



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE AGUAS

Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales

ALUMNAS:

ISIDORA PAZ ARRATIA ÁLVAREZ

CATALINA ESPERANZA MARDONES HERMOSILLA

PROFESOR GUÍA:

AUGUSTO MANUEL QUINTANA BENAVIDES

SANTIAGO DE CHILE

2023

A nuestros padres...

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO 1: El derecho de propiedad sobre los derechos de los particulares sobre las aguas.....	8
1. Normativa relevante.....	8
2. Historia fidedigna del art. 19 N°24 de la Constitución Política de 1980.....	9
3. Doctrina sobre el derecho de propiedad sobre los derechos de los particulares sobre las aguas.....	13
3.1. Doctrina Constitucional.....	14
3.2. Doctrina Civil.....	23
3.3. Doctrina Especializada sobre Derecho de Aguas.....	25
4. Jurisprudencia sobre el derecho de propiedad sobre los derechos de los particulares sobre las aguas.....	26
4.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	26
4.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema.....	27
CAPÍTULO 2: Modalidades de afectación del derecho de propiedad sobre los derechos de las aguas.....	31
1. Modificaciones en la configuración del derecho de propiedad que tienen los particulares sobre las aguas:.....	32
1.1. Incomerciabilidad.....	32
1.2. Usos preferenciales.....	34
1.3. Temporalidad.....	37
1.4. Causales de Caducidad.....	39
1.5. Aguas del Minero.....	40
1.6. Supresión del inciso final del artículo 19 N°24 de la Constitución.....	42
1.6.1. Los Contratos de Concesión y los Actos Graciosos.....	42
1.6.2. Derechos Incorporales y la Propietarización de los Derechos.....	44
2. Las hipótesis de afectación al derecho de propiedad.....	48
2.1. Las “limitaciones” al derecho de propiedad.....	50
2.2. Las “privaciones” al derecho de propiedad.....	52
3. Aplicación de las hipótesis afectación en las modificaciones a los derechos de los particulares sobre las aguas.....	56
3.1. Incomerciabilidad.....	56
3.2. Usos preferenciales.....	56
3.3. Temporalidad.....	57
3.4. Causales de caducidad.....	59

3.5. Aguas del Minero	60
3.6. Supresión del inciso final del artículo 19 N°24 de la Constitución.	60
3.6.1. Utilidad del inciso final del artículo 19 N°24 CPR.....	60
3.6.2. Críticas a la utilización del inciso primero del artículo 19 N°24 CPR.....	62
CAPÍTULO 3: Sistema Compensatorio.....	65
1. La indemnización en el caso de las privaciones al derecho de dominio.	65
2. La indemnización en el caso de limitaciones al derecho de propiedad.	66
2.1. En favor de la indemnización por daños y perjuicios causados por las limitaciones.....	67
2.2. En contra de la indemnización de los daños y perjuicios causados por las limitaciones al derecho de propiedad.	75
3: Estándar indemnizatorio de las privaciones y limitaciones.	78
3.1. De las privaciones.....	78
3.1.1. Justificación de la indemnización	78
3.1.2. Estándar indemnizatorio.....	79
3.1.3. Procedencia de la indemnización de daños mediatos.....	82
3.2. De las limitaciones.....	84
3.2.1. Regulación en la Constitución Política de 1980.	84
3.2.2. Procedencia de la aplicación por analogía del DL 2.186.	85
3.2.3. Régimen de responsabilidad especial.	88
3.3. Daños indemnizables	89
4. Aplicación práctica del estándar indemnizatorio a las afectaciones tratadas en el Capítulo II.	90
4.1. Privaciones.....	91
4.1.1. Incomerciabilidad.....	91
4.1.2. Temporalidad.....	92
4.1.3. Usos Preferentes.....	93
4.2. Limitaciones.....	94
4.2.1. Causales de caducidad y aguas del minero.	95
4.2.2. Supresión del inciso final del artículo 19 N°24 de la Constitución.	95
CONCLUSIONES.....	98
ANEXO.....	101
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106
JURISPRUDENCIA.....	112
NORMATIVA.....	115

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación se empezó a gestar a raíz del proceso constituyente que vivió Chile desde el Plebiscito Nacional del 2020, en un contexto de plena crisis hídrica. Sabíamos que Chile se ubicaba en el puesto número 18 del mundo entre los países con mayor estrés hídrico, de acuerdo con el último reporte de 2019 del World Resources Institute, por lo que las disposiciones constitucionales relativas a los recursos hídricos serían de gran importancia.

Para hacernos parte de la discusión constitucional, y en ese sentido, proponer ideas para mejorar el sistema hídrico en Chile, era menester investigar nuestro sistema de gestión de aguas actual.

En un principio, mientras más nos adentrábamos en la materia, mayor era nuestra necesidad de resolver un sinfín de preguntas que surgían, pero sin encontrar una estructura definida que pudiese dar forma a una respuesta, y es por ello que agradecemos especialmente la labor de nuestro profesor guía, quien fue nuestra estrella del oriente en esta travesía investigativa.

Luego de varias reuniones de diseño estructural del trabajo, horas de lectura, reuniones de discusión, días de biblioteca y café, logramos componer la tesis que leerán. Recalcamos el aporte de los funcionarios de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, quienes, en más de una oportunidad, nos auxiliaron y brindaron su apoyo.

Partimos el trabajo investigando el estatuto constitucional y legal de las aguas y los derechos constituidos sobre ellas, utilizando como principales fuentes la Constitución Política de la República, el Código de Aguas y las modificaciones que se le han hecho al mismo. Luego, para entender lo que establece la Constitución Política abordamos la historia fidedigna del artículo 19 N°24 de la Constitución Política de 1980, utilizando como fuente principal las Actas de la Comisión Ortúzar. Posteriormente, investigamos la doctrina y jurisprudencia atinente al tema, donde nos pudimos percatar de la pugna de intereses privados y públicos que existen con relación a las aguas.

Luego de investigar nuestro sistema actual y cómo llegamos a él, en el capítulo segundo revisamos las principales modificaciones en la configuración de los derechos de aprovechamiento de aguas introducidas por la ley 21.435 del Ministerio de Obras Públicas, publicada el 6 de abril del año 2022 y promulgada el 25 de marzo de 2022. Junto con esto, revisamos de manera hipotética los cambios expuestos en la Propuesta de Nueva Constitución del año 2022.

