invocados por el peticionario en la memoria explicativa señalada en el N° 6 del artículo 140 de este Código, y los caudales señalados en una tabla de equivalencias entre caudales de agua y usos, que refleje las prácticas habituales en el país en materia de aprovechamiento de aguas. Dicha tabla será fijada mediante decreto supremo firmado por los Ministros de Obras Públicas, Minería, Agricultura y Economía*”.

La redacción de la norma pretende evitar arbitrariedad en la Administración, reemplazándola por un parámetro supuestamente objetivo que, sin embargo, sigue sujeto a un análisis comparativo con las prácticas habituales en el país en materia de aprovechamiento de aguas. Pero obsérvese que igualmente se otorga a la Dirección General de Aguas una cierta amplitud en el ejercicio de su discrecionalidad, dado que la redacción de la norma (el hecho de que “*podrá limitar el caudal*”) no se encuentra constreñido por los datos que arroje la tabla fijada mediante decreto supremo.

El primer problema resulta en que el parámetro utilizado puede ser escasamente técnico y parece referirse a lo que ha sido históricamente usual en Chile en relación al uso de las aguas. Una fórmula que parece curiosa si, atendidos los antecedentes prelegislativos, lo que se quiere atacar es precisamente la práctica habitual de solicitar derechos en exceso a las reales necesidades de la actividad. Y más llamativa aún si se piensa en la diferencia que la misma disposición plantea, en su inciso final, respecto a las solicitudes de derechos de aprovechamiento a ser ejercidos en acuíferos²⁰⁸.

²⁰⁸ El inciso final del artículo 147 bis dispone que “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 22, 65, 66, 67, 129 bis 1 y 141 inciso final, procederá la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas, siempre que la explotación del respectivo acuífero sea la apropiada para su conservación y protección en el largo plazo, considerando los antecedentes técnicos de recarga y descarga, así como las condiciones de uso existentes y previsibles, todos los cuales deberán ser de conocimiento público*”.

Un segundo problema es que dichas prácticas quedan congeladas por medio de la técnica reglamentaria, que adicionalmente supone la coparticipación de los Ministerios que (idealmente) cuentan con mayores antecedentes para la creación de dicha tabla. Pero la norma no cuenta con la existencia de supuestos en los que no hay una práctica anterior, ni tampoco de aquéllos que revisten de una cierta particularidad que amerita una mayor cuantía de derechos de aprovechamiento.

Por medio del Decreto Supremo No. 743, de 2005, se fijó la “Tabla de Equivalencias” entre caudales de agua y usos que refleja las prácticas habituales en el país en materia de aprovechamiento. Teniendo en cuenta que, por más de 20 años, la Dirección General de Aguas no había condicionado el otorgamiento de los derechos a un determinado uso ni había registrado la evolución de los mismos, esta tabla no sólo petrificó el otorgamiento de derechos a medidas de equivalencia arcaicas, estableciendo límites que no obedecen a aplicación de las nuevas tecnologías, sino que no contempla una infinidad de usos actuales a los cuales se destinan las aguas. El resultado, por consiguiente, es una tabla totalmente anacrónica, además de innecesaria en muchos supuestos.

A mayor abundamiento, las facultades de la Administración en el procedimiento concesional no se limitan al momento del nacimiento del derecho. El mismo artículo 147 bis CA agrega que *“Asimismo, cuando sea necesario reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua, o bien, tratándose de solicitudes de derechos no consuntivos y por circunstancias excepcionales y de interés nacional, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, con informe de la Dirección General de Aguas, disponer la denegación parcial de una petición de derecho de aprovechamiento”*.

La norma da cuenta de dos supuestos diferentes:

- (i) *primero*, cuando sea necesario reservar el recurso para el abastecimiento de la población. Este supuesto requiere adicionalmente de que no existan otros medios para la obtención del agua, materia que quedan sujeta al análisis de la Dirección General de Aguas.

- (ii) *segundo*, sólo referido a los derechos no consuntivos, cuando existan circunstancias excepcionales y de interés nacional que ameriten una denegación parcial de una petición del derecho.

El quiebre de la neutralidad pasa a ser identificado en ambos supuestos, ya no en la confrontación entre valor de uso y valor de opción, sino entre dos usos igualmente legítimos del recurso hídrico. Y, en esta lucha, la Administración interviene aun cuando uno de los valores de uso no esté sustentado por una petición contradictoria, que daría lugar a un procedimiento de remate de conformidad al artículo 142 CA. No parece necesario, en tanto se entiende que es labor de la Administración velar por los intereses generales de la nación, intereses que por cierto incluyen sus necesidades de abastecimiento si ellas no pueden ser satisfechas de otro modo.

Respecto a los dos supuestos de que da cuenta el citado artículo 147 bis CA, no parece haber una racionalidad jurídica en otorgar estas facultades al Presidente de la República sólo respecto a los derechos no consuntivos, dado que, una vez creada la excepción, no parece haber argumentos que impidan ejercer igual potestad ante supuestos que puedan incidir en el interés nacional. Adicionalmente, puede parecer sospechoso que esta facultad sea ejercida *ex post*, cuando el derecho ya ha sido solicitado, casi dando cuenta de que la circunstancia excepcional y el interés nacional ha surgido precisamente de la solicitud de esta clase de derechos.

Sin embargo, recuérdese que estas facultades nuevamente se refieren sólo a la posibilidad de la Administración de incidir en la asignación originaria de los derechos, y en ningún caso pueden llevar a la limitación o caducidad de los derechos ya constituidos. En supuestos de interés general, únicamente queda por seguir el procedimiento expropiatorio consagrado en el artículo 19, número 24 CPR. Y ello supone el pago de una compensación a favor del concesionario que resulta expropiado.

Explicadas ya las nuevas normas incorporadas en el CA por medio de la Ley No. 20.017, resta por determinar si ellas han incidido de alguna manera en la finalidad de la publicación de las aguas. El resultado no será igual al que hemos arribado al tratar del caudal ecológico, porque ya no estamos en el campo de las actividades no extractivas. Al contrario, estamos frente a supuestos de quienes pretenden obtener un derecho de extracción, anticipándose por parte de la Administración que ellos serán mal utilizados, o que se encuentran en una escala inferior de prioridad ante el interés general que impide constituirlos tal como fueron solicitados.

Sin embargo, las facultades adicionales otorgadas a la Administración, al menos en este respecto, no inciden en la configuración de los derechos de aprovechamiento de aguas una vez constituidos. Estos siguen siendo abstractos, autónomos, exclusivos, permanentes, definidos en razón a su cuantía, ejercitativos y de contenido patrimonial, que son los aspectos que habíamos enunciado en el Capítulo anterior como conducentes a la revelación del interés del legislador de dejar en manos del mercado la eficiente asignación de los derechos. El mercado, en otras palabras, no se ve alterado por estas reglas, e incluso podría decirse que incentivado (si no tomamos aún en cuenta las reglas de la “patente por no uso”, que estudiaremos a continuación) en tanto sólo suponen una restricción a la adquisición originaria del derecho de extracción.

Pero si bien la reasignación sigue siendo entregada íntegramente en manos del mercado, no podemos ser ciegos en torno a la idea de que la asignación (original) queda limitada por la intervención administrativa. Sea por el hecho de privilegiar el uso efectivo del recurso, sea por considerar ciertas circunstancias meritorias de mayor protección, la ruptura del principio de neutralidad tiene la virtud de añadir un elemento adicional a la finalidad de la publicación de las aguas. Ya no basta con el respeto a la polifuncionalidad y la asignación eficiente de los derechos extractivos, sino que será necesario matizar el elemento teleológico con el interés incuestionable de la Administración de intervenir en la distribución de los derechos de aprovechamiento. Y este era un punto que había sido conscientemente omitido por el modelo propuesto por el CA en su formulación primigenia, sobre todo a la vista de los modelos normativos anteriores, pero que resurge en la Ley No. 20.017 a modo de cautelar los

parámetros administrativamente determinados para privilegiar el valor de uso, y, aún más, ciertos valores de uso por sobre otros.

B. La patente por no utilización de las aguas.

1. Antecedentes prelegislativos

Respecto a las reglas que pretendían incentivar la efectiva utilización de las aguas, la indicación sustitutiva de 1996 eliminó la sanción de caducidad de los derechos de aprovechamiento por su no uso, reemplazándola por la imposición del pago de una patente²⁰⁹. Con quince años de vigencia del CA de 1981, la mayor preocupación de la Administración se traducía en la inexistencia de un coste de conservación para los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas, lo que, a su juicio, incentivaba la especulación y el mal uso del recurso. Ello, tomando en consideración además la perpetuidad de los derechos de aprovechamiento de aguas, que no permitían su cancelación por el simple hecho de no estar siendo utilizados. La solución a esta problemática se atisba en la confección de un mecanismo de pago de una patente que afectaría a todos aquellos titulares de derechos de aprovechamiento cuyas aguas no estuviesen siendo utilizadas en todo o en parte.

La Comisión Especializada que trataría de la reforma del CA, y que ya se había avocado a esta tarea desde 1992, se hizo asesorar por una serie de autoridades de la época. Un invitado a dicha Comisión fue el aquél entonces Ministro de Obras Públicas, Ricardo Lagos Escobar. A juicio del Ministro, la idea de un mercado fluido para la asignación eficiente de las aguas no se había concretado debido a que el título que se transaba estaba constituido por un derecho de propiedad que no imponía ninguna carga a su titular para su conservación. Ello había dado como resultado un desincentivo en el uso del recurso y la especulación con los derechos de aprovechamiento de aguas. Con la introducción de la patente por no utilización de las aguas se corregiría dicha situación, ya que se crearía un incentivo para utilizar las aguas ya concedidas, a la vez que sólo se

²⁰⁹ Como veremos, el término “patente” está empleado en la legislación chilena como una forma de tributo.

solicitarían a la Administración las cantidades necesarias de agua para su utilización.

Asimismo, otro invitado por la Comisión Especializada fue el Director General de Aguas de la época, Humberto Peña, quien señaló que el mercado debía continuar siendo el mecanismo reasignador de los derechos. La patente sólo tendría por objetivo desincentivar el no uso de las aguas, sin que ello implicara una dificultad para el desarrollo de los estudios y de los proyectos que en el futuro utilizarían las aguas. De este modo, el diseño del sistema se basaba en un modelo de progresión en el tiempo que no entorpecería los estudios previos al desarrollo de los proyectos, ya que no sería excesivamente onerosa. Sólo a contar de los diez años de tenencia del derecho sin uso, la patente sería lo suficientemente costosa como para impedir el uso por parte de terceros interesados. Asimismo, se contemplaba la posibilidad de imputar los pagos realizados por concepto de patente, para efectos de descontarlos del pago de otros impuestos.

A las personas escuchadas por la Comisión, se sumaron dos informes realizados por la Dirección General de Aguas²¹⁰ que demostraban que, a la época, los derechos de aprovechamiento de carácter no consuntivo eran utilizados en generación hidroeléctrica o en acuicultura. Sin embargo, los relativos al uso acuícola, aunque muy numerosos, representaban un caudal comparativamente insignificante en relación a los derechos destinados al uso hidroeléctrico, por lo que se simplificó el problema, asumiendo que todos los derechos no consuntivos se utilizaban en la producción de energía eléctrica. Las conclusiones a que llegó la Dirección General de Aguas fueron bastante categóricas, ya que indicaban que sólo un 13,2% de los derechos de aprovechamiento no consuntivos estaban siendo efectivamente ejercidos. El 43,0% de los recursos hídricos

²¹⁰ La Dirección General de Aguas presentó un informe y un comentario durante el Primer Trámite Constitucional. De ello queda testimonio en el Informe de la Comisión Especial sobre Régimen Jurídico de las Aguas presentado a la Cámara de Diputados con fecha 18 de marzo de 1997. El informe previamente señalado, se refería a la situación de los derechos de aprovechamiento no consuntivos; y, el comentario, contestaba ciertas observaciones que se le habían formulado a las indicaciones propuestas al proyecto de modificaciones al Código de Aguas.

utilizables estaban asignados. El caudal total solicitado más el constituido, a la época, equivalía a utilizar 4,1 veces el caudal de interés económico total²¹¹.

Creemos que estas cifras no necesariamente reflejaban la realidad nacional. El primitivo artículo 122 CA establecía la obligación de la Dirección General de Aguas de llevar un Catastro Público en el que constará toda la información relativa a las aguas. Sin embargo, el inciso segundo de la referida disposición encargaba la determinación del contenido de dicho catastro, a un reglamento. Con fecha 30 de diciembre de 1997, el Presidente de la República promulga el Decreto Supremo No. 1.220 del Ministerio de Obras Públicas que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas. Por más de 17 años, la disposición legal contenida en el artículo 122 del CA sólo constituyó letra muerta, lo que implicó que la Administración por mucho tiempo desconoció la cantidad, titularidad, los gravámenes, entre otros, de los derechos otorgados. Del mismo modo, tampoco tuvo conocimiento de los usos susceptibles de regularización de conformidad a las disposiciones transitorias del CA. Fue el propio Director General de Aguas quien, refiriéndose a las regularizaciones del artículo 2º Transitorio del CA, sostuvo que “(...) el sistema no está reglado en un solo catastro de aguas. Cuando es el juez quien otorga el derecho, se inscribe en el Conservador de Bienes Raíces, pero la información no llega a la DGA”²¹². En definitiva, y para aprobar las solicitudes que cumplieran con los requisitos legales, algunas Direcciones Regionales de Aguas contaban con ciertos registros, los cuales eran llevados *motu proprio* por cada una de las divisiones, sin obligación de aportar la información al organismo central. De este modo, los datos aportados en los informes de la Dirección General de Aguas daban cuenta

²¹¹ Los derechos solicitados en trámite incluían un número significativo de duplicidades, lo cual haría inviable en algunos casos la constitución de esos derechos y en otros se debería llamar a remate entre varias solicitudes que concurrían a las mismas aguas, de acuerdo a lo establecido por el CA. Además, algunas solicitudes correspondían a recursos de carácter marginal, con reducida viabilidad técnico-económica. Por ello, el caudal solicitado superaba ampliamente el máximo utilizable estimado por la Dirección General de Aguas.

²¹² Declaraciones de Humberto Peña, Director General de Aguas de la época en el Informe de la Comisión Especial sobre Régimen Jurídico de las Aguas presentado a la Cámara de Diputados con fecha 18 de marzo de 1997.

de unas conclusiones más bien imperfectas del estado de la asignación de los recursos hídricos a nivel nacional.

En un comentario presentado por la Dirección General de Aguas a la Comisión Especializada²¹³, ésta se pronunció acerca de la viabilidad de aplicar la patente por no uso de las aguas tanto a los derechos de aprovechamiento no consuntivos como a los consuntivos. A este respecto señalaba que no había razón para eximir del pago de patente a los derechos de aprovechamiento de carácter consuntivo ya que quienes pagaban un impuesto territorial más elevado por la tenencia de tierras regables no se verían obligados a pagar patente si efectivamente usaban el agua a la cual tenían derecho. Ahora bien, en el supuesto de que no utilizaren las aguas en el riego, estarían sujetos a la obligación de pagar la patente, pero sus predios no estarían obligados al pago de contribuciones correspondientes a suelos regados.

Ahora bien, de la lectura de la tramitación legislativa del proyecto de modificación del CA, en especial en lo atinente a la patente por no utilización del recurso, queda demostrado que la aplicación de las normas estaba esencialmente dirigida a los titulares de derechos de aprovechamiento de carácter no consuntivo, es decir, a las empresas de generación hidroeléctrica²¹⁴. Así, en un comienzo, y como se desprende del

²¹³ Comentario de la Dirección General de Aguas, relativo a las diversas observaciones que se habían formulado a las indicaciones propuestas al proyecto de modificaciones al Código de Aguas, y que se insertó en el Informe de la Comisión Especial sobre Régimen Jurídico de las Aguas dirigido a la Cámara de Diputados con fecha 18 de marzo de 1997.

²¹⁴ A juicio del Director General de Aguas de la época, Humberto Peña "(...) una importante empresa eléctrica dispone de más de 6 mil metros cúbicos por segundo. Actualmente, utiliza mil quinientos metros cúbicos para producir electricidad. Sin embargo, ha solicitado derechos de aguas por una cantidad de más del doble -7 mil metros cúbicos por segundo-. (...) Chile tiene en total 25 mil metros cúbicos por segundo; la empresa tiene solicitadas en el Ministerio una cantidad de 25 mil metros cúbicos; es decir, toda el agua de Chile. Otorgarlos implica vulnerar los principios de competencia y, en consecuencia, se denegaron los derechos. (...) Con el sistema actual, no existe posibilidad alguna de regular de manera efectiva la utilización de las aguas en el país, dado que no implica costo alguno tener un derecho de propiedad sobre las aguas. Endesa había solicitado los derechos de aguas para establecer una central hidroeléctrica en el río Baker en la comuna de Tortel. Si se concedían esos derechos, en la desembocadura del río, éste

Mensaje de 1992, la motivación que subyace a la modificación, en este aspecto, era sancionar por medio de la caducidad a los tenedores de derechos no consuntivos ociosos. Esta sanción no vio la luz y, ya en el Primer Trámite Constitucional, la figura fue reemplazada por la citada patente. A su vez, la intención de dirigirla a los tenedores de derechos de aprovechamiento de carácter no consuntivo persistió, pero, como veremos y atendiendo a cuestiones de igualdad en la ley, se decide su aplicación a todos los titulares de derechos de aprovechamiento que los mantuvieron ociosos.

En vista de los antecedentes aportados y de las personas escuchadas, el Primer Informe de la Comisión Especial Legislativa encargada del estudio del régimen jurídico de las aguas se despachó a la Cámara de Diputados, con fecha 18 de marzo de 1997. El proyecto contenido en dicho informe disponía el establecimiento del pago de una patente por no uso de las aguas, distinguiendo entre derechos de aprovechamiento consuntivos y no consuntivos, permanentes y eventuales. A su vez, facultaba a la Dirección General de Aguas para la determinación de aquellos derechos que debían soportar el gravamen, por medio del establecimiento de presunciones de no utilización de las aguas, fijaba el procedimiento judicial de remate (subasta) de los derechos de aprovechamiento, que se abriría en caso del no pago de la patente y señalaba que el valor de las patentes no se consideraría como gasto para los efectos de la primera categoría de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Sin perjuicio de lo anterior, en el Primer Informe de la Comisión de Hacienda presentado al Senado de fecha 17 de octubre del año 2000, se da cuenta de ciertos aspectos controvertidos del proyecto de ley que modificaría el CA. A este respecto, se dan a conocer los motivos que llevarían a la implementación de una patente por la no utilización de las

quedaba congelado para los agricultores.” Como consta de estas opiniones vertidas en el Informe de la Comisión Especial sobre Régimen Jurídico de las Aguas presentado a la Cámara de Diputados con fecha 18 de marzo de 1997, la máxima autoridad administrativa en materia de derechos de aprovechamiento de aguas, dejaba entrever, de manera categórica, que quienes estaban en tela de juicio, por la no utilización del recurso, eran las empresas de generación hidroeléctrica.

aguas en vez del establecimiento de una tarifa por la tenencia de derechos de aprovechamiento de aguas.

La reticencia parlamentaria al establecimiento de una patente por no uso del agua, se traducía en un argumento económico: de cobrar por no utilizar un recurso, se incentivaría su uso ineficiente. Además, se tem a una supuesta discrecionalidad en la aplicación de la presunción de no uso que se había incorporado a esas alturas en el proyecto de ley. En algún momento se había planteado cobrar una tarifa por el solo hecho de ser titular de un derecho de agua, sin distinguir entre su uso o no uso. Esta proposición resultaba ser muy atractiva y compartida por el gobierno de la época en lo relativo al desarrollo futuro de los recursos hídricos, pero, a su vez, su introducción presentaba grandes dificultades, de las que destacamos las siguientes: (i) al afectar a la totalidad de los titulares de derechos de aprovechamiento, era esperable una reacción proveniente de todos los usuarios de los distintos sectores que utilizaban el recurso (agricultura, minería, hidroenergía, agua potable); (ii) se requeriría realizar una valorización económica del recurso a efectos de determinar el cobro y a la época, la información sobre los mercados del agua que reflejaban el precio del bien, era casi inexistente en gran parte del territorio. Además, existía una gran segregación del mercado del recurso que presentaba diferencias notables en el valor del agua en lugares ubicados geográficamente muy próximos; (iii) era necesario realizar cálculos previos para resolver la compatibilidad del cobro de la tarifa de los derechos de aprovechamiento con los sistemas tarifarios existentes en los sectores productivos que hacían uso del recurso (v. gr. hidroelectricidad y agua potable), como también separar en el avalúo fiscal de los bienes raíces, el valor de la tierra del valor del agua, cuestión que ya en el año 1979 no había sido posible de llevar a efecto (DFL No. 2603/79); y, por último, (iv) a la época no se disponía de un catastro exhaustivo de los titulares de derechos de aprovechamiento, teniendo en consideración que sólo una parte menor de los usuarios del agua tenía debidamente regularizados sus títulos (BAUER, 2004, pp. 95 y 96). A nuestro juicio, las mismas cuestiones que pudieron entorpecer la aplicación de la tarifa, afectaban la determinación de diversos elementos a tener en cuenta para la aplicación de la patente por no uso de las aguas. Entre dichas cuestiones destacan la separación del avalúo fiscal de los inmuebles y la determinación de los titulares susceptibles de pago, de los

derechos de aprovechamiento que no se estuviesen ejerciendo y del monto de la patente y de su época de pago.

Los inconvenientes descritos llevaron a la introducción de una patente por no utilización de las aguas en vez de la implementación de una tarifa. Por un lado, la patente se estimaba como la solución más sencilla y útil para corregir la distorsión, que a su juicio, habría introducido el CA de 1981 en la constitución de derechos de aprovechamiento, y que se materializaba en su acaparamiento y consecuente agotamiento del recurso hídrico. Además, pese a que el legislador nunca justificó dicho tributo en el solo afán de recaudar recursos para el Estado²¹⁵, creemos que esta conclusión debe ser matizada atendida la precaria información de que disponía el legislador al tiempo de su creación.

Por otro lado, el establecimiento de una tarifa del agua se apreciaba como una medida a largo plazo, cuya finalidad, derivada de la determinación del valor del agua, sería mejorar la eficiencia en el uso del recurso.

La narración de los antecedentes legislativos que dieron origen a la redacción final de la norma no es meramente anecdótica. Lo que pretendemos argumentar es que la evolución en los trece años de discusión parlamentaria dio origen a una norma absolutamente distinta de lo planteado originalmente. El objetivo de la incorporación de la patente era evitar el agotamiento del recurso y el acaparamiento de derechos de aprovechamiento. Al comienzo, se estimó que ello se evitaba haciendo “caducar” aquellos derechos que no estuviesen siendo utilizados al cabo de cinco años. Esta medida se había importado del sistema anglosajón de caducidad por no uso (*use it or lose it*), aunque representativa de la “supuesta postura anti-mercado del gobierno” (BAUER, 2004, p. 92). Para ello, la Administración contaba con amplísimas atribuciones. Estas disposiciones cambiaban toda la lógica de mercado articulada en el CA de 1981. Ahora bien, para el punto que nos interesa estudiar, creemos necesario indagar algo más en dos puntos del debate parlamentario

²¹⁵ Así lo expresó el Subsecretario de Obras Públicas, Clemente Pérez en la Segunda Comisión de Obras Públicas del Senado.

respecto a la patente: los parámetros legales para la determinación del no uso de las aguas, el monto de la patente y su impacto tributario. El estudio particular de dichos aspectos contribuirá a darnos algunas señales para determinar hasta qué punto el elemento teleológico de la publicación varió.

(i) *Parámetros legales para la determinación del no uso de las aguas:*

Como hasta ahora hemos destacado, la función primordial de la patente por no utilización de las aguas es la de gravar el derecho de aprovechamiento o aquella porción del mismo, cuyas aguas, sobre las que recae, no se estén utilizando.

La indicación sustitutiva del año 1996 contemplaba una serie de presunciones simplemente legales por medio de las cuales la Administración podía asumir que los caudales no se estaban utilizando (artículo 129 bis 9 CA). Por medio de dichas normas, la Dirección General de Aguas contaba con un amplio abanico de atribuciones discrecionales para la determinación del supuesto fáctico sobre el cual aplicar las presunciones, modelo que se mantuvo intacto en la discusión parlamentaria en la Cámara de Diputados.

Las primeras observaciones al artículo 129 bis 9 fueron efectuadas al Senado en el Primer Informe de Obras Públicas, de fecha 11 de mayo de 1999. En dicha instancia, el Ejecutivo presentó una indicación sustitutiva que reemplazaba las presunciones de no uso del derecho, que daba cuenta el artículo 129 bis 9, por una presunción simplemente legal de uso de las aguas. Esta presunción, a diferencia de las anteriores, se limitaba, en el caso de los derechos consuntivos, a la mera existencia de las obras de captación de las aguas, y en el caso de los derechos de carácter no consuntivos, a la existencia de las obras de captación y de restitución de las aguas. La principal razón del cambio en la redacción de la norma se debió a las críticas a la excesiva discrecionalidad que se le otorgaría a la Administración por medio del establecimiento de las presunciones anteriores, especialmente aquéllas en que el no aprovechamiento de las aguas resultaba verificado mediante “los informes técnicos pertinentes”.

Con la redacción propuesta, la Administración sólo podría atender a un hecho netamente objetivo: si existían o no las obras para captar las aguas (y para restituir las en su caso). A pesar de ello, el artículo 129 bis 9 continuó siendo objeto de polémica en el Senado. Así, en el Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas, presentado al Senado con fecha 10 de marzo de 2004, el Presidente de la República, presentó una nueva indicación respecto a este artículo, por medio de la cual, se impedía al Director General de Aguas considerar como sujetos al pago de la patente aquellos derechos de aprovechamiento para los cuales existieran obras de captación, y de restitución, en su caso, y aquellos derechos de aprovechamiento permanentes que, por decisión de la organización de usuarios correspondiente, hubieran estado sujetos a turno o reparto proporcional.

Dicha nueva norma elimina por completo el sistema de presunciones que hasta este momento había imperado y fue aprobada por la unanimidad de la Comisión, ya que su objetivo principal era la de poder determinar de manera precisa y clara los sujetos afectos al pago de patentes, sin otorgarle a la Administración ningún tipo de facultad discrecional. Asimismo, esta norma sólo permite a la autoridad estimar como susceptible de pago de patente “al caudal no utilizado” e impide aplicar la patente a un cauce que, en períodos de escasez, conduce menos aguas que los derechos efectivamente constituidos en ellos, por estar sujetos a los “turnos o repartos proporcionales”. Por último, tampoco podrían considerarse como sujetos al pago de la patente aquellos derechos de aprovechamiento consuntivos permanentes constituidos en ríos o fuentes que por decisión de la autoridad hayan sido declarados agotados.

Podría sostenerse que el legislador, apartándose del objetivo inicial (poner término a la acumulación de derechos ociosos, sancionando directamente a su titular), indirectamente sanciona a quienes no han construido las obras necesarias para captar las aguas (y para restituir las, en su caso), a la vez que subvenciona la construcción de dichas obras hidráulicas. Asimismo, podría deducirse que, al cambiar el sistema de presunciones legales de no uso del recurso por dicho sistema objetivo,

comienza a vislumbrarse una intención no declarada, la de recaudar tributos para el Fisco.

(ii) Monto de la patente respecto a los derechos no consuntivos:

El primer antecedente que tenemos del método del cálculo de la patente (aunque sólo respecto a los derechos de aprovechamiento no consuntivos), se encuentra en un informe explicativo que la Comisión Especializada solicitó a la Comisión Nacional de Energía. A juicio de esta comisión, al no exigirse al titular del derecho de aprovechamiento la invocación de un uso determinado, el modelo original del CA anticipaba un riesgo de mal uso o inutilización de los derechos. A su vez, el desuso del recurso se traducía en un impacto negativo en la sociedad, especialmente porque dichos derechos constituían una alternativa para la producción de energía eléctrica. Esta problemática se acrecentaba aún más cuando había concentración en el mercado. Cabe mencionar que no existe en los antecedentes prelegislativos, informe alguno relativo a la concentración en el mercado de las aguas. De hecho, como veremos a continuación, para calcular el monto de la patente sólo se tuvo en cuenta el horizonte de proyección de las empresas hidroeléctricas, clasificándolas en atención a su capacidad generadora.

Para la Comisión Nacional de Energía el monto de la patente debía provocar un estímulo económico, de tal manera de crear en el titular de los derechos inutilizados un incentivo para que aprovecharse las aguas o, que en su defecto, ofreciese los derechos de aprovechamiento en el mercado o los renunciase. Para que dichas señales se obtuviesen de manera correcta, tanto el cálculo como la forma de aplicación de la patente no debían obstaculizar la realización de estudios para la construcción de centrales hidroeléctricas. A su vez, los montos debían estar directamente relacionados con el potencial energético de las aguas, impedir la acumulación de derechos con fines especulativos o monopólicos y no afectar al inversor durante el período de construcción de las plantas. Sin embargo, todas estas afirmaciones no encontrarán ninguna base sólida para sustentarse. La Administración, al no contar siquiera con un catastro fidedigno de los derechos otorgados, no podía haber determinado, ni de

forma aproximada, el monto a cobrar por la patente de forma compatible con los objetivos mencionados. Así las cosas, creemos que la pretensión del legislador de crear un incentivo, con el objetivo de inducir al titular de derechos de aprovechamiento ociosos a desprenderse de ellos, sólo pudo ser ilusoria, si atendemos a la calidad de los antecedentes disponibles.

Los dos Proyectos de Ley que despachó la Comisión Especializada de la Cámara de Diputados presentan un monto bastante más alto para la patente por no uso de las aguas que el que fue finalmente aprobado. En ellos se considera una única fórmula de cálculo para todos los derechos de aprovechamiento de carácter no consuntivo del país, es decir, sin distinguir entre la zona norte y sur del territorio nacional²¹⁶.

²¹⁶ De conformidad a los dos primeros Proyectos despachados por la Cámara de Diputados y de los que se da cuenta en el Informe de la Comisión Especial sobre Régimen Jurídico de las Aguas de fecha 18 de marzo de 1997, el monto de la patente se calcularía de la siguiente manera:

a) En los primeros cinco años, el valor anual de la patente relativa a los derechos de aprovechamiento no consuntivos se determinaría por la aplicación de la siguiente fórmula:

$$P = 0,33 \cdot Q \cdot H \quad (1)$$

b) Entre los años sexto y décimo inclusive, el monto de la patente (1) calculado de conformidad a lo expresado anteriormente, se multiplicaría por el factor 5, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$P2 = (0,33 \cdot Q \cdot H) \cdot 5 \quad (2)$$

c) Desde el undécimo año, el monto de la patente (1) calculado de conformidad a lo expresado anteriormente, se multiplicaría por el factor 25, del modo que sigue:

$$P3 = (0,33 \cdot Q \cdot H) \cdot 25 \quad (3)$$

donde Q equivale al caudal no utilizado expresado en metros cúbicos por segundo; y, H al desnivel entre los puntos de captación y de restitución, expresado en metros. Si la captación de las aguas se hubiere solicitado realizar a través de un embalse, el valor del factor H correspondería al desnivel entre la altura máxima de inundación y el punto de restitución expresado en metros, con un mínimo de 10 metros. En todos aquellos casos en que el desnivel entre los puntos de captación y restitución resultaba inferior a 10 metros, el valor del factor H sería igual a 10. En la historia legislativa, no existen antecedentes expresos sobre la determinación de los 10 metros de desnivel entre los puntos de captación y de restitución, como mínimo para aplicar la fórmula (1). Es obvio que la altura mínima de desnivel (10 metros) que debía existir entre los puntos de captación y de restitución, se estableció a efectos de impedir la evasión del pago del monto de la patente por parte de los titulares de derechos de aprovechamiento de carácter no consuntivo so pretexto de estimar que $H = 0$. De lo contrario, y en caso de existir acaparamiento, hubiese desaparecido el incentivo para desprenderse de los derechos acumulados ociosamente.

En este sentido, durante el primer debate parlamentario en torno al monto de la patente y que se efectuó de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento cuyo Informe se presentó al Senado con fecha 25 de enero del año 2000, la Dirección General de Aguas sostuvo que a diferencia de lo que sucedía con los derechos de carácter consuntivo, el elemento decisorio para cobrar la patente por la no utilización de las aguas, en el caso de los derechos no consuntivos, era la posibilidad para generar energía eléctrica. Por ello y teniendo en cuenta que dicho elemento no tenía una afectación geográfica, el factor para el cálculo del valor de la patente, sería el mismo para todo el territorio nacional²¹⁷. Sin embargo, existían dos variables que afectaban la generación de energía eléctrica, determinando su coste de producción, cuales eran el caudal y la altura en la que se encontraba el agua. De este modo y para reflejar más exhaustivamente el valor del recurso, para la definición de la patente en el caso de los derechos de carácter no consuntivo, se estimó necesario conjugar ambos factores caudal-desnivel. De este modo, la patente se calculaba aplicando la siguiente ecuación:

$$P = (0,33 \cdot Q \cdot H) \cdot T$$

P = Monto de la patente calculada en UTM

Q = caudal no utilizado expresado en metros cúbicos por segundo

H = desnivel entre punto de captación y de restitución expresado en metros

T = Factor de progresión temporal

²¹⁷ Desde un comienzo, la idea de reformar el CA de 1981 contemplaba discriminar entre las distintas zonas geográficas del país atendiendo a la escasez del recurso hídrico. De esta forma, ya en el Mensaje Presidencial con el que se daba inicio al Proyecto de Ley que Modificaría el CA de 1981, de fecha 2 de diciembre de 1992, se contemplaban normas relacionadas con aspectos regionales al estimarse que la legislación de aguas contenida en el CA de 1981 era absolutamente uniforme y no consideraba las marcadas diferencias de las distintas zonas climáticas del país. Ello sin distinguir entre derechos de aprovechamiento de carácter consuntivo y de carácter no consuntivo. Así, este Primer Proyecto, se había propuesto establecer algunas “(...) normas especiales para la zona desértica de Chile, desde la cuenca del Río Salado en la Región de Copiapó al Norte; y para la zona austral, desde la cuenca del río Vodudahue en la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo al sur”. En la zona norte, dada la escasez de los recursos hídricos se consideraba conveniente una legislación más rigurosa que para la zona austral. Lo anterior, teniendo en cuenta que ya el Mensaje del CC, al entregar la regulación de los aspectos concernientes al uso y goce de las aguas a ordenanzas especiales, había dispuesto hacer las distinciones propias atinentes a las diferentes localidades.

El monto del factor (0,33) al cual se le multiplicaría Q, H y los factores temporales (5 entre los años sexto y décimo inclusive, y 25 a partir del undécimo año), no fue determinado, en ningún caso, teniendo en cuenta elementos para desincentivar presuntas prácticas monopólicas (con carácter general, no existen siquiera datos oficiales para identificarlas) o, al menos, acumulativas y especulativas. Así, la cifra 0,33 escapa a todo horizonte de posibilidades afines a una intención legislativa de poner término al acaparamiento de derechos ociosos ineficientes.

Siguiendo estas líneas matrices, se determinó que quedaban exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes por unidad de tiempo fueran inferiores a cien litros por segundo, en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive (Zona Norte del país), y a quinientos litros por segundo en el resto de las Regiones (Zona Sur). La Zona Norte del país es más árida que la Zona Sur. Sin embargo, la magnitud de los montos escogidos para las exenciones no está respaldada con ningún antecedente técnico que demuestre la conveniencia de realizar tales exenciones y tales distinciones atendiendo al objetivo que tenía en mente el legislador. Más aún, para el cálculo del monto de la patente, en esta primera instancia se prefirió no distinguir entre zonas del territorio nacional.

Otro elemento considerado para determinar el monto de la patente aplicable a los derechos de carácter no consuntivo, se refería a las ganancias que originaba el atraso en incorporar una central hidroeléctrica al sistema. Así, el Director General de Aguas²¹⁸, señalaba que el inconveniente residía en que las empresas de generación de energía hidroeléctrica, calculaban previamente el momento que consideraban propicio para comenzar a funcionar incorporándose al Sistema Interconectado Central (SIC). Mientras ello ocurría, retenían ociosamente en su patrimonio, los derechos de aprovechamiento de carácter no consuntivo que estimaban necesarios para su proyecto. A consecuencia de la escasa oferta de producción de energía, se producía un aumento en su valor y en consecuencia, un alza en la tarifa que podrían cobrar. En

²¹⁸ Estas afirmaciones constan en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, dirigido al Senado de fecha 25 de enero de 2000,

definitiva, con la incorporación de la patente se pretendía desincentivar este comportamiento y de paso estimular la competencia en el sector de producción hidroeléctrica.

Hasta ese momento, y a juicio de la Administración, el problema era que se habían solicitado prácticamente todos los derechos de aprovechamiento no consuntivos disponibles, sin que ningún proyecto respaldase dichas peticiones. Nuevamente, no tenemos ninguna evidencia de cómo se obtuvo esa información, ni siquiera de que ello en realidad llegara a producirse, teniendo en cuenta que a la época no existía ningún registro oficial completo de derechos de aprovechamiento.

Una vez ingresado el Proyecto en el Senado, la Administración solicitó, por medio del Ministro de Obras Públicas, una rebaja de la tasa de incremento de las patentes por derechos no consuntivos²¹⁹, ya que a su juicio con dicha rebaja, la patente no perdería su carácter disuasivo frente a la posibilidad de acaparar derechos de aguas y, a su vez, contribuiría a estrechar la diferencia entre la patente a aplicar a los derechos consuntivos y a los no consuntivos. A este respecto, los factores de crecimiento de 5 y 25, contemplados previamente, podrían limitarse a 3 y 9, respectivamente. Como se puede apreciar, la limitación de los factores de incremento en el horizonte temporal, obedeció a razones puramente discrecionales. No hay indicio para sostener que la patente perdería su carácter disuasivo, sin saber siquiera si alguna vez contó con dicho carácter.

Sin perjuicio de que dichos factores fueron aprobados, se reabrió el debate en la Segunda Comisión de Obras Públicas del Senado. Así, en diciembre de 2003, se reformulaba la aplicación de la patente por no uso respecto a los derechos no consuntivos, en lo relacionado con el monto de la tarifa, su progresividad y el plazo que se considera para la devolución. Por medio de una indicación sustitutiva efectuada por el Presidente de la República con fecha 12 de enero de 2004, se proponía rebajar nuevamente el monto de la progresividad de la patente. Esta vez, los montos anteriores de 3 y 9 se estimó prudente rebajarlos a 2 y 4, nuevamente siguiendo criterios ajenos a la objetividad.

²¹⁹ De ello quedó constancia en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, dirigido al Senado de fecha 25 de enero de 2000.

Se argumentó por ciertos invitados a la referida Comisión, que la patente por no uso que se pretendía imponer seguía siendo muy alta y creciente en el tiempo, lo que originaba la necesidad de renunciar al derecho, perjudicando los proyectos de generación de energía que se encontrasen en trámite. La Administración, por otro lado, sostenía de que, al menos respecto de los derechos no consuntivos, no se trataba sólo de un problema de especulación, sino que la acumulación de derechos constituía, también, una barrera de entrada para otros inversores²²⁰. Una vez más, podemos apreciar que el cambio en los montos se debe a meras especulaciones carentes de fundamentación científica.

En esta última discusión parlamentaria, se tuvo en cuenta que la patente por no uso para derechos no consuntivos había sido propuesta y establecida en un escenario diferente, en que no existía el gas natural, de modo que el recurso hídrico era la única fuente energética del país. En este nuevo escenario ya se estaba gestando competencia en el Sistema Interconectado Central (SIC), por lo que se propuso una fórmula diferenciada para el cálculo de la patente para la zona central y austral del país, ya que en esta última zona no había un desarrollo hidroeléctrico, como tampoco una mayor demanda²²¹. De este modo, se distinguen los montos a ser aplicados en las distintas Zonas, de la siguiente manera:

$$\text{Zona Austral: Patente Anual (UTM)} = 0,33 \cdot Q \cdot H$$

$$\text{Zona Centro Sur: Patente Anual (UTM)} = 0,22 \cdot Q \cdot H$$

²²⁰ A estos efectos, *vid.* BAUER, 2002; ROSEGRANT / GAZMURI, 1995; y HEARNE / EASTER, 1998.