Por último, en el capítulo tercero se analizan las consecuencias jurídicas que podrían tener los cambios expuestos en el capítulo segundo, y en ese sentido, si los particulares propietarios de derechos de aprovechamiento de aguas deben ser compensados o indemnizados a raíz de dichos cambios o, por el contrario, son ellos quienes deben soportarlos.

CAPÍTULO 1: El derecho de propiedad sobre los derechos de los particulares sobre las aguas.

En este primer capítulo se analizará la naturaleza jurídica que tienen los derechos de los particulares sobre las aguas, mencionados en el último inciso del artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República de Chile. Para llevar a cabo este análisis, estudiaremos el desarrollo a nivel legal, doctrinario y jurisprudencial de los derechos de los particulares sobre las aguas, haciendo mención a las normas más relevantes, la doctrina constitucional, civil y de aguas atinente al tema y qué ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema.

1. Normativa relevante.

Para partir, mencionaremos las normas jurídicas más relevantes. Por un lado, tenemos el estatuto constitucional de las aguas que se encuentra regulado principalmente en el artículo 19 N°24 y en el inciso primero del artículo del artículo 19 N°23 de la Constitución Política de la República. El primero de estos artículos nos dice 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”*. Mientras que el segundo expresa que la Constitución asegura a todas las personas: *“23° La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”*.

En cuanto al desarrollo legislativo que han tenido estos derechos, tenemos como cuerpo normativo más relevante al Código de Aguas de 1981, ampliamente modificado por la ley 21.435 del Ministerio de Obras Públicas, publicada el 6 de abril del año 2022 y promulgada el 25 de marzo de 2022. Cuyos preceptos más importantes para efectos de este capítulo, son el artículo 5 y el artículo 6. El artículo 5 nos dice: *“Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación (...)”*. Mientras que el artículo 6 dice que: *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas, de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este*

Código. El derecho de aprovechamiento se origina en virtud de una concesión, de acuerdo a las normas del presente Código o por el solo ministerio de la ley”.

De los dos preceptos mencionados anteriormente, podemos concluir que, por un lado, la ley le da el carácter de bienes nacionales de uso público a las aguas y, por otro, se le otorga el estatus de derecho real a los derechos de aprovechamiento que recaen sobre ellas.

En la misma línea, y para complementar, tenemos el Código Civil, que en el artículo 589 define a los bienes nacionales de uso público como “*aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda*”. Junto con lo anterior, en el artículo 595, del mismo cuerpo legal, consagra que las aguas son bienes nacionales de uso público, en el mismo sentido que lo hace el artículo 5 del Código de Aguas.

Del análisis del desarrollo legal que se le da a los derechos de los particulares sobre las aguas podemos concluir que, por un lado, la Constitución consagra la propiedad sobre los derechos reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, y por el otro, el Código Civil y el Código de Aguas le otorgan a las aguas la calidad de bien nacional de uso público, cuyo uso pertenece a toda la nación. Resulta de ello una aparente contradicción, que nos lleva a preguntarnos cómo se armonizan ambas normativas, y de no ser posible esta armonización, cuál de ellas prevalecería, es decir, de estar ambos caracteres en pugna, ¿prevalecería la calidad de bien nacional de uso público o la propiedad sobre el derecho?

Para dar respuesta a estas interrogantes, vamos a analizar cuáles fueron las intenciones del constituyente al redactar el último inciso del artículo 19 N° 24, y en ese sentido, para qué quiso consagrar la propiedad sobre dichos derechos. Asimismo, veremos cómo la doctrina y la jurisprudencia armonizan ambas características del derecho, esto es, que recaen sobre un bien nacional de uso público al mismo tiempo que se consagra constitucionalmente la propiedad sobre ellos.

2. Historia fidedigna del art. 19 N°24 de la Constitución Política de 1980.

La historia del Artículo 19 N ° 24 de la Constitución Política, está recogida en las Actas Oficiales de la Comisión Ortúzar y en las Actas del Consejo de Estado. Las sesiones

de Comisión Ortúzar (en adelante “La Comisión”) que tratan el tema de las aguas y la propiedad sobre las mismas son las siguientes:

1) La sesión número 170 del 27 de noviembre de 1975, integrada por Enrique Ortúzar Escobar, Enrique Evans de la Cuadra, Jaime Guzmán Errázuriz y Alejandro Silva Bascuñán. Asiste, también, el señor Pedro Jesús Rodríguez, miembro de la Subcomisión de Derecho de Propiedad.

2) La sesión número 182 del 14 de enero de 1976, integrada por Enrique Ortúzar Escobar, Sergio Díez Urzúa, Enrique Evans de la Cuadra, Jaime Guzmán Errázuriz y Alejandro Silva Bascuñán. Asisten, también, como invitados, los señores José María Eyzaguirre García de la Huerta, presidente de la Subcomisión de Reforma Constitucional relativa al Derecho de Propiedad; Samuel Lira Ovalle y Carlos Ruiz Bourgeois, miembros de la misma Subcomisión, y Juan Luis Ossa Bulnes, Asesor Legal de la Sociedad Nacional de Minería.

3) La sesión número 183 del 02 de marzo de 1976, integrada por Enrique Ortúzar Escobar, Enrique Evans de la Cuadra, Jaime Guzmán Errázuriz, Gustavo Lorca Rojas y Alejandro Silva Bascuñán. Concurren, además, el presidente de la Subcomisión Constitucional sobre el Derecho de Propiedad José María Eyzaguirre García de la Huerta, y el integrante de ese Organismo Pedro Jesús Rodríguez. Por último, asiste como invitado el ingeniero señor Víctor Pellegrini Portales.

4) La sesión número 184 del del 03 de marzo de 1976, integrada por Enrique Ortúzar Escobar, Enrique Evans de la Cuadra, Jaime Guzmán Errázuriz, Gustavo Lorca Rojas y Alejandro Silva Bascuñán. Asisten, también, como invitados, don José María Eyzaguirre García de la Huerta, presidente de la Subcomisión Constitucional encargada de estudiar el Derecho de Propiedad, y el Ingeniero Civil don Víctor Pellegrini.

El primer tema que debatió la Comisión Ortúzar en materia de aguas fue si estas debían incluirse en la Constitución o no. Los constituyentes estimaron necesario añadirlo dentro de los preceptos constitucionales, dada la importancia para la vida económica del país, y además la forma en que se encontraba regulado en la Constitución de 1925 (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 846-847).