²²¹ La diferenciación entre la Zona Centro Sur y la Zona Austral de Chile, se debía a que en el caso de la Zona Austral se cambiaron dos elementos: (i) el nivel de la inversión requerida (ya que en dicha zona se requieren inversiones significativas en transmisión, lo que encarece el proyecto); y (ii) el factor de planta, que es el grado de utilización de la inversión desarrollada en función de la demanda o de la entrada al sistema, y que varió de 0.6 a 0.7 (teniendo en cuenta la gran magnitud que debe tener un proyecto en dicha zona para ser rentable y, por tanto, la gran disponibilidad de agua que requiere). No había intención alguna de gravar dichos derechos, más que nada porque los proyectos de la Zona Austral estaban destinados a muy largo plazo, para ser desarrollados entre los años 2020 y 2025. Si bien a la época existían derechos de aprovechamiento otorgados, estos carecían de viabilidad.

A juicio del Ejecutivo, existían muchos motivos para diferenciar entre la Zona Austral y el Sistema Interconectado Central (SIC), principalmente porque, a lo largo de ese tiempo, hubo un cambio completo en la situación del mercado energético del país, y en la Zona Austral aún no existían proyectos ni grandes demandas.

La nueva propuesta suponía que, recién en el undécimo año, el coste efectivo de la patente sería igual al coste alternativo de uso de los recursos. Se propuso aplicar la misma progresividad para los derechos consuntivos y no consuntivos, de modo que el monto de la patente aumentase entre el año sexto y décimo año (multiplicándose por 2) y a partir del undécimo (multiplicándose por 4). Asimismo, se acordó extender los plazos de devolución de lo pagado en dos años, para que la devolución incluyera tanto el período de construcción como el período de estudios que se realizan estando en posesión de los derechos de aprovechamiento.

Esta nueva propuesta aparentemente respondía a la necesidad de que la patente no interfiriera con el desarrollo económico del país gravando a los que deseaban desarrollar proyectos, sino sólo a aquellos que acumulaban derechos, ya fuera para especular o para acumular con fines monopólicos. Dada la falta de información fidedigna sobre los derechos existentes y su ejercicio, no puede defenderse que estas explicaciones para justificar un cambio en los montos de progresividad respondieran a cuestiones objetivas.

Se estimó que el valor de la patente en el caso de los derechos de aprovechamiento de carácter no consuntivo se haría en función de tres variables: el caudal, la altura (o potencia) y un factor *gamma*. De este modo, dicho valor sería el resultado del cálculo del valor actual neto (VAN) de un proyecto en el que existía un coste no considerado, cual es, el precio del agua. Para suplir dicha carencia, se estimó que el valor de la patente para el caso de los derechos de carácter no consuntivos reflejaría el “valor del agua” que sería “equivalente al VAN obtenido por el proyecto”. A su vez, a este monto se le aplicaría una tasa de rentabilidad idéntica a la que se le aplicaría a los derechos de aprovechamiento consuntivos, es decir,

un 2 por ciento²²². Cabe destacar que el “valor del agua” calculado de esta forma, si fuera posible salvar los elementos de incertidumbre presentes, no sería otra cosa que el precio sombra del recurso, es decir, la disposición a pagar por el agua, en valor presente, por parte de los administradores del proyecto para no renunciar al recurso y a los beneficios que pudiera aportar a lo largo del tiempo. Dejando a un lado el argumento de que, de esta forma, todo el excedente del proyecto se atribuye a la tenencia del agua y no a otros factores concurrentes (entre otros, la capacidad de gestión de los administradores del proyecto), nótese que la repetición del pago de la patente año tras año desnaturalizaría *per se* este instrumento y la posible bondad sus objetivos.

Con todos estos antecedentes no nos queda más que precipitar una conclusión: el cálculo del monto de la patente, que en principio debía generar un incentivo para ejercer los derechos de aprovechamiento o para desprenderse de los mismos eficientemente, no partió para su estimación del coste marginal del recurso, como habría sido necesario. La utilización de cifras procedentes de los VAN de los proyectos hidroeléctricos sólo permite obtener una cifra artificial e inadecuada que, dadas las

²²² De ello se da cuenta en el Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas presentado al Senado con fecha 10 de marzo de 2004. Conviene señalar que para llegar a determinar la tasa a aplicar para obtener el monto de cálculo de la patente, se presentaron dos planillas de cálculo (una para la zona centro-sur y otra para la zona austral) que contenían los supuestos antes mencionados a modo de precios dados y niveles de inversión requeridos para el funcionamiento de un proyecto. El desglose de dichas planillas puede ser sintetizado como sigue. La primera parte consistía en estimaciones numéricas relativas a las siguientes variables: (i) coste marginal, valorado en dólares por megawatts por hora (según la estimación de costes marginales futuros); (ii) precio nudo potencia actual, valorado en dólares por kilowatt por mes; (iii) valor de la inversión, valorado en dólares por kilowatt (equivalente al valor promedio del “Estudio EWI”); (iv) costo de operación y mantenimiento (relativo a la fijación tarifaria de los peajes), valorado en dólares por wilowatt; (v) peajes estimados para el año 2010; (vi) suma de los siguientes plazos de los proyectos, en años: plazo de factibilidad estimado, plazo de construcción (promedio del “Estudio EWI”) y plazo de holgura (que sería arbitrario según la sensibilidad del proyecto); (vii) factor de planta, equivalente al promedio de los valores observados; (viii) factor potencia firme, equivalente al promedio de los valores observados; (ix) la vida útil de la central hidroeléctrica, en años; y, (x) la tasa de descuento, equivalente al 10% según el valor descrito en el Decreto con Fuerza de Ley No. 1, que contiene el Plan de Obras. Sin embargo, la segunda parte de la planilla, atinente al VAN de los proyectos de las centrales hidroeléctricas, el cual reflejaría el supuesto valor del agua, no contiene referencia alguna a su obtención, y se traduce en ciertos valores al parecer obtenidos de la conjugación de las variables 2% y 4% del VAN de los proyectos, medidos en unidades tributarias mensuales (“UTM”) y dólares, según el caso, bajo la fórmula: UTM/metros cúbicos/segundo/año y dólar/metros cúbicos/segundo/año.

significativas limitaciones de información, no lograría cumplir con los objetivos y expectativas del instrumento.

Las indicaciones propuestas fueron acogidas por medio de una nueva indicación del Presidente de la República, que propuso reemplazar el artículo 129 bis 4 CA, por un nuevo texto, que, en lo que nos concierne, es idéntico al actualmente en vigor. Con este último texto se pretendía, entre otros, poner término a la discusión de este proyecto de ley que ya llevaba más de una década en el Parlamento, liberar recursos hídricos en la Zona Austral (lo que permitiría a los usuarios de aguas acceder a derechos consuntivos actualmente demandados), y el retiro de solicitudes de derechos de aguas entre la VII y XI región. Las consecuencias, tanto jurídicas como económicas de la normativa en vigor, pasarán a ser analizadas en profundidad en los próximos dos numerales del presente acápite.

(iii) Monto de la patente respecto a los derechos consuntivos:

En los derechos de aprovechamiento carácter consuntivo y permanente, el criterio rector para la fijación del monto de la patente fue el grado de disponibilidad de aguas, haciendo necesaria la distinción de tres zonas geográficas.

La primera zona comprendía aquellos derechos de aprovechamiento consuntivos cuyas aguas pertenezcan a cuencas hidrográficas situadas en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive. En esta zona, la escasez del recurso se estimaba extremadamente grave ya que, a la época, se contemplaban menos de mil metros cúbicos por habitante/año. Así, se propuso que, en los primeros cinco años, la patente fuese equivalente a 1,6 unidades tributarias mensuales por cada litro por segundo. Entre los años sexto y décimo inclusive, el monto de la patente calculada anteriormente, se multiplicaría por el factor 2, y, a partir del undécimo año, por el factor 4.

La segunda zona comprendía aquellos derechos de aprovechamiento cuyas aguas pertenezcan a cuencas hidrográficas situadas en las Regiones VI a IX, ambas inclusive. Para esta zona, se propuso que, en los primeros cinco años, el monto de la patente fuese equivalente a 0,2

unidades tributarias mensuales por cada litro por segundo. Entre los años sexto y décimo inclusive, el monto de la patente calculada anteriormente, se multiplicaría por el factor 2, y, a partir del undécimo año, por el factor 4.

La tercera zona comprendía aquellos derechos de aprovechamiento cuyas aguas estén situadas en las Regiones X, XI y XII. Para esta zona, se propuso que, en los primeros cinco años, el monto de la patente fuese equivalente a 0,1 unidades tributarias mensuales por cada litro por segundo. Entre los años sexto y décimo inclusive, el monto de la patente calculada anteriormente, se multiplicaría por el factor 2, y, a partir del undécimo año, por el factor 4.

Respecto a las zonas central y austral, se estimaba haber diferencias importantes en el valor del agua, determinadas por su mayor o menor nivel de escasez. En la determinación del monto de la patente se optó por dejar un cierto grado de simplificación, atendiendo a que, incluso en una misma zona, el valor del litro por segundo puede diferir sustantivamente si se tenía en cuenta la relación demanda - disponibilidad.

Los valores fijados para las tasas de la primera y segunda zona provienen del estudio realizado por la Superintendencia de Servicios Sanitarios que determinó el valor económico del agua cruda para fijar las tarifas de las empresas sanitarias. A partir de dicho dato, pareció razonable estimar que el monto de la patente correspondiente a los primeros cinco años fuese el equivalente al dos por ciento de ese valor, monto, que a su vez, es equivalente al que se cobra por concepto de impuesto territorial (dos por ciento del avalúo fiscal). La idea subyacente era hacer una equivalencia entre dichas tasas, de modo que la patente sólo impactase a los derechos de aprovechamiento inutilizados, patente que se duplicaría o cuadruplicaría al cabo de los años.

En este caso, creemos que los valores fijados para las tasas (a partir del valor económico del agua cruda para fijar las tarifas de las empresas sanitarias) sólo podría reflejar el valor del agua dentro de un mercado muy específico: el mercado del agua potable. Sin embargo, se debe tener en cuenta que gran parte de los usos consuntivos no se refieren a agua potable.

Somos de la opinión de que el legislador, nuevamente, ha intentado fundamentar su toma de decisiones de manera artificial y ha producido un resultado inadecuado, carente por completo de argumentaciones de eficiencia.

Se propuso establecer exenciones al pago de patente para aquellos derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes por unidad de tiempo fuesen inferiores a 10 litros /segundo, en las Regiones Primera y Metropolitana, ambas inclusive, y a 50 litros / segundo en el resto de las Regiones. Lo único que el legislador justifica son las diferencias en las exenciones, las que tendrían directa relación con el nivel de escasez del recurso hídrico a lo largo del país. Pero aun así, la obtención de los volúmenes de las exenciones no se encuentra justificada en los antecedentes prelegislativos.

Las tasas para calcular el monto de la patente de los derechos consuntivos no variaron a lo largo de la tramitación parlamentaria, aprobándose, casi sin modificaciones, el proyecto de ley despachado por la Comisión Especializada a la Cámara de Diputados. Así, en la Primera Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento cuyo Informe se presentó al Senado el 25 de enero del 2000, el debate sólo tuvo por objeto precisar el alcance y los objetivos de los montos de la patente a aplicar a los derechos de aprovechamiento consuntivos.

Lo que en mayor grado se cuestionaba a la Administración era la aplicación de un tributo sobre aguas que efectivamente se estaban utilizando. Sin embargo, lo que motivaba su implementación, a juicio de la Dirección General de Aguas, era corregir las mismas graves distorsiones que se observan en los derechos de aprovechamiento no consuntivos. Es decir, dado que el CA original no establecía ningún límite a las solicitudes de derechos de aprovechamiento, ni obligación ni carga al respecto, se había creado una situación que estimulaba la presentación de peticiones de derechos de aprovechamiento de aguas sin que los peticionarios tuviesen en mente ningún proyecto económico.

Lo que se pretendía con el establecimiento de la patente a los derechos consuntivos, sin perjuicio de que la mayoría de los tenedores de

dichos derechos no fuesen a quedar sujetos a su pago, era que aquéllos que los tuvieran, los valorizaran, y que, si querían conservarlos sin utilizarlos, pero proyectando su uso en el futuro, pagasen el gravamen o se liberasen de ellos. A su vez, ya se había discutido previamente en la Cámara de Diputados la necesidad de que hubiera equidad entre los distintos tipos de derechos.

La Administración explicó a la Sociedad Nacional de Agricultura, que, de conformidad a las líneas matrices del proyecto, un agricultor que efectivamente utilizara el agua en el riego, de ningún modo quedaría sometido al pago del gravamen. Además, a los agricultores que “necesitasen dejar en barbecho algunos potreros” y, por tanto, no utilizar el agua para regarlos, sólo les bastaría haber realizado y tener habilitadas las obras de captación de las aguas a las que tienen derecho para eximirse del pago de la patente. En todo caso, con los cálculos del monto de la patente antes explicados, la condición de “suelo regable” de un predio agrícola suponía que el monto de la patente ya quedaba incorporado (y, por tanto, no debía volver a pagarse) en el impuesto territorial. De este modo, si el propietario del suelo agrícola, que calificaba sus tierras como “regables”, decidiera no usar el agua a la que tiene derecho, debería pedir al Servicio de Impuestos Internos la recalificación del suelo, por uno “no regable”, con lo cual pagaría menos impuesto territorial, independiente del hecho de pagar o no una patente, lo que quedaría sujeto a la existencia o no de las obras de captación.

(iv) Monto de la patente respecto a los derechos de ejercicio eventual:

Los primeros informes de la Comisión Especializada que informaba a la Cámara de Diputados, habían señalado que aquéllos pagarían un tercio del valor de la patente asignada a los derechos de ejercicio permanente. La justificación de la Administración para el establecimiento de una patente que gravara los derechos de ejercicio eventual se fundaba en que, si bien los ríos de riesgo se encontraban íntegramente sujetos a derechos de aprovechamiento permanente, aún existía disponibilidad para solicitar derechos de ejercicio eventual. De hecho, las solicitudes de derechos de ejercicio eventual que hasta ese momento se habían presentado

a la Dirección General de Aguas se referían a toda el agua que podía eventualmente correr durante el período de invierno.

A juicio de la Administración, los derechos eventuales cumplen una función de regulación de los ríos y de los embalses. Por ello es que debía entenderse que el recurso existiría año a año, y que, por tanto, debían construirse las obras necesarias para aprovecharlo. Si no se habían construido las obras de captación para ejercer el derecho eventual, cuando el agua fluyese, no se podría ejercer el derecho y, a la vez, se impediría a otro aprovechar esas aguas. El uso del recurso debía estar vinculado con la existencia de las obras de captación y de restitución, en su caso. Así, para comprender la mecánica de la patente en el caso de los derechos de ejercicio eventual, no debía atenderse a la existencia o no de las aguas. El que tiene derecho a extraer las aguas, ya sea de manera permanente o eventual, debe contar con los medios para ejercerlo.

Sin embargo, durante el Segundo Trámite Constitucional, se ponía en duda la aplicación de esta norma por carecer de causa. A ciertos parlamentarios no les parecía coherente cobrarle la patente por no utilización de las aguas a los titulares de los derechos de ejercicio eventual porque no había certeza de que tendrían la posibilidad de ejercerlos. Los derechos eventuales serían, por definición, inciertos, y esta norma castigaría a aquellos que teniendo un derecho no pudiesen ejercerlo por no existir las aguas. El otro inconveniente que surgía con la disposición, y a consecuencia de lo anterior, era que se confundía la prueba del derecho con el ejercicio del mismo. A juicio de los parlamentarios que se oponían a la existencia de esta norma, no parecía razonable exigir obras permanentes para el aprovechamiento de derechos eventuales.

Que pueda ser discutible la aplicación del gravamen a los titulares de derechos eventuales, no implica que el monto a aplicarles por este concepto deba fijarse sin fundamentación. Así, simplemente disponer que será equivalente a un tercio del valor a aplicar a los derechos de aprovechamiento permanentes, sólo contribuye a afianzar más nuestra tesis de que la principal racionalidad de esta patente es la de servir como instrumento recaudatorio.

Finalmente, por medio de una indicación propuesta por el Presidente de la República, y aprobada por la Segunda Comisión de Obras Públicas con fecha 10 marzo de 2004, se intercaló a continuación del inciso tercero, el siguiente, nuevo inciso: “*Finalmente, estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual, cualquiera sea su caudal, que sean de propiedad fiscal*”. La Administración estimaba que carecía de sentido que la Dirección de Obras Hidráulicas pagase una patente por no uso si esos mismos recursos serán destinados al Ministerio de Hacienda. Así, se consideró preferible que mientras el Estado decidiera cuándo tomar la resolución económica de construir un embalse, se exima de pago a la Dirección de Obras Hidráulicas por el no uso de sus derechos consuntivos de carácter eventual.

Se cuestionó la razón por la cual se postergaba el pago de la patente a un ente público y no sucedía lo mismo con los privados, teniendo en especial consideración que los recursos recaudados por concepto del pago de la patente se destinarían a diversos organismos, como Fondo de Desarrollo Regional. Se señaló que aun cuando fuese complejo, desde el punto de vista contable, la ley debía ser pareja. Sin perjuicio de lo anterior, la indicación fue aprobada por la unanimidad de la Comisión, permaneciendo hasta hoy en esos mismos términos, en atención a que se consideró que los derechos eventuales son aquellos que usa la Dirección de Obras Hidráulicas para construir embalses que se estaban entregando en concesión.

(v) *Impacto tributario de la patente:*

Como lo habían señalado los comisionados durante la tramitación parlamentaria, la patente por no utilización de las aguas no podía configurarse de tal modo de desincentivar la actividad económica del país. Por este motivo, el legislador propuso la posibilidad de que los montos mensuales, pagados en razón de la patente en los años anteriores al uso efectivo de las aguas, pudiesen ser deducidos del monto de sus pagos provisionales obligatorios de la Ley sobre Impuesto a la Renta. En caso que quedare un remanente de dicha imputación, éste pudiese imputarse a cualquier otro impuesto fiscal de retención o recargo de declaración

mensual y pago simultáneo que deba pagarse en la misma fecha, hasta completar el saldo que quedare pendiente. Esta imputación tendría una limitación temporal que distinguiría entre derechos de aprovechamiento de carácter no consuntivo y de carácter consuntivo.

Con esta solución, indica DOMPER (2005, p. 26), se logra morigerar el “efecto expropiatorio” de la patente que inicialmente contenía el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo. Conforme a sus cálculos, la patente podía llegar a representar cerca de un trece por ciento de la inversión directa en el caso de derechos no consuntivos, reduciéndose aproximadamente a un tres o cuatro por ciento. La técnica utilizada para tales fines se logró incorporando la posibilidad de descontar el monto pagado en razón de la patente a otros impuestos, aunque con un límite de tiempo.

2. *Valoración económica y jurídica de la normativa vigente respecto a la patente por no uso de las aguas*

a. *Descripción normativa de la patente por no utilización de las aguas*

La consagración de la patente por no uso de las aguas se encuentra contenida en el artículo 129 bis 4 a 21 del CA. Para proceder a una explicación sistemática del régimen jurídico de la patente por no uso de las aguas debemos distinguir aquellos aspectos sustantivos que nos parece importante destacar para efectuar una valoración económica, y posteriormente jurídica de la normativa actualmente en vigor. Así, aunque existan diferencias en la fórmula de cálculo de la patente por no uso de las aguas, existen ciertas características comunes, como son:

- (i) *Sólo grava la porción no utilizada de las aguas.* De conformidad al artículo 129 bis 9 del CA, incisos primero, segundo y octavo²²³, en el caso de los derechos de naturaleza no

²²³ Artículo 129 bis 9 del CA: “(...), el Director General de Aguas no podrá considerar como sujetos al pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6, aquellos derechos de aprovechamiento para los cuales existan obras de captación de las aguas. En el caso de los derechos de aprovechamiento no consuntivos, deberán existir también las obras necesarias para su restitución.

consuntiva, dicha porción se refiere al caudal medio que no ha sido utilizado, determinado por la existencia de obras de captación y restitución, mientras que en los derechos consuntivos se mide sólo en relación a la falta de obras de captación. En palabras de DOMPER (2005, p. 26), ello implica que, en realidad, estamos ante una “*patente por no tener obras suficientes para captar (o restituir) el agua respecto de la cual se tiene derecho de aprovechamiento*”.

Para su cálculo, el Director General de Aguas, previa consulta a la organización de usuarios respectiva, determinará los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no se encuentren total o parcialmente utilizadas, al 31 de agosto de cada año, para lo cual deberá confeccionar un listado con los derechos de aprovechamiento afectos a la patente, indicando el volumen por unidad de tiempo involucrado en los derechos.

En cualquier caso, la nueva normativa establece una serie de exenciones al pago de la patente²²⁴, cuestión que reduce su

El no pago de patente a que se refiere el inciso anterior se aplicará en proporción al caudal correspondiente a la capacidad de captación de tales obras.