En la sesión N° 170 del 27 de noviembre de 1975, se presentó el informe evacuado por la Subcomisión de Derecho de Propiedad, presidida por el señor Pedro Jesús Rodríguez, donde sobre las aguas se dijo:

“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 (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 622)”.

De esto se desprende que: 1) Las aguas son bienes nacionales de uso público; 2) Sobre ellas se constituyen derechos de aprovechamiento; 3) Sobre ese derecho de aprovechamiento existe propiedad.

¿Cuáles fueron los motivos para consagrar un derecho de propiedad sobre dichos derechos de aprovechamiento? Se deja constancia en las Actas que la Subcomisión de Derecho de Propiedad buscaba reforzar el derecho de los particulares sobre las aguas y no dejarlo en el precario estado en que se encontraban a raíz de la reforma agraria, donde los particulares fueron meros usuarios, sujetos a que por resolución fundada se ordenara la distribución de ellas, extinguiendo el goce que tuviesen sobre las mismas (*Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 849*).

Además, en la sesión 182 del 14 de enero de 1976, José María Eyzaguirre Presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad consideró como un problema que nadie se hiciera responsable de las aguas por pertenecer al Estado, en sus palabras “[c]omo 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” (*Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, n.d. 850*).

Pero entonces, ¿qué lo diferencia del derecho de aprovechamiento anterior? Según Jaime Guzmán, la única diferencia sustancial que establece el proyecto de la

Subcomisión de Derecho de Propiedad respecto del derecho anterior es que “*el derecho de aprovechamiento, de ser una simple concesión de uso y goce, pasa a ser un derecho real de aprovechamiento que agrega, al uso y goce, la facultad de disponer* (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, n.d. 852)”. La Subcomisión de Derecho de Propiedad pensó que al establecer el dominio del derecho de aprovechamiento, se transforma al usuario en verdadero dueño, con todas las obligaciones y responsabilidades que ese dominio implica, y se asienta ya una base jurídica para construir un ordenamiento de las aguas más racional. Explicando que sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas existe un derecho de dominio, del cual puede usarse, gozarse y disponer. Esta última facultad, de disposición, permitiría la enajenación de los excedentes de agua, transformándose en un incentivo para la construcción de obras de regadío, captación, embalses, entre otros, por parte de los particulares, para así economizar las aguas y lucrar con ese excedente. En conclusión, el derecho de aprovechamiento pasaría a ser derecho de dominio perfecto, que recae sobre una cosa incorporal (*Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 859*).

En ese sentido, ¿qué derechos protegería la garantía constitucional? Al decir “*los derechos de aguas constituidos en conformidad a la ley dan a su titular el dominio correspondiente*”, la Subcomisión quiso proteger no solo a los derechos de aprovechamiento, sino que también los derechos que tengan los titulares a través de asociaciones de canalistas, los que tenga mediante derechos inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas, y los que tengan derechos de aprovechamientos de acuerdo a la legislación posterior a 1967. Todos estos derechos quedan consagrados y protegidos por la Constitución (*Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 874*).

A la luz de lo anteriormente expuesto, surge la siguiente pregunta: ¿se tiene dominio sobre el derecho de aprovechamiento, o se tiene dominio sobre las aguas mismas?

El señor Enrique Ortúzar, resume la discusión planteando lo siguiente: “*[e]ntonces, la idea es no definir la calidad jurídica de las aguas, sino entrar a fortalecer el derecho de aguas constituido en conformidad a la ley, declarándolo como un derecho que tiene todas las características del derecho de dominio* (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 879)”.

A su vez, Víctor Pellegrini señala dentro de la discusión que: *“se desea reforzar desde un punto de vista práctico lo que ha dicho el señor Evans, en orden a que es necesario definir que las aguas, una vez que se ha concedido la merced, pasan a ser dominio del usuario (...)”* (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 881).

Por lo tanto, una vez otorgado el derecho de aprovechamiento, el agua conferida por dicho derecho pasa a ser del dominio del concesionario, y en ese sentido, éste podría darla en garantía, cederla y arrendarla, como cualquier derecho de propiedad.

Luego de una larga discusión de la Comisión, queda como propuesta final en materia de aguas la de don Alejandro Silva Bascuñán, quien dice: *“Los derechos sobre las aguas reconocidas o constituidos en conformidad a la ley otorgan a sus titulares propiedad sobre ellas”* (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 891).

Como última interrogante por abordar: ¿Cuál fue la intención de la Comisión al referirse a "reconocidos o constituidos de acuerdo con la ley? Se quiso decir que se busca amparar, proteger, los actuales derechos que se han constituido en conformidad a la ley. Es decir, no a los constituidos o reconocidos en conformidad a una ley futura que se dicte, sino solo a los que están en actual ejercicio según Enrique Ortúzar (*Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 904 Y 905*).

3. Doctrina sobre el derecho de propiedad sobre los derechos de los particulares sobre las aguas.

A modo de introducción, la doctrina ha hecho un esfuerzo por armonizar que, por un lado, exista propiedad sobre los derechos sobre las aguas, y que, por el otro, las aguas sean bienes nacionales de uso público, cuyo uso pertenece a la nación toda. Esta dualidad del derecho es conflictiva pues genera dudas en cuanto a la titularidad del uso al pertenecer a la nación toda, pero al mismo tiempo otorgarle a los particulares la propiedad sobre dicho uso. En este sentido, se cuestiona quién es el verdadero dueño del uso del recurso y hasta qué punto un particular puede sentirse propietario del mismo.

Así las cosas, pasaremos a analizar las distintas interpretaciones y enfoques que tiene la doctrina constitucional, civil y de aguas sobre la naturaleza del derecho y las implicancias prácticas que tienen.

3.1. Doctrina Constitucional.

A continuación, examinaremos las posturas de los autores constitucionales más relevantes, entre los cuales se encuentran: Hernán Molina, Ángela Vivanco, Arturo Fermandois, Mario Verdugo, Enrique Evans de la Cuadra, Laura Novoa, Francisco Zúñiga, Tatiana Celume, Constanza Salgado y Fernando Atria.

Vamos a comenzar con la visión de Hernán Molina en su obra "Derecho Constitucional". Este autor sostiene que las aguas son bienes nacionales de uso público y que se otorgan derechos de aprovechamiento a los particulares. Estos derechos tienen la **naturaleza jurídica de derecho real**, lo que les permite tener facultades de uso y goce sobre las aguas. Sin embargo, Molina aclara que la propiedad recae sobre el derecho real de aprovechamiento, no sobre las aguas en sí mismas (Molina 1996, 237).

En segundo lugar, Ángela Vivanco, en su libro "Curso de Derecho Constitucional", aborda el tema en el apartado sobre la imposibilidad de adquirir libremente ciertos bienes por pertenecer a toda la Nación (art. 19 N°23 de la Constitución) postulando que el inciso final del artículo 19 N° 24 es una excepción, ya que asegura el dominio sobre el derecho de aprovechamiento, a pesar de ser las aguas bienes nacionales de uso público, y por lo tanto, están excluidas de apropiación. Concluye que se adquiere dominio sobre los derechos constituidos o reconocidos por la ley y no sobre las aguas mismas (Vivanco, 494-515).

En tercer lugar, tenemos a Arturo Fermandois, quien en su libro "Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas, Doctrina y jurisprudencia" establece que es fundamental para entender el estatuto constitucional de las aguas, la comprensión del inciso primero al quinto del artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República, ya que la propiedad sobre los derechos de aguas del artículo 19 N°24 inciso final se estaría remitiendo a ellos. A su vez, para entender el art. 19 N° 24 inciso primero al quinto es necesario comprender las intenciones y objetivos que

tuvo la Comisión para Estudios de la Nueva Constitución, quienes se guiaron por los antecedentes históricos de la década anterior (1963-1973). Junto con esto, el autor postula que, para que determinados bienes sean considerados bienes nacionales de uso público, no basta con que cumplan los requisitos del art. 589 del Código Civil, sino que deben cumplir los requisitos del artículo 19 N° 23, es decir, que deban pertenecer a la Nación toda y que la ley lo declare así.

Además, postula que, entendiendo que la libre apropiabilidad es la regla general, para que un bien sea de la nación es necesario que una ley lo declare, y que los bienes nacionales de uso público, al pertenecen a todos los habitantes, están fuera del comercio por su destino, pero lo anterior no se opone a que se otorguen **permisos y concesiones** según el art. 599 y 602 (Fermandois, 238-247).

En conclusión, para este autor, el derecho de aprovechamiento tendría carácter de concesión y respecto de ese derecho que otorga la concesión existe propiedad, es decir, estamos frente a la **propiedad sobre una cosa incorporal (la concesión)** (Fermandois, 242).

En el cuarto lugar, encontramos al profesor Mario Verdugo, quien en conjunto con Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, en su obra "Derecho Constitucional", abordan el tema de la propiedad de las aguas. Según estos autores, hasta 1967, las aguas eran propiedad de su titular. Sin embargo, a partir de esa fecha, se produjo una reforma constitucional que las expropió y las convirtió en bienes nacionales de uso público, sin que se contemplara una indemnización para los particulares afectados. De esta forma, los particulares pasaron a ser **concesionarios de un derecho real de aprovechamiento de aguas**, que les otorga el uso y goce de las mismas. Mario Verdugo y Emilio Pfeffer destacan que el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas, pero no es un derecho sobre las aguas en sí mismas, ya que estas son bienes nacionales de uso público. En esta línea, de acuerdo con los autores, la Constitución asegura el derecho de propiedad sobre el aprovechamiento de aguas, pero no sobre el recurso hídrico en sí mismo (Verdugo, Pfeffer y Nogueira 1994, 304-323).

En quinto lugar, encontramos a Enrique Evans de la Cuadra, quien en su obra "Los derechos constitucionales" aborda el tema de la propiedad de las aguas. Este autor

establece que la Constitución en su inciso final del 19 N°24 ampara a los particulares que son titulares de derechos de aguas siempre y cuando hayan sido adquiridos en cumplimiento de la ley, o bien, cuando la ley los reconozca. Enrique Evans sigue las ideas del profesor Alejandro Vergara Blanco, en el sentido que, aunque las aguas sean bienes de dominio público, los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados por el Estado gozan de las mismas garantías constitucionales que la propiedad, permitiendo a los particulares hacer uso, goce y disposición de las aguas (Evans 2004, Tomo III, 424-426).

En sexto lugar, Laura Novoa Vásquez, en su artículo “Agua: ¿bien público o privado?”, sostiene que el régimen constitucional desconoce que las aguas son bienes nacionales de uso público, como lo establece el Código Civil en su artículo 595 y el Código de aguas en el artículo 5, y que los bienes nacionales de uso público, al ser patrimonio de la Nación, se encuentran fuera del comercio humano, por lo que son imprescriptibles e inalienables. Sin embargo, bajo el marco creado por el Código de Aguas de 1981, los derechos de aprovechamiento estaban sujetos al comercio, siendo alienables y prescriptibles, al menos antes de las modificaciones realizadas en 2022, lo que resultaba incompatible con su condición de bienes nacionales de uso público.

La autora concluye que, sin perjuicio de que las aguas son bienes nacionales de uso público y se deba respetar lo establecido en el artículo 19 N°23, esto es, que no son susceptibles de apropiabilidad, si estaría permitido otorgar concesiones sobre el recurso (Novoa), armonizando la problemática, mediante el otorgamiento de naturaleza jurídica de concesión.

En séptimo lugar, el profesor Francisco Zúñiga en su artículo “Constitución y Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres” publicado en la Revista *Ius et Praxis*, relaciona el tema «Constitución y Dominio Público» con las doctrinas relativas al vínculo jurídico que tiene el Estado con el territorio, llegando a la siguiente conclusión: el dominio público de las aguas encuentra en la **concesión** el mecanismo que permite el uso y goce de bienes dominicales y la garantía constitucional que se otorga dice relación con la protección de los derechos reales administrativos constituidos al amparo de dicho régimen concesional. Lo anterior, sostiene el autor que se debe a que las aguas terrestres son bienes nacionales de uso público, es decir, son imprescriptibles,

incomerciables, inembargables, exponiendo que el dominio público de las aguas terrestres tiene soporte constitucional y también su inapropiabilidad en el artículo 19 N°23 (Zúñiga 2004).