Para los efectos de este artículo, se entenderá por obras de captación de aguas superficiales, aquéllas que permitan incorporarlas a los canales y a otras obras de conducción, aún cuando tales obras sean de carácter temporal y se renueven periódicamente. Tratándose de aguas subterráneas, se entenderá por obras de captación aquéllas que permitan su alumbramiento.”

²²⁴ Las exenciones legales al pago de la patente las encontramos en los incisos tercer, cuarto, quinto, sexto y séptimo del artículo 129 bis 9 del CA, que disponen que:

“(…) Asimismo, el Director General de Aguas no podrá considerar como sujetos al pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6, aquellos derechos de aprovechamiento permanentes que, por decisión de la organización de usuarios correspondiente, hubieran estado sujetos a turno o reparto proporcional.

También estarán exentos del pago de la patente la totalidad o una parte de aquellos derechos de aprovechamiento que son administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

Para acogerse a la exención señalada en el inciso anterior, será necesario que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a petición de la respectiva organización de usuarios o de algún titular de un derecho de aprovechamiento que forme parte de una organización de usuarios y previo informe de la Dirección General de Aguas, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 c) y 18 de la ley N°

impacto con respecto a ciertas actividades económicas que, en razón de su importancia estratégica, su forma de utilización o su cuantía, no se estima que deban ser afectadas por un mayor gravamen.

Así, esta patente no gravará derechos consuntivos de ejercicio permanente que estén sujetos a turno o reparto proporcional, ni a los derechos que son administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para los efectos de esta segunda excepción será necesario que la correspondiente organización de usuarios o cualquier titular de derechos de aprovechamiento soliciten el correspondiente pronunciamiento del Tribunal de la Libre Competencia.

Luego, no estarán gravados los derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual, cualquiera sea su caudal, que sean de propiedad fiscal. Y, finalmente, también estarán exentos del pago de la patente aquellos derechos de aprovechamiento que posean las empresas de servicios públicos sanitarios y que se encuentren afectos a su respectiva concesión, hasta la fecha que, de acuerdo con su programa de desarrollo, deben comenzar a utilizarse, circunstancias que deberá certificar la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

19.911, declare que en el área señalada en el inciso anterior, no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Esta declaración podrá ser dejada sin efecto por el mismo Tribunal, si existe un cambio en las circunstancias que dieron origen a la exención. Esta exención regirá una vez que haya sido declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y no tendrá efecto retroactivo.

La declaración efectuada de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, deberá ser comunicada a la Dirección General de Aguas para la determinación que ésta debe efectuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 bis 8.

El Director de Aguas no podrá considerar como sujetos al pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6, aquellos derechos de aprovechamiento que posean las empresas de servicios públicos sanitarios y que se encuentren afectos a su respectiva concesión, hasta la fecha que, de acuerdo con su programa de desarrollo, deben comenzar a utilizarse, circunstancias que deberá certificar la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

- (ii) ***Se trata de una patente pagadera anualmente:*** el pago tendrá lugar en el mes de marzo, luego de la publicación del listado correspondiente por parte de la Dirección General de Aguas, aviso que se realizará el 15 de enero de cada año. La falta de pago de la patente dará lugar al inicio de un procedimiento judicial para su cobro (juicio ejecutivo), detalladamente consagrado a partir del artículo 129 bis 11 del CA. En este caso, la ejecución de la obligación sólo puede hacerse efectiva en la parte no utilizada del respectivo derecho de aprovechamiento, de manera que no es posible extender la responsabilidad del deudor conforme a las reglas generales de la responsabilidad patrimonial universal (artículo 2.465 CC).
- (iii) ***Impacto fiscal de la patente en el pago del impuesto a la renta:*** A fin de evitar el desincentivo en el ejercicio de las actividades productivas dada la incorporación de la patente, el legislador estableció la posibilidad de que los montos mensuales pagados en razón de ellas en los años anteriores al uso efectivo de las aguas pudiesen ser deducidos del monto de sus pagos provisionales obligatorios de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Y, además, que si quedare un remanente de dicha imputación, por ser inferior el pago provisional obligatorio o por no existir la obligación de hacerlo en dicho período, éste pudiese imputarse a cualquier otro impuesto fiscal de retención o recargo de declaración mensual (como el impuesto al valor agregado) y pago simultáneo que deba pagarse en la misma fecha, y el saldo que aún quedare podría imputarse a los mismos impuestos indefinidamente en los meses siguientes, hasta su total agotamiento. El valor de las patentes no se considerará como gasto tributario para efectos de la determinación de la base imponible del impuesto de Primera Categoría de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Sin perjuicio de ello, a dicho monto no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 21 de dicha ley, lo que implica que, tratándose de empresarios individuales o sociedades que

determinen el impuesto a la renta por medio de contabilidad completa, los montos pagados en razón de esta clase de patente no se considerarán retiros.

Respecto a los derechos de aprovechamiento no consuntivos, podrán imputarse todos los pagos efectuados durante los 8 años anteriores a aquél en que se inicie la utilización de las aguas. Respecto a los derechos de aprovechamiento consuntivos, podrán imputarse asimismo todos los pagos efectuados durante los 6 años anteriores a aquél en que se inicie la utilización de las aguas.

Ahora bien, el legislador ha previsto reglas diferentes para varios supuestos de hecho que dan origen al pago de la patente, sobre la base de la distinción entre las diferentes naturalezas del derecho de aprovechamiento (consuntivo, no consuntivo, permanente o eventual) y a su ubicación geográfica. De las fórmulas de cálculo de la patente se podrá entrever que existe un mayor gravamen sobre los derechos de tipo no consuntivo, cuestión que se justifica en que el debate prelegislativo había detectado una mayor acumulación de derechos de aprovechamientos por parte de las empresas hidroeléctricas, que es lo que precisamente se pretendió solucionar por esta vía.

De este modo, debemos distinguir los siguientes supuestos:

- (i) Tratándose de derechos de aprovechamiento de carácter *no consuntivos, de ejercicio permanente*, las reglas pueden resumirse del siguiente modo:
 - (a) Si el punto de captación se encuentra entre la Primera y Décima Región, con excepción de la provincia de Palena, la patente será calculada en forma progresiva, de tal suerte que en los primeros cinco años será el equivalente a multiplicar por 0,33 el valor que resulte de multiplicar el caudal medio no utilizado (expresado en metros cúbicos por segundo) con el desnivel entre los puntos de captación y restitución expresado en

metros (con un mínimo de 10), resultado que deberá multiplicarse por 2 entre los años sexto y décimo, inclusive, y por 4, desde el año undécimo en adelante.

- (b) Si el punto de captación se encuentra en la provincia de Palena o en las Regiones Undécima y Duodécima, la patente será calculada en forma progresiva, de tal suerte que en los primeros cinco años será el equivalente a multiplicar por 0,22 el valor que resulte de multiplicar el caudal medio no utilizado (expresado en metros cúbicos por segundo) con el desnivel entre los puntos de captación y restitución expresado en metros (con un mínimo de 10), resultado que deberá multiplicarse por 2 entre los años sexto y décimo, inclusive, y por 4, desde el año undécimo en adelante.
 - (c) En cualquier caso, estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes medios por unidad de tiempo, expresados en el acto de constitución original, sean inferiores a 100 litros por segundo, en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y a 500 litros por segundo en el resto de las Regiones.
- (ii) Tratándose de derechos de aprovechamiento *consuntivos, de ejercicio permanente*, las reglas pueden resumirse del siguiente modo:
- (a) Si el punto de captación se encuentra entre la Primera Región y la Región Metropolitana, la patente será calculada en forma progresiva de tal suerte que en los primeros cinco años será el equivalente a multiplicar por 1,6 cada litro por segundo no utilizado, resultado que deberá multiplicarse por 2 entre los años sexto y décimo, inclusive, y por 4, desde el año undécimo en adelante.

- (b) Si el punto de captación se encuentra entre la Sexta Región y la Novena Región, la patente será calculada en forma progresiva de tal suerte que en los primeros cinco años será el equivalente a multiplicar por 0,2 cada litro por segundo no utilizado, resultado que deberá multiplicarse por 2 entre los años sexto y décimo, inclusive, y por 4, desde el año undécimo en adelante.
 - (c) Si el punto de captación se encuentra entre la Décima Región y la Duodécima Región, la patente será calculada en forma progresiva de tal suerte que en los primeros cinco años será el equivalente a multiplicar por 0,1 cada litro por segundo no utilizado, resultado que deberá multiplicarse por 2 entre los años sexto y décimo, inclusive, y por 4, desde el año undécimo en adelante.
 - (d) En cualquier caso, estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes medios por unidad de tiempo, expresados en el acto de constitución original, sean inferiores a 10 litros por segundo, en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y a 50 litros por segundo en el resto de las regiones.
- (iii) Los derechos de aprovechamiento de *ejercicio eventual* estarán sujetos al pago de una patente equivalente a un tercio de la patente calculada en la forma explicada precedente. Sin embargo, este régimen se encuentra sujeto a ciertas excepciones: (a) los derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio eventual cuyos volúmenes medios por unidad de tiempo, expresados en el acto de constitución original, sean inferiores a 300 litros por segundo, en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y a 1.500 litros por segundo en el resto de las Regiones; y (b) los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio

eventual cuyos volúmenes medios por unidad de tiempo, expresados en el acto de constitución original, sean inferiores a 30 litros por segundo, en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y a 150 litros por segundo en el resto de las Regiones.

b. *Valoración económica de la patente por no utilización de las aguas*

Como se ha venido argumentando, sólo podríamos justificar desde la eficiencia la incorporación de la patente por no utilización de las aguas en la mecánica del mercado chileno de las aguas, si a través de ella se elimina un fallo de mercado que impide la existencia de transacciones de los derechos de aprovechamiento, como lo sería la existencia de un monopolio de derechos de aprovechamiento que impidiese la entrada de nuevos competidores en el mercado de las aguas conduciendo a una asignación ineficiente del recurso.

En su momento, DOMPER (2003, p.6) propuso que el modelo inicial no fuera variado en tanto, en sí mismo, conducía a la asignación eficiente de los recursos. El problema, a su juicio, no se resolvía con la introducción de una nueva patente, sino en el perfeccionamiento del mercado de aguas, eliminando costes de transacción relevantes, como “*problemas de información como la falta de un catastro público de derechos de agua, problemas de afectación entre derechos de agua superficiales y subterráneos, o entre derechos de aguas no consuntivos y consuntivos, etc.*”

Al tiempo de las discusiones prelegislativas, GÓMEZ-LOBO y PAREDES presentaron un trabajo que trataba específicamente de las modificaciones propuestas al CA. Sobre el particular, los autores (2001, p. 84) resumen dicho proyecto en la idea de que el Poder Ejecutivo había centrado el problema de escasez de las aguas en el carácter gratuito de su otorgamiento por parte de la Administración y en la ausencia de normas que obliguen a los particulares a ejercer el recurso mediante su aprovechamiento efectivo. O, como agrega DOMPER (2003, p. 1), “*el argumento en el cual se basa [la reforma] es el supuesto de que el mercado de los derechos de aprovechamiento de agua que existe en la actualidad no logra una*

asignación eficiente del recurso, por cuanto algunos propietarios prefieren no utilizar dichos recursos, acapararlos y especular con su precio”.

Para tales efectos, GÓMEZ-LOBO y PAREDES (2001, p. 87) argumentaron que el no uso de las aguas no tiene un carácter económicamente gratuito en tanto siempre debe tenerse en cuenta el coste alternativo que implica su posibilidad de disponer de ellos en un sistema de mercado, como el que propicia el modelo del CA de 1981. Este coste, evidentemente, equivale al valor que tendrían los derechos de aprovechamiento de ser transados en el mercado. Ello implicaría que una persona racional mantiene los derechos de aprovechamiento en su patrimonio en tanto asigna un mayor valor al no uso de las aguas (probablemente, un valor de opción o de cuasi-opción) que al valor que el mercado está dispuesto a pagar por los mismos.

Ausente de costes de transacción, la lógica indicaría que el mercado sería el mecanismo ideal para la transferencia de tales derechos a sus usos de mayor valor. Sin embargo, esta asunción, además de asumir la inexistencia de costes relevantes al modo de COASE, también supone la ausencia de imperfecciones de mercado (DOMPER, 2003, p. 2). Y ello tendrá lugar especialmente en el caso en que exista poder de mercado, probablemente por parte de los actuales titulares de los derechos de aprovechamiento, dando lugar a una transferencia de una cantidad de derechos inferior a la óptima.

De ello resulta que el modelo inicial del CA ofrecía neutralidad entre los diferentes valores relacionados a las aguas corrientes, al tiempo que la incorporación de una patente por no uso termina beneficiando el valor de uso sobre los valores de no uso (opción, cuasi-opción y existencia). En esta discriminación, GÓMEZ-LOBO y PAREDES (2001, p. 88) no observan argumentos de eficiencia económica, sino simplemente de una mutación en la valoración legislativa entre las diversas maneras de aprovechar las aguas. La conservación de los derechos de aguas no utilizadas por parte de su tenedor implicaría entonces reconocer que el mayor valor de las aguas se encuentra en su valor de opción o de cuasi-opción, por lo que la asignación será eficiente si permanece en esas manos. Al contrario, incorporando una patente por el no uso de las aguas, el valor

de no uso quedaría gravado, en términos tales que podría alterar a eficiencia del mercado hasta hacer que su titular renuncie al derecho (en los términos del artículo 6 CA) o lo enajene a quien, simplificando el argumento, pueda esperar un valor neto de uso superior.

Pero obsérvese que, ante la alternativa, una persona racional procedería a la enajenación de los derechos sobre la renuncia, a efectos de obtener alguna ganancia por el hecho de desprenderse de sus derechos de extracción. Así las cosas, la renuncia sólo tendría lugar en aquellos casos en los que no existieren demandantes del derecho de aprovechamiento, o bien aquéllos casos en que el valor asignado por esos eventuales demandantes fuera extremadamente bajo, lo que podría dar a entender que realmente no existe una escasez ineficiente del recurso. Y, ante la ausencia de escasez, no parecen haber suficientes argumentos desde la eficiencia como para justificar el mencionado gravamen mediante la patente de los valores de no uso referidos a las aguas corrientes.

Para poder determinar si existía o no un problema de eficiencia, el legislador necesitaba probar que habían existido concesiones excesivas de agua y acaparamiento de derechos de aprovechamiento. Para llegar a sostener que había acumulación (especulativa o no) de derechos, debió revisar el funcionamiento del mercado de las aguas. De este modo, y aplicando un índice de concentración, pudo haber determinado la existencia del poder de mercado. Sin embargo, a la época y como lo hemos venido indicando a lo largo de éste Capítulo, no existía ningún antecedente fidedigno para poder realizar semejante estudio empírico.

De haber existido suficientes fuentes de información, se podrían haber obtenido los siguientes resultados:

En primer lugar, el análisis de los derechos y su titularidad podría no haber detectado indicios de concentración en el mercado. En este primer supuesto, no quedaría comprobada la presencia de un mercado imperfecto, y, por tanto, no habría sido necesaria ninguna herramienta de intervención al no haber fallos de mercado. En este último caso, la alternativa más

adecuada hubiese sido dejar al mercado para realizar una asignación eficiente.

Bajo esta premisa, el único objetivo justificable para la patente podría provenir de la equidad. El legislador podría justificar su imposición sosteniendo que la Administración concede los derechos de aprovechamiento para que sus titulares le den un “uso socialmente rentable”. En caso de que la sociedad (representada por la Administración) estime que el uso que hace el titular del agua no es socialmente rentable, incluyendo en esta categoría la acumulación ociosa, se le aplicaría la patente. Ello sería así aun cuando el titular del derecho de aprovechamiento que no le da el “uso socialmente rentable”, o socialmente adecuado al agua, justifique tener un valor de opción, de cuasi-opción o incluso un valor de existencia con la tenencia del derecho.

El problema que presenta la justificación de la patente por medio de la equidad es que, dado que los ideales de equidad de la sociedad no son observables, puede que dicha justificación no sea real, sino más bien una extrapolación de otros objetivos políticos definidos de forma más difusa. De hecho, muchos de los objetivos de equidad podrían verse ya satisfechos con otras instituciones, como la caducidad y la gratuidad de los derechos de aprovechamiento.

En segundo lugar, el análisis de los derechos y su titularidad podría haber detectado concentración en el mercado. Ello habría mostrado indicios de ineficiencia en el uso del agua. Sólo a partir de este resultado, que hubiese permitido identificar la existencia de un mercado imperfecto, al legislador le hubiese correspondido legítimamente buscar soluciones al poder de mercado. Las principales medidas que podría haber adoptado eran las siguientes:

- Disponer la caducidad de los derechos por su no utilización;
- Deshacer la concentración del mercado; o,
- Establecer un precio regulado a los derechos de aprovechamiento.

Ya vimos que la posibilidad de hacer caducar los derechos de aprovechamiento se descartó desde un inicio del debate parlamentario en atención a un supuesto vicio de inconstitucionalidad.

La segunda alternativa, consistente en la definición de políticas públicas para intervenir corrigiendo las deficiencias que presenta el monopolio. Lo anterior se logra eliminando las prácticas monopolísticas, a su vez que, promoviendo y defendiendo la libre competencia en los mercados. Así, el Decreto con Fuerza de Ley No 1 de 2004 o Ley de defensa de la libre competencia (que fija el texto refundido del Decreto Ley No. 211 de 1973) en su artículo 1 señala que *“Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.”* Dicha Ley entrega el resguardo de la libre competencia al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica; enumera, a modo de ejemplo, las conductas que puedan entorpecer la libre competencia; y, señala las sanciones para todo aquél que ejecute actos que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos comportamientos se puedan disponer para cada caso en particular.

La tercera medida consistente en establecer un precio regulado a los derechos de aprovechamiento de agua, se asienta sobre la idea de que dicho precio recoja el coste de oportunidad del agua, equivalente al coste marginal del recurso. Así, si el precio del recurso es “0”, la demanda llega hasta que la utilidad marginal es “0”. Es decir, la más mínima demanda se satisface, aun cuando el coste marginal del recurso sea “0”. Con esta medida los usos no eficientes desaparecen, se sigue permitiendo obtener el excedente en las transacciones, y, finalmente, se produce una asignación eficiente.

El problema que se deriva de la aplicación de un precio regulado (o tarifa del agua), con la finalidad de obtener la eficiencia mencionada, es

que sólo por medio del mercado, es decir, del equilibrio libre entre oferta y demanda, se puede obtener el precio que recoja el coste de oportunidad del agua. Lo anterior, siempre que: (i) la cantidad asignada no supere el total del recurso, y (ii) que el mercado funcione correctamente, es decir, con completa ausencia de fallos de mercado. Sólo de esta manera se pagará por el agua un precio equivalente a su coste de oportunidad. Dado que el ordenamiento jurídico chileno permite la transferencia de derechos de aprovechamiento, este coste de oportunidad podría haberse identificado, para cada categoría, a partir del precio de las transacciones similares a los casos registrados en dicha categoría. Nuevamente, como hemos tenido ocasión de constatar, los registros que se llevan para recoger dichas transacciones son tan incompletos e imperfectos que resulta imposible obtener de ellos ningún tipo de información fiable al respecto.

El establecimiento de un precio por la acumulación ineficiente del recurso, debía tener por objeto desincentivar la ineficiencia que, como se ha señalado, se hubiese traducido en la acumulación improductiva del recurso y su consecuente agotamiento. Ahora bien, para que la aplicación de la tarifa hubiese podido conseguir la finalidad descrita, era imprescindible la concurrencia de dos requisitos: (i) la existencia de un mercado imperfecto, que constituye su único supuesto fáctico de aplicación; y (ii) que dicho precio reflejase el coste de oportunidad del agua, equivalente a su coste marginal que, como indicábamos, sólo se conoce a través del mercado.

La fijación de una tasa, al tener por objetivo la eficiencia, necesariamente debe plantearse bajo una hipótesis de rentabilidad ya que consiste en un desincentivo, articulado a modo de tributo. La hipótesis será: ¿Qué es más rentable: que los derechos de aprovechamiento estén en manos de su titular (aun cuando no les dé un uso actual y socialmente relevante) o que la sociedad tenga aquéllos derechos a su disposición? De este modo, podemos sostener que la acumulación de derechos de aprovechamiento de aguas es eficiente cuando los valores de opción, cuasi-opción y de existencia (en su caso), sean mayores que el valor asignado a la tarifa.