Sigue el autor exponiendo que existe un debate en la doctrina nacional sobre si las concesiones constituyen genuinos derechos reales o si son de naturaleza sui generis, porque los derechos reales son contrarios a la naturaleza de los bienes nacionales de uso público, a lo que Zúñiga concluye que la calificación jurídica del derecho de aprovechamiento de aguas terrestres que nace de un acto administrativo de tipo concesional es incierta (Zúñiga 2004).

Para esclarecer dicha situación, utiliza la doctrina de los derechos reales administrativos, que los conceptualiza como aquellos **derechos reales que tienen como objeto cosas de dominio público** y se componen de dos elementos esenciales: un derecho subjetivo, entendido como un poder jurídico concreto reconocido a un sujeto, que incluye una facultad de disposición y una esfera de lo lícito, y un derecho real sobre un bien nacional de uso público. De esta manera, el derecho de aprovechamiento de aguas sería un derecho subjetivo concedido por el Estado a un particular, que permite el uso, goce y disposición de las aguas en la medida que se otorga una concesión o permiso, y que recae sobre un bien nacional de uso público, lo que plantea dudas acerca de su naturaleza jurídica como derecho real (Zúñiga 2004).

Podemos ver en el texto de Francisco Zúñiga que se distingue entre el acto genético de concesión, realizado por el órgano administrativo competente (Dirección General de Aguas), y su contenido: el derecho real administrativo o derecho de aprovechamiento. **Al nacer del acto concesional, surge un derecho patrimonial**, un derecho público subjetivo del concesionario que se integra al concepto de propiedad y se incorpora al comercio jurídico en forma de un verdadero mercado de derechos de aprovechamiento de aguas (Zúñiga 2004).

En octavo lugar, tenemos a Tatiana Celume, quien en su artículo “Agua, Medio Ambiente y Nueva Constitución Consideraciones Constitucionales del Agua”, postula que el agua es un bien nacional de uso público, pero que esa declaración carece de contenido en el ordenamiento jurídico actual (Celume, 197), ya que a nivel

constitucional no hay ninguna declaración afirmando el carácter público de las aguas ni su connotación de bien nacional de uso público.

Ahora bien, según Celume, si revisamos la legislación para extraer los fundamentos de por qué las aguas no están en el tráfico jurídico privado, se puede llegar a la conclusión de que bajo el marco jurídico constitucional y legal de los años 80, se pretendió que fuera el mercado el encargado de la reasignación del recurso, y quitar poder a la Administración, dejándolo como un mero asignador de derechos de aprovechamiento, revisando nada más que el cumplimiento de condiciones formales en la presentación y de requisitos de fondo como la disponibilidad jurídica del recurso.

De las actas de la Comisión para Estudios de la Nueva Constitución se desprende que ha existido por parte del constituyente un excesivo temor de ver este derecho afectado por la regulación administrativa, ya que durante la reforma agraria el derecho de aprovechamiento quedó sometido a una tasa de uso racional y beneficioso. Es por esto que, a partir de 1980, se le otorgó al derecho de aprovechamiento de aguas el estatuto de propiedad protegida por la Constitución.

Las implicancias jurídicas para la autora serían las siguientes:

Primero, la reserva legal, es decir que sólo la ley puede determinar la forma de adquirir el derecho de aprovechamiento según el artículo 19 N°24 inciso 2.

Segundo, la ley es la única que puede determinar los atributos, modalidades, duración y contenido de los derechos de aprovechamiento, de acuerdo con el artículo 19 N°24, inciso 2, cualquier limitación u obligación impuesta a su ejercicio debe ser establecida por la ley, y en consideración a la función social de la propiedad, según el mismo artículo.

Tercero, que cualquier privación o expropiación de los derechos de aprovechamiento sólo puede ser realizada a través de una ley, general o especial, que autorice la expropiación por razones de utilidad pública o interés nacional, previamente calificada por el legislador, según el artículo 19 N°24, inciso 3 de la Constitución Política de la República.

Cuarto, que los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas están protegidos por la acción de protección que ampara el derecho de propiedad, según el artículo 20 de la Constitución. Por lo tanto, los titulares no pueden ser amenazados, perturbados ni privados del libre ejercicio de su derecho.

Quinto, que cualquier regulación legal al derecho de aprovechamiento no puede afectar su contenido esencial del derecho ni establecer limitaciones, gravámenes o restricciones que impidan su libre ejercicio, según la cláusula constitucional contenida en el artículo 19 N°26 (Celume, 199-200).

En el noveno lugar de la lista de autores, encontramos al profesor Fernando Atria y a Constanza Salgado, quienes en conjunto escriben el libro "La Propiedad, el Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de Aguas en Chile". En este libro, se plantean las mismas preguntas que se abordaron al comienzo de este capítulo, es decir, cómo armonizamos el artículo 5º del Código de Aguas y el artículo 595 del Código Civil que dice: "*Las aguas son bienes nacionales de uso público*", con el texto constitucional del inciso final del artículo 19 N° 24, que establece: "*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*" (Atria y Salgado, 1-5).

La tesis central del texto es la siguiente: si sobre los derechos de aprovechamiento de aguas sus titulares tienen derecho de dominio, y ese derecho de dominio tiene para todos los efectos legales y constitucionales la misma protección que el dominio sobre otras cosas, entonces el agua no es un bien nacional de uso público, entendiendo que la calificación como bien nacional de uso público es tan parte del derecho chileno como la disposición ya citada del texto constitucional.

A mayor abundamiento, Fernando Atria y Constanza Salgado parten su texto diferenciando el régimen de propiedad general del régimen de propiedad privada regulado en el art. 582 del Código Civil, proponiendo que la propiedad privada es una especie del género propiedad (Atria y Salgado, 7). Según estos autores, la propiedad es la relación entre una persona y una cosa cuando la cosa existe para servir a los intereses del titular. Ahora bien, postulan que el interés sobre el que se construye la propiedad puede ser un interés público o privado.

Se destaca además en el texto que tanto el dominio público como el dominio privado tienen como fin último el interés general, pero este último puede ser realizado de dos formas, cuando se trata del dominio público, se realiza inmediatamente, al disponer de los bienes para la satisfacción directa del interés general, y cuando se trata de la propiedad privada, el interés general está mediado por el interés particular, reconociendo al individuo un espacio de autonomía, cuya forma jurídica es el derecho de propiedad privada (Atria y Salgado, 5-14).