La mecánica del impuesto *pigouviano* intenta resolver, por medio de incentivos, si para el titular del derecho de aprovechamiento (que no utiliza el agua) es más rentable conservarlo (por el motivo que estime) que perderlo liberándolo a otros. De ser así, conservará su tenencia, pero retribuyendo a la sociedad lo que esta última deja de percibir por no disponer de dicho derecho.

El cálculo de este coste externo, al asimilarlo a una carga *pigouviana*, se identifica con el daño producido. Se puede atisbar que el segundo problema que surge con el establecimiento de dicho tributo es la determinación del coste externo de no utilizar el agua. La determinación de dicho factor se realiza estimando el coste que asumen aquellos posibles beneficiarios de los derechos de aprovechamiento, es decir, la sociedad en su conjunto, en relación al caudal y el beneficio que obtiene el titular del derecho de aprovechamiento ocioso. En suma, el factor *gamma* debiera ser equivalente al coste de la rentabilidad que tienen los proyectos del área multiplicado por el caudal. De este modo, para el legislador razonable, el factor *gamma* no puede quedar determinado por un valor aleatorio distinto al daño externo.

La patente por no utilización de las aguas, incorporada por la Ley No 20.017, se articula como una forma imperfecta de tributo. Dicha patente sólo conseguiría su objetivo si asignara un valor al coste externo. Se desprende de lo anterior que, para desincentivar el no uso del agua, el factor *gamma* inserto en la fórmula de cálculo de la patente, debía ser equivalente al daño producido o coste externo, multiplicado por Q (en este caso en metros cúbicos por segundo) y H (correspondiente a la altura o desnivel en metros). Como ya lo indicamos precedentemente, de los antecedentes prelegislativos de la medida, se desprende que las consideraciones que tuvo el legislador en cuenta para calcular el monto de la patente, en ningún caso hicieron referencia al coste marginal del agua. El monto de la patente fue definido arbitrariamente, por lo que bajo ningún supuesto distinto del asar, podrá dirigirse a corregir un fallo de mercado, *máxime* si desconoce su ocurrencia.

Sin embargo, la patente por no utilización de las aguas, en caso de que exista una concentración en el mercado, igualmente puede presentar una serie de inconvenientes, a saber:

- No incentiva la eficiencia en el uso del recurso, ya que sólo incentiva “el uso”, “cualquier uso”, y puede ser más eficiente un “no uso”.
- Puede no evitar el agotamiento del recurso, por el contrario, puede aumentar el problema.
- Puede que tampoco ponga fin al acaparamiento de derechos, si la imperfección en la información conduce a un monto inadecuado a pagar en cada caso.

c. Conceptualización jurídica de la patente por la no utilización de las aguas

A primera vista, puede decirse que la patente por no uso incorporada por la Ley No. 20.017 no altera los supuestos esenciales de la configuración de los derechos subjetivos de extracción de aguas a los que hicimos referencia en el Capítulo I de esta Tercera Parte. La patente en sí no parecería incidir directamente en los atributos que el CA había otorgado a estos derechos a efectos de conseguir una eficiente asignación por parte del mercado. Sin embargo, creemos que esta conclusión debe ser estudiada con una profundidad mayor.

La perpetuidad del derecho fue puesta en entredicho en los albores de la discusión parlamentaria, quebrando la idea de la intangibilidad del derecho por la mera circunstancia de no ser utilizados conforme a su naturaleza. Pero la consagración de causales de caducidad en este sentido, además de retroceder a modelos que el sistema chileno había conocido en épocas anteriores, suponía un problema constitucional. Los derechos de aprovechamiento ya constituidos se habían radicado en el patrimonio de su titular, conforme a los términos de acuerdo a los cuales habían sido administrativamente constituidos. De este modo, cualquier alteración sustancial en su configuración, especialmente en lo que se refiere a la

posible pérdida del derecho por su no utilización, bien podría impugnarse como una forma de expropiación que no sigue las reglas contenidas en el artículo 19, número 24 de la CPR. Dejar la sanción de caducidad sólo para los derechos que se constituyesen a partir de la reforma de 2005 traía inconvenientes adicionales tales como una posible desigualdad en la ley entre derechos de aprovechamiento que persiguen igual finalidad (artículo 19, número 2 CPR), a la vez que difícilmente lograría los resultados prácticos que se pretendían mediante la reforma.

La alternativa de la patente por no uso surgió a partir de la indicación sustitutiva de 1996, principalmente a objeto de sobreponerse a cualquier eventual infracción constitucional. La vía fiscal tiene, a lo menos en este sentido, una mejor cabida si se atiende a que de ningún modo el constituyente asegura una intangibilidad tributaria respecto a la tenencia de bienes o al ejercicio de ciertas actividades, a menos que el tributo resulte expropiatorio. De este modo, el legislador tiene un mayor margen de actuación en la alternativa tributaria, ya que sólo deberá respetar los parámetros establecidos en el artículo 19, número 20 CPR²²⁵.

Estos parámetros constitucionales se fundamentan en garantizar los siguientes pilares en la creación de cualquier forma de tributo:

- (i) *Igualdad en el reparto*, que implica la no existencia de tributos que se basen en criterios arbitrarios de discriminación. Las

²²⁵ Conforme a esta norma, el constituyente asegura a todas las personas: “*La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.*”

En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.

Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.”

personas podrán ser sujetas a diferentes cargas fiscales, pero no puede existir una distinción antojadiza que termine por perjudicar a un contribuyente que se encuentre en la misma posición que otro.

- (ii) *Proporcionalidad*, en el sentido de que el legislador no puede establecer tributos que tengan un resultado expropiatorio. En otras palabras, no puede utilizarse la vía tributaria a efectos de impedir el ejercicio del derecho de propiedad, afectando el derecho en su esencia por medio de impedir su ejercicio. La proporcionalidad, en cualquier caso, debe ser medida en relación al monto de la patente.
- (iii) *No afectación*, en el sentido de la recaudación debe ingresar al patrimonio de la Nación, y no puede tener un destino predeterminado, por legítimo que parezca. Esta norma tiene como excepción los tributos de clara identificación local, excepción que es aplicada en el caso de la patente por no uso de las aguas.

Alguna precisión quiso efectuarse en la discusión parlamentaria respecto al carácter sancionador de la patente, que la separaría de su carácter fiscal, hasta transformarla en una penalización de carácter administrativo a la no utilización de las aguas. Aunque esta apreciación podría tener alguna justificación en el hecho de que el legislador podría pretender castigar a quien no utilizase sus bienes de conformidad a su finalidad, esta respuesta no parece adecuada en cuanto parece dejar la puerta abierta a que el legislador puede predeterminar el uso que debe darse a los bienes. Y, más aún, constituir en ilícito el sólo hecho de no querer destinar el bien a dicho uso, simplemente por no utilizarlo²²⁶.

A nuestro juicio, esta apreciación confunde el efecto penalizador con la idea disuasiva que puede envolver a un tributo. En este sentido, la fórmula de la patente por no uso pretende establecer un incentivo a los particulares para que absorban el supuesto coste social que implica la no

²²⁶ Ver, por ejemplo, el Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, de fecha 25 de enero de 2000.

utilización de los derechos, o, en otras palabras, evitar la existencia de un recurso escaso en estado “ocioso”, que bien podría ser utilizado por quien pretenda darle un uso efectivo y socialmente valioso. Así, la patente por no uso sólo pasa a tener sentido si dicho coste social realmente existe, a la vez que su monto es realmente disuasivo a efectos de propender a su efectiva utilización o, al menos, a su enajenación a fin de que pueda ser reasignado.

Pero el punto a considerar es que, encubiertamente, hay una afectación al carácter abstracto del derecho de aprovechamiento. Dado que el ordenamiento ya no permanece impávido ante el uso (o no uso) que se le dé al derecho de aprovechamiento, el tratamiento jurídico ya no es el mismo para estos derechos conforme a si son o no efectivamente utilizados. Y aquí no hay sólo una ruptura del principio de neutralidad al que hemos hecho previamente referencia, sino una alteración que bien puede incidir en la finalidad del legislador al tiempo de publicar los recursos hídricos.

Respecto a las actividades extractivas, que configuran la base de estos derechos de aprovechamiento, habíamos abogado por una interpretación del elemento teleológico basado en la asignación eficiente vía mercado. Pero, en la concepción original del CA, esta eficiencia podía resultar en que el valor asignado por el mercado al denominado *valor de opción* podía superar al *valor de uso*, de modo que la radicación del derecho en quien no quisiera darle un uso inmediato al derecho perfectamente podía ser un resultado eficiente. Ahora bien, la introducción de la patente grava únicamente al valor de opción, de manera que el legislador incorpora un nuevo elemento en la mecánica de intercambio. El valor de opción debe asumir la ventaja con la que corre el valor de uso.

¿Se dota a la Administración, por este medio, de potestades regulatorias que alteran la finalidad de la publicación? No debe parecer este un argumento extraño, toda vez que hemos formulado la presente tesis sobre la idea de las motivaciones económicas del legislador al tiempo de crear un sistema de asignación de los recursos hídricos. Así fue en la creación del CA, y así deberá ser estudiado también en el contexto de la reforma. La respuesta a esta incógnita es sumamente compleja, ya que el estudio jurídico de la patente no nos otorga, por sí solo, una conclusión a

este respecto, sino que nos reconduce a la valoración económica de la mencionada medida, en los términos antes explicados.

Del análisis económico efectuado, creemos que resulta evidente que ha existido una variación en el elemento teleológico de la publicación. Por supuesto, no se trata de una alteración tal como fue planteada en el inicio del proceso de reforma, en que la intervención administrativa era tan brutal que podía llevar a la caducidad del derecho. Sin embargo, no podemos ocultar que el legislador obró sobre este tema bajo un cierto manto de ignorancia al no conocer el estado entonces existente de la distribución del recurso. De ello resultó que la fijación del monto de la patente parece más bien arbitrario, dirigiéndose directamente en contra de ciertas y muy particulares áreas productivas, en lugar de corregir un supuesto problema de eficiencia en la distribución de las aguas. El problema se ahonda aún más si consideramos que el propio legislador no contaba con antecedentes suficientes como para determinar si existía o no un fallo de mercado.

En pocas palabras, el elemento teleológico que resulta de la reforma al CA debe considerar ya no sólo el parámetro de eficiencia en la asignación vía mercado. También debe tomar en cuenta la existencia de un nuevo supuesto normativo (patente) que, dada su configuración, no puede corregir un fallo de mercado (concentración) en atención a que en su planteamiento no se ha llegado a identificar y a que su fórmula de cálculo no toma en cuenta el daño social que pudo haber provocado la acumulación improductiva de derechos. La regulación final, por tanto, no ahonda en la finalidad de asignación eficiente que hemos indicado como base de la publicación de las aguas en el CA original, sino que incorpora ciertos elementos diferentes, que no pueden definirse como totalmente ajenos a los objetivos recaudatorios. Y, dichos elementos se configuran sobre la base de privilegiar ciertos usos en desmedro de otros, ya no por medio de una intervención administrativa directa (como el modelo propiciado por la Reforma Agraria), sino por la generación de cargas tributarias.

CONCLUSIONES DE LA TERCERA PARTE

1. Del tenor del CA se desprende que el elemento teleológico de la publicación se traducía en el fortalecimiento de la polifuncionalidad en el uso de las aguas y, ya en lo relativo a los aprovechamientos extractivos, en la asignación eficiente del recurso. Así podemos afirmar que el objetivo final de la legislación era obtener eficiencia en el uso del recurso hídrico. Las líneas matrices sobre las que se asentó la normativa del CA eran fiel reflejo de los principios incardinados en la doctrina neoliberal que promovía la CPR, que a su vez, instaba por el modelo de mercado como mecanismo de asignación.
2. Para lograr el cometido implícito en el citado elemento teleológico, la legislación creó las bases sobre las cuales se pretendía desarrollar un mercado de aguas. Estos cimientos incluyen, por una parte, la reducción de los costes de transacción en el mercado, y, por la otra, la protección del derecho de aprovechamiento mediante la técnica de la “propietarización”. En este último sentido, dota a dicha titularidad de todos los caracteres propios de un derecho de propiedad pleno. Ello se desprende de las particularidades especiales del derecho de aprovechamiento, que se presenta a modo de derecho definido, exclusivo, transferible, ejercitativo y perpetuo.
3. En atención a la gratuidad en la adquisición y conservación del derecho, como a la escasa, por no decir ausente, intervención administrativa en la gestión de las aguas, comenzó a generarse cierto malestar en el mundo político. Dicha molestia dio origen a un proyecto de ley que intentaba recuperar la condición de bien nacional de uso público del recurso y otorgar prerrogativas a la Administración en la conservación medioambiental de un cierto caudal ecológico. A juicio del legislador, la entrega de la gestión a los particulares había originado una ineficiencia que se traducía en

una acumulación improductiva de derechos de aprovechamiento y en un persistente agotamiento del recurso.

4. Así, el proyecto de modificación al CA, en lo que nos atañe, introduce tres importantes modificaciones a la legislación hasta ese entonces en vigor:
 - a. La consagración de un “caudal ecológico”, que, en la legislación chilena, se configura como un “uso no extractivo”, sujeto a un acceso abierto por parte de los administrados. Atendiendo a que el “uso ecológico” se fragua fuera del mercado (dado que, a su respecto, se presentan los mismos problemas que en los bienes públicos) la injerencia de la Administración va a desplegarse de manera de corregir un fallo de mercado en la reasignación de las aguas. Esta circunstancia no altera las finalidades de la publicación y deberá leerse como una intensificación del respeto a la polifuncionalidad.
 - b. La incorporación de una memoria explicativa en la solicitud de derechos de aprovechamiento, que originalmente suponía otorgar una herramienta a la Administración para denegar la constitución de derechos de aprovechamiento que no se cohonestaran con unas determinadas medidas administrativas, fruto de una concepción política de proporcionalidad en los usos del recurso. Con ello, se pretendían crear prioridades de uso sujetas a la discrecionalidad de la Administración. El proyecto original mutó hasta el punto de constituirse en una atribución muy limitada en la gestión de los recursos hídricos y que sólo excepcionalmente permite la denegación parcial de solicitudes. Sin embargo, y a pesar de que la medida no afecta a derechos adquiridos, el principio de neutralidad en la gestión de las aguas sí se ve alterado. A la Administración ya no le es indiferente su destino.

- c. La introducción de una “patente por la no utilización de las aguas”. Si bien el legislador, a primera vista, pretendía corregir un fallo de mercado (la acumulación de derechos de aprovechamiento ociosos), desconocía la circunstancia de si había o no concentración en éste, puesto que no realizó estudios al respecto y los datos con que contaba eran muy precarios. Si se buscaba desincentivar el acaparamiento de derechos ociosos, la patente debía reflejar el coste marginal del agua. Pero crea fórmulas de cálculo utilizando información inadecuada, tales como el valor del agua cruda (para los derechos consuntivos) y el VAN de los proyectos hidroeléctricos (para los derechos no consuntivos). A raíz de ello, no puede lograr un cometido de eficiencia: atendiendo a la fisonomía de la patente, ésta se trata de un impuesto que no refleja un coste externo, y, por lo tanto, su única finalidad es la de ser un instrumento recaudatorio.

Ahora bien, no queda más que señalar que la modificación de la normativa de aguas en lo referente a la patente altera la finalidad de la publicación. A través de ella se incorporan elementos que obstruyen la neutralidad del legislador de frente a la utilización del recurso. Al ordenamiento vigente ya no le es indiferente qué uso se le da al agua, es más, le da preferencia al uso efectivo del recurso que a su no utilización.

CONCLUSIONES FINALES

1. *Un estudio normativo de las aguas debe tomar en cuenta sus diferentes dimensiones regulatorias. Así, deben distinguirse los planos que corresponden: (i) al aqua profluens, como bienes sujetos a la técnica de la publicación y, en consecuencia, extirpados de la propiedad privada y del tráfico jurídico; (ii) el agua extraída, como bien identificable, ya sujeto a la lógica privada, y (iii) los derechos de extracción, cuya fisonomía necesariamente dependerá de la noción de bien público que corresponde al aqua profluens.*

El agua en apariencia homogénea, se manifiesta como un recurso multifacético, que ofrece diversas utilidades, tanto extractivas como no extractivas, insumo de distintas actividades pero, a la vez, necesario para la supervivencia de los ecosistemas. Es así, como los recursos hídricos constituyen un reto para el legislador, quien deberá atender todas las finalidades del agua y proveer a todas las necesidades del hombre, de la naturaleza y la vida en general.

Esta aproximación del agua llevó al legislador chileno a diseccionarla tripartitamente en su regulación. De este modo, consideró las aguas dentro de un sistema hídrico, o *aqua profluens* sometidas a la lógica pública; a las aguas ya extraídas de su fuente, insertas en la lógica jurídica-privada, por lo que omitimos su estudio en este trabajo; y, a los derechos aprovechamientos particulares relativos a las aguas, como una categoría de bienes sujeta a la finalidad de la *publicatio*.

Los Derechos continentales, han creado sobre el *aqua profluens* una titularidad dominical, sustentada sobre la base de un vínculo subjetivo a favor del Estado. Ello, con el objetivo de satisfacer una finalidad pública. El Derecho chileno, como hemos visto, publica las aguas corrientes pero la base de dicha afectación la encontramos en el elemento teleológico. A su vez, la publicación es excepcional

y sólo se admite en aquellos casos en que la satisfacción de ciertos intereses públicos no puede ser lograda acudiendo a la lógica de la propiedad privada. A partir de esta concepción de la demanialidad se han derivado diversas consecuencias, que han repercutido especialmente en la configuración de los derechos públicos subjetivos para aprovechar las aguas.

El gobierno de las aguas no necesariamente implica la creación *ex novo* de aprovechamientos particulares por medio de los cuales los administrados pueden obtener los beneficios del recurso de manera privativa. Así, una dimensión importante del uso de las aguas, se manifiesta a través de aprovechamientos no extractivos de las aguas. En estos supuestos, la falta de congestión en la utilización del recurso, ha derivado en la implementación de un sistema de libre acceso (*open access*). Dicho sistema, se ha creado con el objeto de permitir el ingreso de cualquier persona al uso del recurso y para diversas utilidades, siempre que dichos usos no perjudiquen al recurso, ni impidan aprovechamientos de terceros. La fórmula de aprovechamiento, en los sistemas de acceso abierto, queda circunscrita a la obtención de beneficios por medio del uso prioritario, que cesa en cuanto se deje de usar el bien. De este modo, no se configura un verdadero derecho de aprovechamiento, sino más bien el ejercicio de una libertad personal, radicada en todos los habitantes de la nación.

Con relación a los aprovechamientos extractivos, su susceptibilidad de congestión, derivó en la necesidad de crear mecanismos de acceso restringido, los cuales se manifestaron en sistemas de tipo ripariano y modelos concesionales. Los sistemas riparianos se fundamentan en la existencia de un predio ribereño y su definición en función de los demás derechos ribereños, de modo relativo.

Los derechos concesionales, a su vez, no tienen su origen en una propiedad ripariana y su definición es absoluta. Lo fundamental de dichas titularidades es que no quedan radicadas en una porción determinada de las aguas corrientes, y se comprenden como una

facultad para extraer aguas y no a determinada agua. De lo contrario, la creación de un sistema concesional aboliría el carácter de *res extra commercium* del *aqua profluens* erradicando su publicación. De ello concluimos que las aguas corrientes no dejan de ser inapropiables por la circunstancia de que a su respecto, la Administración cree, a favor de los particulares, derechos de aprovechamiento privativo sobre ellas. De un plumazo desterramos la idea de que los derechos de aprovechamiento particulares para aprovechar las aguas, se configuren a modo de derechos reales. De haber sido así, dicho título se hubiese ejercido directamente sobre una porción identificable de agua, la cual hubiese dejado de pertenecer a la órbita pública del Derecho quedando sometida a las normas del Derecho privado.

La creación *ex novo* de derechos concesionales para aprovechar las aguas termina en la conformación de un nuevo bien, cuyos límites y contenido están sujetos a la finalidad de la publicación. Así, puede originarse un derecho con un contenido limitado, temporal y revocable hasta un derecho definido, perpetuo y no caducable.

La creación de derechos subjetivos públicos para usar privativamente las aguas, se justifica en evitar la posibilidad de surgimiento de la tragedia de los recursos comunes. De esta forma, su fisonomía responde a ciertas reglas de actuación, que incentivan a los particulares para abstenerse de sobreexplotar las aguas, y de excluir de los beneficios de la conservación de las mismas, a quienes no han asumido sus costes o *free riders*.