Luego, se realiza por parte de Fernando Atria y Constanza Salgado un análisis del artículo 19 N°23 de la Constitución Política de la República, en particular del primer inciso, estableciendo que la protección constitucional de la propiedad privada se circunscribe a los bienes que no "deban pertenecer a la nación toda". Se destaca en el texto que la Constitución no asegura ni protege la libertad de adquirir bienes que el legislador ha decidido que deben pertenecer a la nación en su conjunto. Por lo tanto, previo a la existencia de la propiedad privada protegida por la Constitución, existe una decisión legislativa que establece que ciertos bienes no pueden quedar sujetos a este régimen (Atria y Salgado, 23-54).

El dominio público, como hemos visto, es una figura jurídica que permite destinar ciertos bienes a fines de interés general. Su objetivo principal es garantizar que estos bienes sean utilizados para el fin específico para el que fueron destinados, sin estar sujetos a las decisiones arbitrarias de los eventuales propietarios, como ocurre en el caso de los bienes privados. De hecho, el dominio público es incompatible con la propiedad privada, por lo que debe establecerse un régimen especial de uso y aprovechamiento que permita mantenerlos en condiciones óptimas para cumplir con su función pública (Atria y Salgado, 23-54).

En lo que respecta a los derechos de aprovechamiento de aguas, Fernando Atria y Constanza Salgado señalan que la ley chilena declara que las aguas son bienes nacionales de uso público, por lo tanto, forman parte del dominio público (Atria y Salgado, 62-64). La definición que dan a los derechos de aprovechamiento de aguas es la siguiente: *“Un derecho de aprovechamiento de aguas es, en cuanto a su naturaleza jurídica, una concesión. En virtud de ella la Administración crea en favor del concesionario un derecho de uso y goce exclusivo sobre el bien nacional de uso público que es el agua. La lógica que subyace a los derechos de aprovechamiento de*

aguas, como a toda concesión demanial, es que deben ser compatibles con los intereses generales que el dominio público busca proteger.” (Atria y Salgado, 67).

Existe una discordancia entre Fernando Atria y Constanza Salgado con el profesor Alejandro Vergara Blanco, en cuanto al régimen de propiedad aplicable a los derechos de aprovechamiento de aguas. Por un lado, Alejandro Vergara Blanco cree que el artículo 19 N°24 inciso final de la Constitución Política de la República, implica que se les otorga una protección igual que cualquier otro derecho de propiedad (Vergara 1998, 322). En ese sentido, los particulares podrían usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas a su entera libertad (Vergara 1998, 314).

Según Fernando Atria y Constanza Salgado, el problema de esta postura es que niega dos aspectos cruciales de los derechos de aprovechamiento, primero que se trata de derechos de uso, goce y explotación de un recurso natural escaso, y segundo, que trata de un bien que el legislador ha declarado que debe pertenecer a la nación toda (Atria y Salgado, 99). Para ambos, el estatus constitucional del régimen de los derechos de aprovechamiento no es el característico de la propiedad privada (Atria y Salgado, 85). La consecuencia más importante que se sigue del carácter de bien nacional de uso público de las aguas es que no estamos tratando aquí de un derecho de propiedad constitucionalmente garantizado, sino de un régimen de aprovechamiento constituido precisamente sobre bienes que la ley siempre ha declarado que deben pertenecer a la nación toda (Atria y Salgado, 95)

Esta última interpretación tiene como consecuencias las siguientes: primero, que el uso meramente especulativo del agua afectaría el interés público, por lo tanto, sería adecuado que si se entrega un uso privativo sobre un bien nacional de uso público exista como contrapartida un requerimiento de uso efectivo (Atria y Salgado, 77-78). Como segundo efecto, tenemos que la Constitución Política no protegería el régimen actual frente a modificaciones legislativas. En palabras de Fernando Atria y Constanza Salgado: *“Esta es la consecuencia más importante que se sigue del carácter de bien nacional de uso público de las aguas: no estamos tratando aquí de un derecho de propiedad constitucionalmente garantizado en los mismos términos, sino de un régimen de aprovechamiento constituido precisamente sobre bienes que la ley siempre ha declarado que deben pertenecer a la nación toda”* (Atria y Salgado, 95).

En décimo lugar, tenemos el libro “La Constitución Económica”, de María Pía Silva Gallinato y Miriam Henríquez Viñas, publicado por la Editorial Legal Publishing, el año 2015. En este libro, el artículo más relevante para estos efectos fue el titulado “El agua como parte de nuestros derechos fundamentales: la compatibilidad del modelo de mercado con los derechos indígenas”, de la autora Amaya Álvez Marín. Esta autora señala que la Constitución de 1980 establece un modelo de mercado que considera el agua como un bien económico y lo protege mediante el derecho de propiedad privada individual, lo que ha llevado a la “propietarización de los derechos” y ha generado una serie de problemáticas en torno a este recurso vital (Álvez, 169).

Como último texto a analizar tenemos artículo del profesor Augusto Quintana Benavides titulado “Análisis exploratorio de constitucionalidad de los artículos 5° y 6° del Código de Aguas y de algunas menciones que los modifican” del año 2014, que se encuentra en un anexo de este trabajo de investigación, donde propone lo siguiente: “*Las aguas en Chile tienen un propietario (la Nación toda) y su uso pertenece, en principio a todos los habitantes de la Nación (Augusto Quintana, 2014, 1)*”. Por lo tanto, los derechos de aprovechamiento serían un gravamen o una limitación al derecho de propiedad que le asiste a toda la Nación.

El profesor Augusto Quintana plantea que tanto los habitantes de la Nación como los titulares del derecho de aprovechamiento de aguas poseen el “uso” de las aguas, entendido como atributo del dominio, y que adicionalmente los titulares del derecho de dominio tienen el “goce” de las mismas (Augusto Quintana, 2014, 2).

En conclusión, el profesor Augusto Quintana establece que los titulares de los derechos de aprovechamiento tienen derecho a usar, gozar y disponer del “uso y goce” de las aguas, pero no derecho a usar, gozar y disponer de las aguas mismas. Concluye también que los derechos de aprovechamiento de aguas son una limitación al derecho de propiedad, que afecta la esencia del mismo, ya que los titulares del derecho de aprovechamiento adquieren el “uso y goce”, y los propietarios de las aguas conservan sólo la facultad de disposición, pero al ser bienes nacionales de uso público, tienen el carácter de intransferibles. Esto produce que queden con un derecho de propiedad nominal, sin posibilidad de ejercer ninguno de los atributos de la propiedad sobre las aguas.