2. *Consideraciones económicas relativas a la polifuncionalidad de las aguas corrientes y de la creación de formas de acceso a su respecto. Desprendimiento del elemento teleológico de la publicación en la materialización de dichas formas de acceso en la normativa hispánica y chilena.*

Un aspecto trascendental y que cruza la regulación de las aguas corrientes, se refiere a su polifuncionalidad. Esta especial característica se refiere a su susceptibilidad para ser objeto de cada

vez más actividades, tanto productivas como sociales. No podemos permitirnos una lista taxativa de dichas actividades ya que su número va en constante aumento. De lo anterior se deriva que, en algunos casos, existe rivalidad absoluta de usos, a su vez que, en otras ocasiones, los usos del agua son absolutamente compatibles.

Las aguas corrientes, atendiendo a su carácter de bienes nacionales de uso público, están dispuestas a favor del uso por parte de los administrados. La Ley, bajo esta premisa, regula los medios de acceso y de aprovechamiento del recurso. Es en este punto donde la polifuncionalidad juega un papel relevante. Este carácter multifuncional de las aguas, puede conducir a un alto grado de congestión en sus usos. Ello se debe, por un lado, a la versatilidad del recurso, y, por el otro, a su manifestación como insumo único e insustituible en un sin número de actividades económicas. A su vez, la rivalidad entre los usos y la ausencia de mecanismos de exclusión pueden llevar a su tragedia. En otras palabras, el constante e intensivo uso del bien, teniendo en cuenta el progresivo aumento de su polifuncionalidad y congestión, conduce a su sobre-explotación.

Atendiendo a que las peculiaridades físicas del recurso hídrico impiden la radicación de derechos de propiedad sobre las aguas, por la creación de dichos medios de exclusión, lo que se origina, en consecuencia, es la privatización del acceso al recurso. Mediando la inclusión de reglas de acceso, no se exime al recurso de caer en la tragedia de los recursos comunes, por lo que dichas reglas deben ser complementadas por reglas de apropiación de los beneficios del recurso bien definidas.

Por regla general los usos extractivos del agua se verifican rivales de cualquier otro uso, no así los usos no extractivos, que pueden coexistir con otros usos de igual carácter. Esta polifuncionalidad de las aguas hace que su tratamiento normativo sea muy complejo. El legislador ha prevenido distintas formas de regularlo. De esta manera, cuando la rivalidad de los usos que se han verificado en torno a las aguas es menos intensa, la regulación de su acceso se ha

verificado de manera, común libre y abierta, sin perjuicio de quedar sujeta a ciertas normas de policía que dotan de potestades a la Administración para la conservación del recurso y la preservación de la paz social

De otro lado, la regulación de aquellos usos que comportan actividades extractivas, y, en consecuencia, una mayor rivalidad, se trazan con mayor rigurosidad en el acceso y aprovechamiento de los beneficios del recurso, teniendo en cuenta su alta posibilidad de congestión y las consecuencias derivadas de ello.

El cometido de la regulación normativa consiste en impedir el riesgo de que ciertos usos, estimados socialmente relevantes, queden relegados por otros usos estimados de menor valor por la sociedad.

En la creación de reglas de acceso de carácter restringido, el legislador teniendo en cuenta la polifuncionalidad del recurso, no solo considera la posibilidad de congestión, sino que además, tiene en cuenta las consecuencias económicas que se derivan de la creación de derechos de aprovechamiento privativos. En este sentido, existe un balance coste-beneficio en la creación de dichas fronteras, ya que de su beneficio, pueden crearse situaciones indeseadas, tales como el surgimiento de monopolios y la consecuente escasez artificial.

La reacción de los ordenamientos jurídicos, hispánico y chileno, ante la polifuncionalidad de las aguas cobra fuerza en la creación de reglas de acceso privativo al recurso. En principio, en la legislación indiana confluyeron los sistemas de acceso restringido tanto ripariano como concesional. Ya en el derecho chileno codificado comienza a abandonarse el sistema ripariano y a fortalecerse el sistema concesional hasta el punto de abandonar el primero. Se comienza a dibujar la finalidad de la publicación de las aguas a través del sistema de acceso restringido, en un principio, como un medio de proveer al engrosamiento de las arcas fiscales y, posteriormente, como una forma de justificar una mayor intervención administrativa en la gestión del recurso.

3. *De la indiferencia del constituyente en la determinación de las aguas corrientes como bienes nacionales de uso público y de la configuración constitucional del derecho privativo para extraer las aguas como un auténtico derecho de propiedad, consecuencia de la ideología neoliberal de 1980.*

La CPR no regula el *aqua profluens*, sin perjuicio de que, dado el temor que infundió la Unidad Popular en el constituyente, su mayor preocupación se reflejó en fortalecer y otorgar una protección especial, por medio de la propiedad, al derecho privativo para extraer las aguas.

El CC había otorgado a las aguas corrientes la calificación de “bienes nacionales de uso público”, por este motivo, la Comisión Ortúzar, estimó que no era necesario elevar dicha declaración a rango constitucional. A su vez, dicha Comisión, estimó que no le correspondía a la CPR hacer un catálogo de los bienes nacionales de uso público y que tanto la regulación como la calificación jurídica de las aguas eran materias de Ley. De este modo, otorgó gran flexibilidad al legislador en la definición del régimen jurídico de las aguas con el sólo límite de someter al estatuto jurídico dominical, la titularidad que otorgase a los particulares para usar el agua.

Consecuencia de lo anterior, sólo los límites en que quedarían contenidos los “bienes nacionales de uso público” se incluyeron en la CPR, pero su definición y las cosas que los conforman, están en el CC.

La CPR no es neutral en lo que atañe a la calificación jurídico-legal de las cosas y en este sentido, confiere una garantía general para la adquisición del dominio sobre toda clase de bienes e impide que la Administración o la Ley, salvo las excepciones que ella declara, declaren insusceptibles de apropiación los demás bienes. Las únicas excepciones a la propiedad privada, que prescribe la CPR son los *res*

omnia comunis, los bienes nacionales de uso público y los bienes sujetos a reserva constitucional.

Hemos conceptualizado estas tres categorías de cosas, insusceptibles de ser apropiadas, como “anti-garantías”, ya que por su intercesión, se restringe el libre acceso a la propiedad privada. La CPR las ha dotado de un régimen mínimo, otorgándoles un carácter excepcional, taxativo y requiere respecto de la segunda de ellas, una justificación basada en el interés general. Lo anterior, con la finalidad de determinar la extensión de cada una y no afectar el acceso a la propiedad privada, que constituye la garantía constitucional promovida por la CPR.

En cuanto a los “bienes nacionales de uso público”, dentro de los cuales la Ley (artículo 595 CC y 5 CA), ha identificado a “todas las aguas”, su concepto está sujeto a reserva legal; su alcance, por medio de la frase “deben pertenecer”, lo condiciona a no extenderse a otros bienes que, por su naturaleza, no parezcan destinados a dicha categoría; y, su regulación está limitada a la existencia del “interés nacional”, que justifica su publicación.

En la CPR, el principio del bien común se basa en la propiedad privada y la libertad de empresa, y, por regla general, puede obtenerse por medio de dichas garantías. Las excepciones a su obtención, en atención al principio de subsidiariedad, deben estar restringidas y justificadas, ya que dan origen a algún modo de intervención administrativa. Así, si para alcanzar el bien común en el acceso a la propiedad sobre una cierta clase de bienes, son insuficientes las garantías individuales promovidas en la CPR, y se justifica la intervención administrativa en el interés nacional, se acude a la publicación, que crea un régimen exorbitante al Derecho común.

A diferencia de lo que ocurre con el estatuto jurídico constitucional del *aqua profluens*, la CPR, ha prevenido sobre los derechos de los particulares sobre las mismas, protegiéndolos por medio de la “propietarización”. La CPR no prescribe su régimen jurídico en

general, sólo utiliza la técnica de la protección constitucional de la propiedad con la finalidad de definir la estabilidad del derecho, atendido la débil protección que dichas titularidades obtuvieron durante la Reforma Agraria.

El contenido del derecho para aprovechar las aguas, quedará determinado por la finalidad que se ha pretendido satisfacer mediante la técnica de la publicación. Así, su mayor o menor extensión, la intensidad de la intervención administrativa en su ejercicio, no logran alterar su naturaleza jurídica. Lo único que la CPR estima relevante es que, cualquiera sea la naturaleza del derecho privativo para aprovechar las aguas, éste se encuentre protegido con todas las herramientas que le confiere el derecho de propiedad, a fin de asegurar a su titular exactamente el mismo régimen protector que le es concedido a esta garantía constitucional.

En consecuencia, se le aplica, a la referida titularidad para aprovechar las aguas, todo el régimen jurídico que a la propiedad corresponde, al menos en lo relativo a su adquisición, conservación y pérdida. El ejercicio de la acción reivindicatoria, a su vez, viene dado por la sola calificación del derecho de aprovechamiento como “derecho real”, aun cuando, a nuestro juicio, dicha categoría no le es naturalmente aplicable.

La CPR propietariza de manera expresa el derecho de los particulares para aprovechar extractivamente las aguas (inciso final del artículo 19, número 24 CPR), para evitar cualquier interpretación que estime que por tratarse de derechos que nacen de una concesión, no queden cubiertos por la garantía de la propiedad de los bienes incorporeales a que ella se refiere. Esta norma debe leerse conjuntamente con otra del CA que reitera la “propietarización” del derecho de aprovechamiento. Mediante esta técnica, la CPR pretende disponer de una reserva legal en lo relativo a la adquisición, facultades, limitaciones, obligaciones y causales de expropiación del dominio; la regulación de las causales, el procedimiento e indemnización para el caso de expropiación;

prevenir los abusos de la Administración y de los particulares, confiriendo la posibilidad de ejercer la acción de protección; y la protección del derecho en su esencia (artículo 19, número 26 CPR).

4. *Bases sobre las cuales se articula la regulación legal chilena, en especial en lo que concierne al tratamiento del aqua profluens. El concepto de bienes nacionales de uso público, su origen, fisonomía, extensión y efectos.*

Las aguas corrientes son categorizadas como bienes nacionales de uso público en la Ley. Sin perjuicio de que la regulación en el CC se hizo con la finalidad de distinguir las aguas públicas de las privadas y, de determinar el régimen de acceso privativo en las primeras, actualmente todas las aguas corrientes, son consideradas bienes nacionales de uso público. Quedan exceptuadas de la publicación, las aguas una vez extraídas de su fuente y los derechos privativos para utilizarlas.

Atendiendo a la polifuncionalidad de las aguas, las finalidades previstas por el legislador para la publicación de las mismas, se bifurcan en dos regímenes jurídicos distintos: el primero, normado para las actividades no extractivas, y que se traduce en la lógica del acceso abierto para su aprovechamiento; y, el segundo, establecido con respecto a las actividades extractivas, cuyo sistema de aprovechamiento se fundamenta en un sistema de acceso restringido al recurso. Este último, instrumentado en un sistema concesional, tiene por finalidad la creación *ex novo* de un derecho público subjetivo, susceptible de adecuarse a los fines de la publicación. Hoy por hoy, la legislación en vigor contempla la creación de un derecho exclusivo, abstracto, autónomo, definido sólo en relación a su cuantía, ejercitativo y de contenido patrimonial.

La finalidad de la publicación, en lo concerniente a los aprovechamientos extractivos, está circunscrita a la obtención de eficiencia en la asignación del recurso. Para ello, el legislador ha propuesto las bases para la creación de un mercado, sustentado, en el Derecho privado.

No es una contradicción que el legislador haya utilizado la técnica de la publicación, para extraer las aguas corrientes del comercio jurídico-privado, para posteriormente someter su aprovechamiento extractivo, a la lógica del mercado, es decir, al Derecho privado. La conclusión anterior, se basa en que la técnica de la publicación sólo concierne al *aqua profluens*, pero no afecta los derechos públicos subjetivos que nacen *ex novo*, del procedimiento concesional que a su respecto se originó. Los derechos privativos para aprovechar las aguas no están publicados. La ausencia de un derecho de propiedad sobre las aguas corrientes impedirá la existencia de un “mercado de aguas”, pero, el derecho de aprovechamiento, que nace del procedimiento concesional, como un nuevo bien, definido e identificable no a modo de una porción del *aqua profluens*, sino como una titularidad independiente, admite la configuración de un derecho de propiedad sobre si mismo y su sujeción a un mercado. La única observación que debe hacerse, es que la creación de un mercado de derechos de aprovechamiento, necesariamente debe responder a la justificación de la publicación.

La doctrina española construyó el concepto de dominio público sobre cuatro pilares con la finalidad de estructurar las bases del vínculo entre la Administración con los bienes públicos: el *elemento subjetivo*, que resuelve el problema de la titularidad de los bienes públicos; el *elemento objetivo*, referente a los bienes sobre los que existe dominio público; el *elemento teleológico*, o finalidad de la publicación; y, el *elemento normativo*, que revela el régimen jurídico-público exorbitante al que se encuentran sujetos.

La doctrina de gran parte de los Derechos continentales, ha estructurado la configuración del dominio público sobre el elemento teleológico, o dominio de las Administraciones Públicas sobre determinados bienes, para la consecución de ciertas funciones públicas (ello, sin descartar los otros dos elementos). Así, en dichos ordenamientos, el punto neurálgico desde donde desencadena toda la conformación del demanio, se encuentra en el elemento subjetivo. Por el contrario, la normativa chilena, prescinde del vínculo

subjetivo, y la concepción de los bienes nacionales de uso público se articula sobre la base de la finalidad de la publicación. El elemento teleológico, en el sistema chileno, está destinado a la satisfacción de un interés general, y su regulación constituye un régimen exorbitante al Derecho común para dar cumplimiento a tal cometido. La legislación civil en vigor, los ha extirpado de su regulación declarándolos *res extra commercium*, pasando a ser insusceptibles de propiedad privada.

Esta falta de apropiabilidad, se resuelve en que no puede configurarse a su respecto un elemento subjetivo, teniendo en cuenta que la regulación pretende la consecución del bien común eliminando el acceso a la propiedad privada y creando formas de aprovechamiento privativas sujetas a una lógica radicalmente distinta de aquéllas contempladas en el ordenamiento jurídico-privado.

Al confrontar el Derecho comparado y su perspectiva histórica con la configuración del demanio en el ordenamiento jurídico chileno, advertimos las diferencias en los siguientes ámbitos: en la titularidad, en la afectación y en la inalienabilidad

Las ideas que subyacen la legislación chilena encuentran su origen en la tradición hispánica permeada de los conceptos del Derecho romano, y, en los postulados de la doctrina tradicional nacida en los albores de la Revolución Francesa, más que en la forma en que ella se fue trasladando a los textos normativos europeos, principalmente franceses y españoles.

El Derecho chileno descarta la existencia del vínculo subjetivo y concibe, respecto de los bienes públicos, una noción política de pertenencia nacional (la “nación toda”) para su destinación al cumplimiento de un interés general. El “elemento subjetivo” planteado por la doctrina europea no encuentra cabida en el Derecho chileno, por considerarse innecesario para los fines que se persiguen por medio de la publicación. De este modo se justifica el

régimen del demanio únicamente en su afectación al cumplimiento de un interés general.

En cuanto a la afectación de los bienes públicos, el concepto continental, lo vincula con el elemento subjetivo, resultante de la titularidad pública (estatal) de los bienes. Lo anterior no ha implicado el destierro del elemento teleológico, sino su condicionamiento a dicha titularidad.

En un sistema finalista, como el chileno, la titularidad de los bienes públicos no encuentra sitio, por lo que no es preciso subordinar el elemento teleológico a un elemento subjetivo inexistente. Además, en dicho sistema, el elemento teleológico no se articula desde la lógica del binomio uso público / servicio público, sino desde el interés nacional que justifica la publicación. Dicho “interés nacional” no debe reconducirse directamente al “uso público”, sino que a la justificación de la afectación a tal fin público. Así, la publicación debe justificarse en un “interés nacional”, mientras que el “uso público” o uso por parte de los administrados, constituye la base de todos los bienes nacionales de uso público y la forma específica que revista dicho uso, (abierto o restringido) dependerá siempre del interés nacional que se desea satisfacer.

En el Derecho chileno, la demanialidad encuentra su inicio y su fin, en el elemento teleológico que busca la satisfacción de un “interés nacional”. La satisfacción de dicha necesidad pública, no puede ser satisfecha por medio del comercio jurídico-privado. Por ello, ciertos bienes se excluyen del comercio, obteniendo así que todos los habitantes puedan usar de ellos. La *publicatio* en el sistema chileno debe ser la única manera de obtener la satisfacción de necesidades colectivas. La sola existencia de un interés general no legitima la necesidad de publicar. Es indispensable que la satisfacción de la necesidad colectiva no pueda ser obtenida por medio de las técnicas privatistas que ampara el orden público económico promovido en la CPR.

La afectación de los bienes nacionales de uso público, la encontramos sumida en la creación del régimen exorbitante al Derecho común, que ha creado toda una suerte de instituciones y principios propios que determinan las formas de acceso y de aprovechamiento especial que los administrados tendrán en el uso y goce de dichos bienes. De este modo, los derechos de aprovechamiento de aguas, nacen bajo el alero del Derecho público, conformándose como los instrumentos que el legislador ha dispuesto para satisfacer el interés nacional que justificó la publicación del recurso. El “uso público” adquiere forma en los distintos regímenes de acceso que se otorgan al *populus*, y adquieren su fisonomía en el interés nacional justificante de la publicación. Este contenido público del derecho de privativo para aprovechar las aguas nos permite diferenciarlo de derechos de contenido privado, como el de propiedad, cuyo objetivo es la satisfacción de intereses privados.

La afectación, como manifestación de un interés nacional, no es estática ni se resuelve en una finalidad única. La motivación de la publicación puede ir mutando sin que los bienes afectos dejen de integrar el dominio público.

El concepto de inalienabilidad en los derechos continentales se revela como una prohibición de enajenación de los bienes públicos por medio de procedimientos privados, pero dicha exclusión del comercio jurídico privado no obsta la creación de derechos subjetivos administrativos, conformes a las normas del Derecho público, por medio de un procedimiento concesional. De este modo, la inalienabilidad queda circunscrita a la prohibición de disponer del bien sin que a su respecto opere, previamente un proceso de desafectación.

En el Derecho chileno, en cambio, como se prescinde del elemento subjetivo en los términos del derecho continental, la “titularidad” de los bienes nacionales de uso público queda entregada a la “nación toda”, lo que impide, desde luego, la enajenación de dichos bienes. La nación es la encarnación de un concepto político, y como tal,

carece de personalidad jurídica para conformarse como sujeto de derechos, por lo que, a su respecto, no opera la figura de la propiedad ni una remota posibilidad de enajenación de los bienes que le “pertenecen”.

Por ello, el ordenamiento jurídico chileno no necesita hacer referencia expresa a un principio de inalienabilidad de los bienes. La Administración podrá ostentar alguna suerte de potestad de vigilancia, pero nunca facultades de enajenación. Los bienes nacionales de uso público, previa desafectación, podrán ser enajenados, siempre y cuando medie la voluntad de la nación, manifestada por medio de la Ley. La desafectación de un bien público, al que ya no se justifica tener publicado en aras de la consecución de un interés nacional, conllevará hacerlo susceptible de apropiación, desterrándolo del régimen jurídico-público exorbitante. La inalienabilidad de los bienes públicos, dada la ausencia de titularidad, sólo puede considerarse en el ordenamiento chileno como una protección a la consideración de *res extra commercium* de los bienes sujetos a publicación.

5. *Los derechos públicos subjetivos para aprovechar las aguas en la legislación chilena y su necesaria identificación con el elemento teleológico de la publicación.*

El concepto legal de los bienes nacionales de uso público públicos como pertenecientes a todos los habitantes de la nación, sólo se distingue de los bienes fiscales en tanto están destinados al aprovechamiento de los administrados. Este uso público no se identifica con un “uso común y general”, sino que se refiere a la posibilidad de que los particulares puedan obtener los beneficios que reporta el uso de dichos bienes, en conformidad a la finalidad de la publicación.

El aprovechamiento común y general, entendido como ejercicio de las libertades personales, sólo puede llevarse a cabo en aquéllos casos en que la publicación, sólo pueda para obtener el

cumplimiento del interés general, por medio de un acceso abierto al recurso. Este sistema se traduce en conceder a los particulares la posibilidad de hacer uso de tales bienes, de manera libre y directa, sin mediar un sistema de permisos, autorizaciones o concesiones previas que limitarían tal uso. La intervención de la Administración en el uso abierto, se manifiesta en reglas generales de policía para asegurar la utilización del bien en conformidad a su destino natural y, evitar que el uso de un particular impida el aprovechamiento por parte de los demás individuos.

Los aprovechamientos privativos de las aguas, a su vez, están consagrados constitucionalmente sin dar cuenta del contenido del derecho, pero dejando la posibilidad de que la Ley, cree reglas de acceso restringido, con respecto a las aguas corrientes

La forma de utilización del recurso hídrico, ya sea por medio de un uso común o un uso privativo, no constituye la finalidad de la publicatio, sino el mecanismo por medio del cual aquélla puede ser cumplida. Por este motivo, hemos concluido que en vez de “uso común y general”, debería emplearse el término “uso directo por los particulares”, que contempla tanto el acceso universal como las utilidades privativas del recurso.

La determinación del contenido y límites del derecho de aprovechamiento de aguas que ha nacido *ex novo* a la vida del derecho, va reseñando la justificación del legislador para extirpar las aguas del sistema jurídico privado y traspasarlas a la órbita del Derecho público. Las distintas configuraciones de este derecho han ido desvelando las variaciones del elemento teleológico de la publicación, que ha servido de molde del derecho privativo para extraer las aguas.

Los usos no extractivos de las aguas estarán sometidos a un acceso abierto y general, que no requerirá de un permiso especial. Ni el ordenamiento jurídico ni la doctrina parece interesarse más allá en ellos. Sin embargo, la configuración de los derechos de aprovechamiento privativo de las aguas, como derechos subjetivos

de origen administrativo para un uso que necesariamente involucra su extracción, presenta gran interés. Este derecho de aprovechamiento no se radica sobre una porción determinada de las aguas, sino como un derecho a extraer aguas. Así, la referida titularidad no se configura a modo de “derecho real” que confiere a los particulares la posibilidad de “usar y gozar” de las aguas, como lo identifica el legislador.

El derecho a extraer aguas se diferencia del derecho de dominio que se tiene sobre las aguas ya extraídas. A su vez, mientras las aguas se encuentren en el cauce, el particular no tiene derecho alguno sobre ellas, por lo que no se ha creado a su respecto un derecho real a modo de *ius in re*.

En el Derecho chileno, la noción de los “derechos reales administrativos”, no encuentra validez alguna, ya que dicho sistema, prescinde de todo vínculo dominical estatal en la conformación de los bienes nacionales de uso público. La categoría originada en el Derecho Administrativo continental, se fundamenta en la contemplación del elemento subjetivo como base de la configuración de los bienes públicos. Así, su lógica emana de las teorías patrimonialistas que permiten que la Administración (dueña de los bienes públicos) se desprenda de ciertas facultades propias del dominio con el objeto de conseguir la finalidad de uso o servicio público que ha legitimado la publicación. Al tratarse de un *ius in re aliena*, el derecho real administrativo debe respetar los derechos previos de su titular (la Administración Pública), quien es, el verdadero propietario. Bajo este concepto, el derecho real administrativo para aprovechar las aguas nace atado a la potestad demanial del Estado. Consecuencia de lo anterior es que estos derechos son esencialmente revocables y no pueden ser perpetuos. En suma, sin mediar el elemento subjetivo, la teoría de los “derechos reales administrativos” se desmorona.

En el derecho chileno, el derecho privativo para extraer las aguas nace *ex novo*, no se define como un desmembramiento de las facultades del dominio ejercidas por la Administración, como si de

un “usufructo”, sujeto al dominio público estatal, se tratara. Este derecho, que nace en virtud del procedimiento concesional tendrá la extensión que el ordenamiento jurídico estime prudente otorgarle a fin de satisfacer el interés público que justificó la publicación. De este modo, la calificación del derecho de aprovechamiento de aguas como derecho real por parte del legislador, sólo debe entenderse como el otorgamiento a tal derecho, de la acción reivindicatoria regulada en el CC para todos los derechos reales distintos del dominio. Mientras que su propietarización constitucional y legal, responde a la necesidad de proteger al derecho particular para aprovechar las aguas, otorgándole el estatuto jurídico de la propiedad, en lo relativo a la adquisición, conservación y pérdida del dominio.

6. *La consagración en el CA, del derecho de aprovechamiento de aguas como un derecho de propiedad pleno y la subyacente finalidad de la publicación de las aguas.*

El CA imbuido de la ideología que promovía la CPR, optó por crear una nueva institucionalidad en los que respecta a la gestión de las aguas. De este modo, la atención del legislador se centró en la necesidad de crear un derecho de aprovechamiento de aguas que fuese, en lo esencial, idéntico a un derecho de propiedad. Para estos efectos, lo define en cuanto a su cuantía en volumen por unidad de tiempo; lo separa de la tierra y de cualquier actividad económica; lo declara libremente transferible, no sujeto a ningún uso previo y ordena su inscripción; lo dota de todas las protecciones necesarias para hacerlo ejercitativo; y, lo confecciona como un derecho exclusivo y con carácter perpetuo. Todo lo anterior, lo hace el legislador con miras a obtener un uso eficiente del recurso. Así, ante la creación de instrumentos legales que propiciaran una asignación económicamente más eficiente de los recursos, el CA optó por fortalecer el derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento.

Concluimos a este respecto, que la publicación de las aguas en el CA, se justifica en la eficiencia, lo que se resuelve en el

fortalecimiento de la polifuncionalidad de las aguas, y, en lo que atañe a los aprovechamientos extractivos, a su asignación y reasignación a aquél que le de mayor valor.

Para lograr dicho cometido, se sentaron las bases para que surgiera un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas competitivo y que operase con costes de transacción mínimos. Se crearon derechos de propiedad plenos, no respecto al agua, sino sobre los derechos a extraerlas y se fomentó el funcionamiento del mercado con miras a obtener, del mejor modo posible, el resguardo la función social y la eficiente asignación de los recursos.

El CA contempla una absoluta neutralidad legislativa en lo relativo al uso y la gestión de los recursos hídricos. Se quitó toda referencia a una preferencia por los usos, tanto en la concesión del derecho de aprovechamiento, como en su reasignación en tiempos de sequía. Se equiparan todos los usos en un mismo nivel, tanto los que implican ejercicio del derecho, como aquellos que no.

En su vertiente económica, la neutralidad legislativa se tradujo en no otorgar prioridades para los usos y los no usos del agua, equiparando los valores de uso, opción, cuasi-opción y existencia del recurso.

Por último, el CA, promovió la descentralización en la gestión de los recursos hídricos, que se materializó en una especie de privatización en lo atinente a la gestión del recurso. La gestión privada no sólo significa que el titular de manera individual planea el desarrollo de la actividad para la cual solicitó el derecho, sino también la gestión colectiva y organizada a través de las organizaciones de usuarios, con la finalidad de prevenir y solucionar los posibles conflictos que se producen al captar las aguas de las fuentes y repartirlas entre los titulares de los derechos de aprovechamiento.

La configuración global de este sistema decanta en la teoría de los derechos de propiedad y el mercado como mecanismo de asignación eficiente de los recursos. Es en la doctrina económica, a partir de COASE, seguida por DEMSETZ, afinada por CHEUNG y pulida por POSNER, que se comienza a desarrollar la teoría de los derechos de propiedad plenos. Dichos derechos, requieren estar definidos legalmente, ser exclusivos, transferibles, ejercitativos y perpetuos. De este modo, podrán someterse a la lógica del mercado. En esta corriente económica, el mercado cumple la función de ser el mejor mecanismo de asignación eficiente del recurso.

Justificamos en estas teorías, la consagración del derecho privativo para aprovechar las aguas en el CA, y en la elección del mercado, como mecanismo reasignador de dichos títulos, del mismo modo en que lo concibe LINDBLOM. Esta elección, sin embargo presentó ciertas dificultades. Así, se sostuvo que el modelo propiciado en el CA da origen a ciertos fallos de mercado que no fueron resueltos en dicho cuerpo normativo. Algunos de estos supuestos fallos motivan su modificación.

7. *Las modificaciones al CA y la afectación, por este medio, de la finalidad de la publicación prevista originariamente en el referido texto normativo.*

Cuando el CA llevaba poco más de diez años en vigor, el legislador estimó necesario revisar sus postulados, en atención a que estimaba que, con el modelo de gestión descentralizada y con la implantación del modelo de mercado, se había producido una acumulación ineficiente de dichos derechos en manos ociosas y un consecuente agotamiento del recurso. A juicio de dicho legislador, era necesario contemplar reglas que consideraran ciertos aspectos medioambientales y recuperar la condición de bien nacional de uso público, que a su parecer, se había perdido con la materialización de la ideología neoliberal en el CA.

De este modo, y en lo que pudo significar un cambio en el elemento teleológico de la publicación, las principales modificaciones introducidas al CA, fueron las siguientes: la consagración de un

caudal ecológico, la exigencia de una memoria explicativa y la contemplación de una patente por no utilización de las aguas.

Con respecto al caudal ecológico, concluimos que la modificación se plantea como una corrección de un fallo de mercado por cuanto “el valor ecológico” de las aguas, se encuentra fuera del mercado. Por este motivo, sólo por medio de intervención administrativa dicho valor consigue manifestarse. Ahora bien, en la legislación chilena, el caudal ecológico se lee como un uso no extractivo de las aguas. Así, la modificación legal no consagró una preferencia del no uso por sobre un uso, sino más bien, corrige una externalidad que se produce respecto a un uso no extractivo de las aguas.

En suma, la consagración del caudal ecológico no implicó una variación en el elemento teleológico de la publicación, es más tendió a reforzar su eficiencia.

Con relación a la introducción de la memoria explicativa, concluimos que el legislador, al verse despojado de toda herramienta en la gestión del recurso, pretende recuperar ciertas atribuciones en lo que concierne a la asignación de los derechos de aprovechamiento. La modificación, en su contexto inicial, pretendía otorgar a la Administración una auténtica intervención que se materializaba en la denegación de derechos cuyos usos no se ajustaban a los caudales de utilización de agua previamente señalados por ella.

La norma modificatoria quedó esencialmente reducida. La Administración, a partir de la modificación, muy excepcionalmente podrá denegar parcialmente solicitudes de derechos de aprovechamiento. Sin embargo, en lo que nos atañe, la finalidad de la publicación se ve afectada, por cuanto a la Administración ya no le es indiferente el uso que se le de a las aguas, se rompe de este modo la neutralidad legislativa en los usos del agua, que hasta entonces había imperado.

La última modificación, la patente por no utilización de las aguas constituye el mayor de los fraudes legislativos que hasta el momento se habían producido en materia de aguas. Su escenario lo encontramos dispuesto en la decepción que mantenía sumida a la Administración en un silencio a voces por la incapacidad de ésta de intervenir en la reasignación del recurso.

El legislador no contaba con ningún antecedente fidedigno para sostener que se había producido una acumulación ociosa del recurso y su agotamiento. Sin embargo, fraguó el Proyecto inicial de modificación en dichas circunstancias. Así, propuso la caducidad de los derechos que no se estuvieran utilizando. La idea no prosperó, y fue sustituida por la incorporación de una patente por la no utilización de las aguas, que solucionaría un fallo de mercado, la concentración del recurso.

Si se pretendía crear un incentivo para que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas se desprendieran de ellos, la configuración de dicha carga tributaria debía reflejar el coste externo o daño social que se producía en la sociedad con dicha tenencia ociosa. El legislador, sin embargo, en vez de realizar sus cálculos en ese sentido, utiliza otras variables (el VAN de los proyectos hidroeléctricos y el precio del agua cruda) y le otorga a la patente un valor que difícilmente, salvo de mediar el asar, pudiese incidir en un incentivo para desprenderse de los derechos no utilizados, atendida la finalidad declarada.

Sea por falta de información o por dejación de la Administración, lo que sí se desprende de la inclusión de esta patente, es que constituye un mero instrumento recaudatorio. Así, bajo estas premisas y la configuración de la medida en la Ley, concluimos que al legislador no le es indiferente el uso que se le da al agua, y que por tanto, pretende sancionar a aquéllos que no la utilizan. Sin perjuicio de ello, la reforma termina por subvencionar la construcción de obras hidráulicas. En suma, la única conclusión posible, atendidos estos factores, es que la patente se articula como un tributo más del Estado que pretende engrosar las arcas fiscales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBURQUENQUE TRONCOSO, Winston (1980): “Las minas y las aguas en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 2, pp. 345 – 354.
- (2001): “Las minas y las aguas en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, número XXVIII, pp. 345 – 354.
- ALCHIAN, Armen A. y DEMSETZ, Harold (1973): “The Property Right Paradigm”, *The Journal of Economic History*, Vol. 33, No. 1, The Tasks of Economic History, pp. 16-27.
- ALDUNATE LIZAMA, Eduardo (2006): “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, No. 2, pp. 285 – 303.
- ALDUNATE SOLAR, Carlos (1904): “Condición jurídica de las aguas en Chile”, *RDJ*, Tomo I, pp. 57 y ss.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; (1937): *Derecho Civil*, T. II Los Bienes; Editorial Zamorano y Caperán, Santiago de Chile.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1971): *Curso de Derecho Civil*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; y VODANOVIC HAKLICA, Antonio (1998): *Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general*, T. II; Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- ALONSO MOYA, Francisco (1951): “Sobre las aguas de dominio público y dominio privado”, *RAP*, No. 4, pp. 29 – 73.

ÁLVAREZ CARREÑO, Sebastián (2007): “Buen estado ecológico de las aguas”, en AA.VV., *Diccionario de Derecho de Aguas* (dir. Antonio Embid Irujo), Iustel, Madrid, pp. 295 – 305.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1973): *La afectación de bienes al servicio público*, Escuela Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares.

ARROW, Kenneth J, y SCITOVSKY, Tibor (1974) *Ensayos sobre economía del bienestar*, Fondo de Cultura Económica, México, Primera Edición en español.

AZQUETA OYARZUN, Diego (2002): “El valor del agua dese una perspectiva económica social”, *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*, Vol. 1, pp. 83 – 108.

BALLBÉ MALLOL, Manuel (1945): *El concepto de dominio público*, Bosch, Barcelona.

BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel (2000): *Inembargabilidad de bienes y derechos de las administraciones públicas*, Colex, Madrid.

BASSA MERCADO, Jaime y VIERA ÁLVAREZ, Christian (2008): “Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado constitucional: notas para su reinterpretación”, *Revista de Derecho*, Vol. XXI, No. 2, pp. 131 – 150.

BAUER, Carl J. (1996): “El mercado de aguas en California”, en AA.VV., *Precios y Mercados del Agua* (dir. Antonio Embid Irujo), Civitas, Madrid, pp. 179 – 205.

- (1997): “Bringing water markets down to earth: the political economy of water rights in Chile: 1976 – 1995”, *Water development*, Vol. 25, No. 5, pp. 639 – 656.
- (1998): “Derecho y economía en la Constitución de 1980”, *Perspectivas en Política, Economía y Gestión*, No. 1, Vol. 2, pp. 23 – 47

- (2002): *Contra la corriente. Privatización, mercados de agua y el Estado de Chile* (traducción de Juan Pablo Orrego S.), LOM Ediciones, Santiago.
- (2004): *Canto de Sirenas. El Derecho de Aguas Chileno como Modelo para Reformas Internacionales*, Bakeaz, Bilbao.

BAUMOL, William J.; OATES, Wallace E. (1993): *The theory of environmental policy*, Cambridge University Press, Segunda Edición, Cambridge.

BELLO, Andrés (1981): *Derecho Internacional*, Vol. I, en *Obras Completas*, T. X, La Casa de Bello, Caracas.

BERMEJO VERA, José (dir.) (1998): *Derecho Administrativo, Parte Especial*, Civitas, Madrid.

BINGHAM, Joseph W. (1934): "Some suggestions concerning the California law of riparian rights", *California Law Review*, Vol. 22, No. 3, pp. 251-276

BON, Pierre (1998): "El dominio público ante el Derecho administrativo francés" (traducción de Alejandro Vergara Blanco), *Revista Chilena de Derecho*, No. 25, pp. 309 – 327.

BRADEN, John B. (1985): "Uncertainty and open access: Implications from the repeated prisoners' dilemma game", *American Journal of Agricultural Economics*, Vol. 67, No. 2, pp. 356 - 359.

BROMLEY, Daniel W. y CERNEA, Michael M. (1996): "The management of common property natural resources: some conceptual and operational fallacies", *World Bank Discussion Papers*, Vol. 57, International Bank for Reconstruction and Development.

BROWN, Ernesto y PEÑA, Humberto (2003): "Systemic Study of Water Management Regimes, Chile", disponible en <http://www.eclac.org/samtac/noticias/documentosdetrabajo/4/23424/InCh01404.pdf> (consultado por última vez el 4 de diciembre de 2011).

- BRUGGINK, Thomas H. (1992): "Privatization versus groundwater central management: public policy choices to prevent a water crisis in the 1990s", *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 51, No. 2, pp. 205-222.
- BÜCHI BUC, Hernán (1993): *La Transformación Económica de Chile. Del Estatismo a la Libertad Económica*, Grupo Editorial Norma, Bogotá.
- BURNES, H. Stuart y QUIRK, James P. (1979): "Appropriative water rights and the efficient allocation of resources", *The American Economic Review*, Vol. 69, No. 1, pp. 25-37.
- (1980): "Water law, water transfers, and economic efficiency: The Colorado river", *Journal of Law and Economics*, Vol. 23, No. 1, pp. 111-134.
- CABALLER, Vicente y GUADALAJARA, Natividad (1998): *Valoración económica del agua de riego*, Mundi – Prensa, Bilbao.
- CALVO Y PEREYRA, Mariano (1862): *De las aguas tratadas bajo el punto de vista legal y con aplicación a las construcciones y abastecimiento de las ciudades en sus diferentes usos*, Imprenta y Librería de Eusebio Aguado, Madrid.
- CARO-PATÓN, Isabel (2007): "Caudal ecológico", en AA.VV., *Diccionario de Derecho de Aguas* (dir. Antonio Embid Irujo), Iustel, Madrid, pp. 307 – 322.
- CIRIACY-WANTRUP, S.V. (1955): "Some economic issues in water rights", *Journal of Farm Economics*, Vol. 37, No. 5, Proceedings Number, pp. 875 - 885
- CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Vol. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco (1958): "La inalienabilidad del dominio público, *RAP*, No. 25, pp. 11 – 84.

- CLIMENT BARBERA, Juan (1979): *La afectación de bienes al uso y servicio público*, Institución Alfonso el Magnánimo, Diputación Provincial de Valencia, Valencia.
- COASE, Ronald H. (1959): “The Federal Communications Commission”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 2, pp. 1-40.
- (1960): “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, pp. 1 - 44.
- COLOM PIAZUELO, Eloy (2006): “Las cosas públicas y su régimen jurídico: examen de la noción de cosa pública y su clasificación desde una perspectiva subjetiva”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, N° 1 (extra), pp. 7 – 46.
- CONEJEROS ROOS, Cristián Andrés (2001): “El libre acceso a las playas de mar y el estatuto constitucional de la propiedad”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. 3, No. 1, pp. 7 – 44.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas (2002): *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2006): “La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho*, Vol. XIX, N°1, pp. 125-148.
- CHEUNG, Steven N. S. (1970): “The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 13, No. 1, pp. 49-70.
- DELVINCOURT, Claude Etienne (1825): *Cours de Code Civil*, T. II, Librairie Français et Étrangère Grand Place, Bruselas.
- DEMSETZ, Harold (1964): “The Exchange and Enforcement of Property Rights”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 7, pp. 11-26.
- (1988): *Ownership control and the firm: The organization of economic activity*, Basil Blackwell, Oxford.

- (1966): “Some Aspects of Property Rights”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 9, pp. 61-70.
- (1982): “Barriers to entry”, *The American Economic Review*, Vol. 72, No. 1, pp. 47 – 57.
- (1988): *Ownership control and the firm: The organization of economic activity*, Basil Blackwell, Oxford.
- (1990): *The organization of economic activity*, Basil Blackwell, Oxford.

DENOYER, Jean Francois (1969): *L’exploitation du domain public*, Pichon et Durand-Auzias, Paris.

DOMPER, María de la Luz (1999): “El mercado del agua: su evolución en Chile y su experiencia internacional”, *Instituto Libertad y Desarrollo*, Documento, No. 103, pp. 1 – 49.

- (2003): “La eficiencia en el mercado de los derechos de agua: ¿patente por no uso o patente por tenencia?”, Serie Informe Económico No. 141, Instituto Libertad y Desarrollo, pp. 1 – 31.
- (2005): “Código de aguas: Los efectos de la reforma”, Serie Informe Económico No. 156, Instituto Libertad y Desarrollo, pp. 1 – 40.