Del análisis de estos autores de Derecho Constitucional podemos concluir que la mayoría, compuesta por Hernán Molina, Ángela Vivanco, Arturo Fermandois, Mario Verdugo, Laura Novoa, Francisco Zúñiga, Fernando Atria y Augusto Quintana, llegan a la conclusión de que se tiene propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, pero no sobre las aguas mismas por ser estas últimas un bien nacional de uso público.

3.2. Doctrina Civil.

A modo de introducción, se realizará un análisis de los autores más destacados en esta rama.

En primer lugar, tenemos al profesor Alejandro Guzmán Brito quien en su texto “Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo” distingue principalmente entre los derechos consuntivos, que facultan al titular a consumir totalmente las aguas, según el antiguo art. 13 del Código de Aguas, y los no consuntivos, que permiten el uso del agua sin consumirla y obliga a restituir en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho. Este último sería un **derecho de uso** y se parecería al regulado en el Código Civil, mientras que el derecho consuntivo es aquel que permite la disposición material de su objeto se asemeja al derecho **de concesión** de explotación minera y ofrece los mismos problemas de conciliación con el dominio de la nación toda sobre las aguas (Guzmán, 258).

El profesor Guzmán Brito tiene dos objetivos con su texto, primero, clarificar qué debe entenderse por cosa incorporal en el Código Civil, y segundo, en qué sentido se ha afirmado que sobre dichas cosas hay una especie de propiedad.

En cuanto al primer objetivo, el autor se remonta al derecho romano, en específico a Gayo, concluyendo que nuestro Código Civil concuerda con él, comprendiendo únicamente las relaciones subjetivas que pueden incluirse dentro de las categorías de derechos reales y personales.

En cuanto a lo segundo, propone la siguiente tesis: cuando el Código Civil establece que respecto de las cosas incorporales existe una “especie de propiedad”, se refiere a que hay 3 especies de propiedad, aquella sobre las cosas corporales (art. 582 CC), aquella sobre las cosas incorporales (art. 583 CC), y aquella sobre las obras

intelectuales e industriales (art. 584 CC). Por esta razón, toma la vía de definir la propiedad de manera no normativa, y viendo qué tienen en común estas especies de propiedad, llegando a la conclusión de que ese elemento es la titularidad exclusiva, desligada de la definición que da el art. 582 del Código Civil (Guzman,119-151).

Por otro lado, el profesor Hernán Corral Talciani se opone a esta tesis, ya que siguiendo el art. 20 del Código Civil, que versa sobre interpretación de la ley, cuando el legislador define expresamente ciertas materias, se les debe dar su significado legal. Por esto, los preceptos 583 y 584 son dependientes de la definición que da el art. 582. Por tanto, al hablar de una especie de propiedad, estaríamos hablando de una analogía con la propiedad del art. 582 (Corral, 17).

A su vez, el profesor Guzmán Brito, a fin de esclarecer la protección constitucional del art. 19 N°24 inciso primero, que dice: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”, pone énfasis en el vocablo constitucional “**bienes**”, diferente del vocablo “**cosas**” del Código Civil, en el sentido de que la Constitución al decir “bienes” deja fuera de la protección constitucional de las cosas que nos son bienes, como por ejemplo los derechos de la personalidad. Pero, de todas formas, quedaría enmarcado dentro de esos bienes los derechos sobre las aguas. Por esta razón Guzmán Brito establece que sería un **precepto superfluo al igual que en los derechos mineros**. Porque la propiedad de los derechos de aguas ya se encuentra garantizado en el art. 19 N° 24 inc. primero, por estar ante bienes incorporales. Además, al ser una fórmula genérica cubre tanto el derecho real de aprovechamiento de aguas como cualquier otro derecho que pueda decirse que es sobre las aguas, como por ejemplo los de servidumbre (Guzmán, 56).

En el mismo sentido, el Profesor Peñailillo, enmarca la propiedad sobre derechos incorporales en lo que la doctrina denomina “cosificación de los derechos” o “propietarización de los derechos” (Peñailillo, 22). Cita a Guzmán Brito al interpretar el precepto constitucional del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, corporales e incorporales, en el sentido que el precepto estaría limitando la protección, entendiendo que los bienes son aquellos que tienen contenido patrimonial (Peñailillo, 25).

3.3. Doctrina Especializada sobre Derecho de Aguas.

Dentro de los autores más connotados en esta materia tenemos al profesor Alejandro Vergara Blanco, quien en su libro “Derecho de aguas” establece que el derecho de aprovechamiento de aguas es un poder jurídico que consiste en la posibilidad de usar el agua para los fines que se estimen convenientes, según las características del título que lo otorga. Tenemos que consiste en un derecho de uso sobre esas aguas, que, a su vez, son bienes nacionales de uso público, es decir, no pueden ser objeto de apropiación directa por parte de los particulares. El ordenamiento jurídico ha establecido vínculos públicos respecto de las aguas, y es el Estado quien fija las reglas y las posibilidades de los privados para utilizarlas. Este derecho tiene las mismas garantías constitucionales que la propiedad. Es por esto que los particulares pueden usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas a su entera libertad, con la única limitación de la cantidad de agua que se puede extraer desde la fuente natural. Por lo tanto, los derechos de aguas, protegidos constitucionalmente, pueden transferirse libremente, a través del mercado (Vergara Blanco, 1998, 488). Según este autor entonces, el derecho de aprovechamiento de aguas tiene las mismas garantías constitucionales que el derecho de propiedad, y puede usar, gozar y disponer de él a su entera libertad (Vergara Blanco, 1998, 322).

A modo de conclusión, Vergara Blanco hace una reflexión importante: “[a]sí está construido el vigente derecho de aguas chileno: entre lo privado y lo público. Pareciera que el agua como tal no está ni debiera estar en el patrimonio de los particulares ni, menos, del Estado: debiera estar al alcance de todos. Y lograr eso es materia de las leyes de los hombres. Entonces, si debemos responder al cuestionamiento señalado en el título de este capítulo, y de acuerdo a lo expresado en el texto, permítasenos hacerlo a través de esta nueva pregunta: ¿necesitamos que el agua, como tal, sea de propiedad de alguien, si el derecho puede ponerla al alcance de todos?” (Vergara Blanco, 1998, 488).