DONOSO HARRIS, Guillermo (2003): “Mercados de agua: estudio del caso del Código de Aguas de Chile de 1981”, disponible en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd59/mercados-chile.pdf> (consultado por última vez el 4 de diciembre de 2011).

DONOSO, Guillermo, MONTERO, Juan Pablo y VICUÑA, Sebastián (2002): “Análisis de los mercados de derecho de aprovechamiento de agua en las cuencas del Maipo y el sistema Paloma en Chile: efectos de la variabilidad de la oferta hídrica y de los costos de transacción”, en AA.VV., *El derecho de aguas en Iberoamérica y España : cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*, Vol. I, pp. 109 – 152.

DOUROJEANNI, Axel y JOURALEV, Andrei (1999): “El Código de Aguas de Chile: entre la ideología y la realidad”, Series Cepal. Disponible en <http://sad.dga.cl/> (consultado por última vez el 4 de diciembre de 2011).

EMBED IRUJO, Antonio (1994): “Usos del agua e impacto ambiental: evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico”, *Revista de Administración Pública*, No. 134, pp. 109 – 154.

- (1997): “Precios y Mercados del Agua”, en AAVV, *Precios y mercado del agua*, (Antonio Embid Irujo dir.) Civitas, Madrid, pp. 13-16.

- (1999): “El mercado del agua. Consideraciones jurídicas en torno al Proyecto de Ley de Reforma a la Ley de Aguas”, *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, pp. 1-9.

- (2000): “Una nueva forma de asignación de recursos. El mercado del Agua”. *OP. Revista del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*, N° 50, Vol I., Barcelona, pp. 38-45.

- (2006): “A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, No. extra 1, pp. 183 - 206.

- (2007): “Usos comunes del agua”, en Embid, Antonio (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Madrid, Iustel, pp. 949-952.

- (2008): “Asignación del agua y gestión de la escasez en España: los mercados de derechos de aguas”, disponible en http://www.zaragoza.es/contenidos/medioambiente/cajaAzul/35_S11-P1-Antonio%20EmbidACC.pdf Visitado por última vez el 18 de diciembre de 2011.

- (2010): “El agua y la energía en el ordenamiento jurídico. Reflexiones generales con atención singular a la regulación del orden de utilización y al caudal ecológico”, en AA.VV., *Agua y Energía* (dir.

Antonio Embid Irujo), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pp. 13 – 81.

ERRÁZURIZ GATICA, Juan Manuel y OTERO LATHROP, Jorge Miguel (1989): *Aspectos Procesales del Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

ESCRICHE, Joaquín (1838): *Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense*, Imprenta de J. Ferrer de Orga, Valencia.

- (1840): *Elementos de Derecho Patrio*, Librería de la Señora Viuda de Callejas e Hijos, Madrid.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo (1942): “Sobre la incorporación al Código Civil español de la noción de dominio público”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, No. 8, pp. 113 – 127.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2009): “Artículo 132”, en Comentarios a la Constitución Española (dir. María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez – Piñero y Bravo – Ferrer), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, pp. 2.005 – 2.016.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel A. (2000): *La Competencia*, Alianza Editorial, Madrid.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2000): “La constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Derecho*, Vol. XI, p. 47 – 53.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y CAZOR ALISTE, Kamel (2003): “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, *Revista de Derecho*, Vol. XIV, p. 67 – 81.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1986): “El Derecho español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado”, en AA.VV., *El Derecho de Aguas en España*, Tomo I, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1954): “Sobre la imprescriptibilidad del dominio público”, *RAP*, No. 13, pp. 11 – 52.
- (1971): *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo I, Facultad de Derecho, Madrid.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio (1959): “Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español”, *RAP*, No. 29, pp. 11 – 57.
- GARDNER, B. Delworth y FULLERTON, H. (1968): “Transfer restrictions and misallocations of irrigation water”, *American Journal of Agricultural Economics*, Vol. 50, No. 3, pp. 556 – 571.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1962): “Sobre el régimen jurídico del dominio público”, en *Problemática de la Ciencia del Derecho, Estudios en Homenaje al profesor José María Pi y Suñer*, Bosch, Barcelona, pp. 303 – 340.
- (1988): *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Tecnos, Madrid.
- GENOT, Victor (1928): *De l'utilisation privative du domaine public*, Librairie Générale de Droit, París.
- GETCHES, David H. (1997): *Water Law*, West Publishing Co., Minneapolis, Tercera Edición.
- GOETZE, David (1994): “Comparing prisoner's dilemma, commons dilemma, and public goods provision designs in laboratory experiments”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 38, No. 1, pp. 56 – 86.
- GÓMEZ – IBÁÑEZ, José A. (2003): *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts and Discretion*, Harvard University Press, Cambridge.
- GÓMEZ-LOBO, Andres y PAREDES, Ricardo (2001): “Mercado de derechos de agua: reflexiones sobre el proyecto de modificación del Código de Aguas”, *Estudios Públicos*, No. 82, pp. 83 – 104.

- GONZÁLEZ – BERENGUER, José Luis (1968): “Sobre la crisis del concepto de dominio público”, *RAP*, No. 56, pp. 191 – 222.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1975): *Los derechos reales administrativos*, Civitas, Madrid.
- GORDON, H. Scott (1954): “The economic theory of a common-property resource: The fishery”, *The Journal of Political Economy*, Vol. 62, No. 2, pp.124 – 142.
- GUAITA, Aurelio (1956): « Le domaine public en Espagne », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, pp. 121 – 140.
- GUERRERO DEL RÍO, Roberto (1979): “La constitución económica”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 6, No. 1 – 4, pp. 79- 94.
- GUISE, J.W.B. y FLINN, J.C. (1970): “The allocation and pricing of water in a river basin”, *American Journal of Agricultural Economics*, Vol. 52, No. 3, pp. 411 – 421.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2006): *Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho positivo*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago de Chile.
- HARDIN, Garret (1968): “The tragedy of the commons”, *Science*, Vol. 162, No. 3.859, pp. 1.243 – 1.248.
- HAURIUO, Maurice (1900): *Précis de Droit Administratif et de Droit Public en Général*, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois & des Arrêts, Paris.
- (1914): *de Droit Administratif et de Droit Public en Général*, 8a. edición, Librairie de la Société de Recueil Sirey, Paris.
- HAVEMAN, Robert H. (1973): “Efficiency and equity in natural resource and environmental policy”, *American Journal of Agricultural Economics*, Vol. 55, No. 5, pp. 868 – 878.
- HEARNE, Robert y EASTER, K. William (1998): “Water allocation and water markets: an analysis of gains from trade in Chile”, *World Bank, Technical Paper No. 315*.

- HOLDEN, Paul y THOBANI, Mateen (1995): “Tradable water rights: a property rights approach to improving water use and promoting investment”, *Cuadernos de Economía*, No. 97, pp. 263 – 289.
- JAEGER, Pablo (2003): “Chile”, en AA.VV., *Administración de Derechos de Agua. Experiencias, Asuntos Relevantes y Lineamientos*, Estudios Legislativos de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), No. 81, pp. 207 – 241.
- JIMÉNEZ – BLANCO, Antonio (1992): “La actividad de gestión del dominio público: la teoría de los bienes de la administración”, en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, pp. 525 – 546.
- JOHNSON, Ronald N. y LIBECAP, Gary D. (1982): “contracting problems and regulation: the case of the fishery”, *The American Economic Review*, Vol. 72, No. 5, pp. 1.005 – 1.022.
- JORDANA DE POZAS, Luis (1962): “La evolución del Derecho de aguas en España y en otros países”, *RAP*, No. 37, pp. 9 – 61.
- KANAZAWA, Mark T. (1998): “Efficiency in western water law: the development of the California doctrine, 1850-1911”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 1, pp. 159 – 185
- KRUTILLA, John V. (1967): “Conservation reconsidered”, *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 4, pp. 777 - 786.
- LAZO PREUSS, Santiago (1930): *Régimen legal de las aguas corrientes*, La Ilustración, Santiago de Chile.
- LINDBLOM, Charles E. (1965): “Economics and the Administration of National Planning”, *Public Administration Review*, Vol. 25, No. 4, pp. 274-283.
- (1995): “Market and Democracy. Obliquely”, *Political Science and Politics*, Vol. 28, No. 4, pp. 684-688.
 - (2002): *El sistema de mercado*, Alianza, Madrid.

LIRA URQUIETA, Pedro y DE LA MAZA, Lorenzo (1940): *Régimen legal de las aguas en Chile*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile.

LÓPEZ MENUDO, Francisco (1993): “La concesión de aguas públicas y sus posibles modificaciones”, *Revista Española de Derecho administrativo*, No 77, pp. 95-124.

- (2007a): “Autorizaciones”, en Embid, Antonio (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Madrid, Iustel, pp. 282-293.
- (2007b): “Concesiones”, en Embid, Antonio (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Madrid, Iustel, pp. 386-425.

MARTÍN MATEO, Ramón (1971): “Panorámica histórica de la economía estatal española”, *RAP*, No. 65, pp. 33 – 57.

- (2000): “El agua como mercancía”, *Revista de Administración Pública*, No. 152, pp. 7 -27.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1995): *Titularidad y aprovechamiento de las aguas*, Ediciones Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1989): “Las aguas subterráneas como bienes de dominio público”, en *Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid. pp. 677-696.

MARTÍNEZ USERO, Enrique (1954): “Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público”, en AA.VV., *Estudios dedicados al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 137 - 176.

MAYER, Otto (1951): *Derecho Administrativo Alemán*, T.III, Editorial Depalma, Buenos Aires.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel (1996): “Reflexiones sobre un mercado de derechos de aguas en el ordenamiento jurídico español”, en AA.VV., *Precios y Mercados del Agua* (dir. Antonio Embid Irujo), Civitas, Madrid, pp. 139 – 177.

- (2002): “Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas”, en: Embid, Antonio (dir), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España*, Civitas, Madrid, pp. 65-89.

MILLIMAN, J.W. (1959): “Water Law and Private Decision-Making: A Critique”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 2, pp. 41-63.

MOLINA GUAITA, Hernán (2006): *Derecho Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago de Chile.

MOLINA GIMÉNEZ, Andrés (1998): “Administración ‘versus’ liberalización Los mercados del agua en España”, *Revista de Administración Pública*, N° 146, pp. 357-387.

MONTT, Santiago (2002): *El Dominio Público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*, Lexis Nexis, Santiago de Chile.

MORILLO – VELARDE PÉREZ, José Ignacio (1992): *Dominio Público*, Trivium, Madrid.

MUCHNIK, Eugenia, LURASCHI, Marco y MALDINI, Flavia (1997): “Comercialización de los derechos de aguas en Chile”, *Serie de Desarrollo Productivo*, No. 47, Naciones Unidas, División de Desarrollo Productivo y Empresarial.

NICHOLSON, Walter (2004): *Teoría Microeconómica. Principios Básicos y Ampliaciones*, Thomson Editores Spain, Madrid.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1995): “El recurso de protección en Chile”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 3, pp. 157 – 179.

- (2005): “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 2, pp. 15-64.

- OLSON, Mancur (1992): *La lógica de la acción colectiva. Bienes públicos y teoría de grupos*, Editorial Limusa, México.
- ORTEGA DE MIGUEL, Enrique (2004): “La privatización del agua”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, No. 7, pp. 197 – 217.
- OSTROM, Elinor (1999): “Coping with tragedies of the commons”, *Annual Review of Political Science*, No. 2, pp. 493 – 535.
- (2000): *El gobierno de los comunes: La evolución de las instituciones de acción colectiva*, Fondo de Cultura Económica, México.
- OSTROM, Elinor y GARDNER, Roy (1993): “Coping with asymmetries in the commons: self-governing irrigation systems can work”, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 7, No. 4, pp. 93 – 112.
- OSTROM, Elinor, GARDNER, Roy y WALKER, James (1994): *Rules, Games & Common-pool Resources*, University of Michigan, Estados Unidos de América.
- PARADA, Ramón (1993): *Derecho Administrativo*, Tomo III, Marcial Pons, Madrid.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1983): “Dominio público: Un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, *RAP*, No. 100 – 102, pp. 2.397 – 2.422.
- (2003): *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona.
- PAREJO GAMIR, Luciano (2004): “El régimen de la utilización de los bienes y derechos de dominio público”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (coord. por M. Carmen Chinchilla Marín), pp. 433 - 474.
- PARKS, Loren L. y HANSEN, David E. (1978): “Water utilization and reallocation in Chile: A study of the Pirque valley”, *American Journal of Agricultural Economics*, Vol. 60, No. 2, pp. 207 – 213.

- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2006): “El recurso de protección y su eficacia en la tutela de los derechos constitucionales en Chile”, *Estudios Constitucionales*, Año 4, No. 2, pp. 87 – 101.
- PLANIOL, Marcel (1900): *Traité Elémentaire de Droit Civil*, F. Pichon, Paris
- POSNER, Richard A. (2007): *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.
- PROUDHON, Jean Baptiste Victor (1835): *Traité du domaine public*, Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier, Bruselas.
- PROVENCHER, Bill y BURT, Oscar (1994): “A private property rights regime for the commons: the case for groundwater”, *American Journal of Agricultural Economics*, Vol. 76, No. 4, pp. 875 – 888.
- RIGAUD, LOUIS (1914): *La théorie des droits réels administratifs*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris.
- (2004): *El Derecho Real. Historia y Teorías* (traducción de J.R. Xirau), Editorial Reus, Madrid.
- RÍOS, Mónica A. y QUIROZ, Jorge A. (1995): “The market of water rights in Chile: major issues”, *Cuadernos de Economía*, No. 97, pp. 317 – 345.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro (2005): *Derecho Administrativo Patrimonial: Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, T. I., Bosch, Barcelona.
- ROMANO, Santi (1897): “La teoría dei diritti pubblici subbietivi”, en *Primo trattato completo dei diritto amministrativo italiano* (V.E. Orlando), T. I, Società Editrice Labraira, Milán.
- ROSEGRANT, Mark W. y GAZMURI, Renato (1995): “Reforming water allocation policy through markets in tradable water rights: lessons from Chile, Mexico, and California”, *Cuadernos de Economía*, No. 97, pp. 291 – 315.

RUNGE, Carlisle Ford (1981): “Common Property Externalities: Isolation, Assurance, and Resource Depletion in a Traditional Grazing Context”, *American Journal of Agricultural Economics*, Vol. 63, No. 4, pp. 595-606.

- (1985): “The innovation of rules and the structure of incentives in open access resources”, *American Journal of Agricultural Economics*, Vol. 67, No. 2, pp. 368 – 372.

SACCO AQUINO, Sabina (2006): “La Constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 3, pp. 479-508.

SAINZ MORENO, Fernando (1977): “Orden público económico y restricciones de la competencia”, *RAP*, No. 84, pp. 597 – 644.

- (1999): “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública”, *RAP*, No. 150, pp. 477 – 514.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel (1979): *La afectación de bienes al dominio público*, Instituto García Oviedo, Sevilla.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1997): “Los bienes públicos en general”, en AA.VV., *Los Bienes Públicos (Régimen Jurídico)*, Sánchez Morón, Miguel (dir.), Tecnos, Madrid.

SANDLER, Todd y ARCE, Daniel G. (2003): “Pure public goods versus commons: Benefit-cost duality”, *Land Economics*, Vol. 79, No. 3, pp. 355 – 368.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2004): “Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y sistema de competencias”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (coord. por M. Carmen Chinchilla Marín), pp. 43 – 109.

SCHLAGER, Edella Y BLOMQUIST, William (2001): “Water resources: The Southwestern United States”, en AA.VV., *Protecting the commons: A framework for resource management in the Americas* (edit. Joanna Burger,

Elinor Ostrom, Richard B. Norgaard, David Policansly y Bernard D. Goldstein), Island Press, Canada, pp. 133 – 160.

SCHLAGER, Edella, BLOMQUIST, William, y YAN TANG, Shui (1994): “Mobile flows, storage, and self-organized institutions for governing common-pool resources”, *Land Economics*, Vol. 70, No. 3, pp. 294 – 317.

SEGURA GRAÍÑO, Ricardo (1996): “La introducción en España de un mercado de aguas a la luz de la experiencia californiana”, en AA.VV., *Precios y Mercados del Agua* (dir. Antonio Embid Irujo), Civitas, Madrid, pp. 319 – 324.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1996): “Legalidad de expropiación”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, No.1, pp. 99 – 126.

SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Derecho administrativo chileno y comparado: Actos, contratos y bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

SMITH, Adam (2010): *An inquiry into the nature and causes of The Wealth of Nations*, Harriman House Ltd. (del texto original impreso por primera vez en 1776)

SOTO KLOSS, Eduardo (1992): *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

- (1996): *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales*, Tomo II, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.

THOBANI, Mateen (1997): “Formal water markets: Why, when and how to introduce tradable water rights”, *The World Bank Research Observer*, Vol. 12, No. 2, pp. 161 – 179.

TOLLEY, G.S. y HASTINGS, V.S. (1960): “Optimal water allocation: The North Platte River”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 74, No. 2, pp. 279 – 295.

VARELA DEL SOLAR, Jorge (1989): “Subsidiariedad, orden público económico y seguridad nacional en la constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, No. 16, pp. 379 – 390.

VERGARA BLANCO, Alejandro (1989): “Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XVI, N° 3, (Santiago, 1989), pp. 777-796

- (1990): “Contribución a la historia del Derecho de aguas, I: Fuentes y principios del Derecho de aguas chileno contemporáneo”, *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, No. 1, pp. 111 - 145.
- (1990a): “Teoría del dominio público y afectación minera”, *Revista Chilena de Derecho*, No. 17, pp. 135 – 159.
- (1990b): “Los derechos reales administrativos: un tipo de derecho público subjetivo necesitado de reconocimiento en Chile (con especial referencia a los derechos mineros)”, *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Universidad de Valparaíso, pp. 459 – 497.
- (1991): “La codificación del Derecho de aguas en Chile”, *Revista de Estudios Histórico – Jurídicos*, No. 14, pp. 160 – 213.
- (1991-1992): “La propietarización de los derechos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XIV, pp. 281-291.
- (1992): *Principios y sistema del Derecho minero. Estudio Histórico – Dogmático*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- (1992a): “Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el Derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, No. 1, pp. 63 – 79.
- (1996a): “El mercado de aguas en el Derecho chileno: Titularidades privadas y libertad de transacción”, en AA.VV.,

- Precios y Mercados del Agua* (dir. Antonio Embid Irujo), Civitas, Madrid, pp. 325 - 339.
- (1996b): “Constitución de derechos de aprovechamiento en aguas embalsadas por una central hidroeléctrica”, *Revista de Derecho de Aguas*, No. 7, pp. 95 – 100.
 - (1997): “La libre transferibilidad de los derechos de aguas. El caso chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, No. 2, pp. 369 - 395.
 - (1998): “Estatuto Jurídico, Tipología y los Problemas Actuales de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas. En especial, de su regularización y catastro”, *Estudios Públicos*, No. 24.2, pp. 155 – 205.
 - (1998a): *Derecho de Aguas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
 - (1998b): “Configuración histórica y tendencias actuales del Derecho de aguas en Hispanoamérica”, en AA.VV., *El Nuevo Derecho de Aguas: Las Obras Hidráulicas y su Financiación* (dir. Antonio Embid Irujo), Civitas, Madrid, pp. 233 – 266.
 - (1998c): “Medida o unidad de tiempo en que debe expresarse los derechos de aprovechamiento de aguas”, *Revista de Derecho de Aguas*, Vol. IX, pp. 185-194.
 - (1999): “Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público”, *Ius Publicum*, No. 3, pp. 73 – 83.
 - (2001): “La *summa division* de bienes y recursos naturales en la constitución de 1980”, *Veinte Años de la Constitución Chilena 1981 – 2001*, Santiago de Chile, Conosur – Universidad Finis Terrae, pp. 369 – 389.
 - (2006): “El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XXXIII, No. 2, pp. 215 – 244.

VERGARA DUPLAQUET, Ciro (1960): “Primera parte: Generalidades”, en AA.VV., *Comentarios al Código de Aguas* (dir. Ana Herrera Donoso y coord. Ciro Vergara Duplaquet), Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pp. 1 - 56.

VILLAR PALASÍ, José Luis (1950): “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, *RAP*, No. 1, pp. 79 – 116.

YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS, Arturo (1987): “Principios económicos de la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, No. 14, pp. 97 – 112.