Como segundo autor relevante tenemos a Gustavo Manríquez, para quien las aguas son bienes nacionales de uso público, lo que significa que conforme la definición legal del artículo 589 del Código Civil, su uso corresponde a todos los habitantes de la Nación. No obstante, se concede a los particulares que las necesiten su utilización en forma privativa, para lo cual se ha conceptualizado un tipo de **derecho especial**, que,

si bien no confiere derecho de propiedad del agua por su dominialidad pública, confiere facultades de uso y goce que lo asemejan al usufructo, pero con la diferencia de que se puede transferir libremente y es perpetuo en el tiempo al igual que el dominio. De ello se sigue que existe el acceso original al agua, lo que se conoce como asignación, y posteriormente se produce la reasignación del recurso a través de su transferencia por actos entre vivos, por sucesión por causa de muerte y también en determinadas condiciones por acto de autoridad (Manríquez, 2019, 63).

Según Jorge Aranda, la actual regulación de las aguas en Chile puede ser caracterizada de la siguiente manera: se basa en un “mercado de las aguas”, en las que, si bien las aguas son un bien nacional de uso público, su disfrute está sólo asegurado mediante el derecho real de aprovechamiento. En la práctica, este derecho actúa como un **equivalente al dominio sobre ese bien nacional de uso público**. Es decir, en términos prácticos, se ejerce como dominio sobre las aguas (Aranda, 2016, 61).

Por otro lado, tenemos autores que establecen que esta distinción que hace el Código de Aguas y la Constitución entre el derecho de aprovechamiento transferible y el bien nacional de uso público que no se puede transferir, es jurídicamente inconsecuente o una manera de burlar la ley. En palabras de los autores de “El mercado de aguas: análisis teórico y empírico”, María Angélica Alegría Calvo, Fernando Valdés Hernández y Adrián Lillo Zenteno: “*Aunque dicho texto distingue entre el derecho de aprovechamiento que es transferible y el bien nacional de uso público que no lo es, desde la perspectiva del Derecho es una aberración jurídica (...)*” (María Alegría, 2002, 174).

4. Jurisprudencia sobre el derecho de propiedad sobre los derechos de los particulares sobre las aguas.

4.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la naturaleza de las aguas y sobre los derechos de aprovechamiento sobre las mismas. En cuanto a la naturaleza de las aguas el Tribunal Constitucional dictaminó en la sentencia Rol 260-1997, que versa sobre el requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal resuelva

la constitucionalidad de los preceptos que se señalan del proyecto de ley modificatorio del Código de Aguas, de acuerdo al artículo 82 N° 2, de la Constitución Política de la República, de fecha trece de octubre de mil novecientos noventa y siete. Establece en el Considerando Siete que: *“las aguas, salvo las excepciones contempladas en la ley, son bienes nacionales de uso público y, por ende, se encuentran fuera del comercio humano, no siendo susceptibles de apropiación privada”* (Tribunal Constitucional, rol 260-1997, Considerando Séptimo). En consecuencia, se adquiere dominio sobre los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos de acuerdo con el procedimiento establecido en el Código de Aguas.

En la misma sentencia rol 260-1997, en el Considerando número siete y ocho, establece que la Constitución Política asegura el dominio no sobre las aguas mismas, que constituyen bienes nacionales de uso público, sino también sobre el derecho de aprovechamiento de ellas constituido en conformidad a la ley (Tribunal Constitucional 260, CC. 7 y 8).

También ha establecido que las aguas no se encuentran cubiertas por la garantía de libre apropiación del art. 19 N° 23 por ser bienes nacionales de uso público y, por lo tanto, se encuentran en la excepción contemplada en el precepto constitucional (Tribunal Constitucional 260, CC. 15 y 16).

Que, en cuanto al derecho de propiedad sobre las aguas, en la Sentencia Rol 1309-2009 del Tribunal Constitucional, de fecha 20 de Abril de 2010 sobre recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesta por Silvia Quiroz Lozano respecto del artículo 309 del Código de Aguas, en la causa Rol N° 2373-04, seguida ante el Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Curicó, en el Considerando Séptimo establece que la normativa constitucional contiene un mandato habilitante al legislador para establecer bajo qué condiciones y requisitos se adquieren derechos sobre las aguas, otorgándole a los particulares un verdadero derecho de propiedad sobre ellas (Tribunal Constitucional 1309, C. 7).

4.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema.

La Corte Suprema de Chile ha abordado la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento, en la sentencia que rechaza el recurso de casación en la forma y

en el fondo interpuesto por la parte reclamante Agrícola y Comercial Los Lleuques Ltda. en contra de la resolución que fijó el listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente por no uso para el año 2018, en el Considerando Décimo Sexto, que dice: *“Que de acuerdo al artículo 6 del Código de Aguas, 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 el mismo estatuto. Lo anterior significa que aun cuando no utilice la totalidad del caudal de su dominio, el titular del derecho de aprovechamiento sigue siendo dueño del mismo y, por lo tanto, la autoridad correspondiente está impedida de superponer otro derecho de idéntica naturaleza sobre la parte no utilizada del recurso hídrico”* (Corte Suprema, Rol N° 97922-2016).

Esta sentencia les da a los derechos de aprovechamiento de aguas la naturaleza de derecho real, que otorga uso y goce sobre las aguas. Podemos evidenciar que no menciona la palabra “concesión” y tampoco incluye la facultad disposición respecto de las aguas mismas.

A modo de conclusión de este capítulo, queremos señalar que la propiedad que existe sobre los derechos de aprovechamiento de aguas no puede ser concebida desde la perspectiva puramente civil o como mero derecho real limitativo del dominio público, ya que el objeto sobre el que recae el derecho, es decir, las aguas, son de dominio público según la ley. En este sentido, los derechos de aprovechamiento de aguas son una facultad para usar privativamente las aguas a las que se tiene derecho, siendo de total relevancia distinguir entre la propiedad que recae sobre los derechos de aprovechamiento de aguas y el objeto del derecho de aprovechamiento, que serían las aguas, un bien nacional de uso público.

A pesar de que a nuestro parecer la postura que logra armonizar los intereses particulares y públicos es la de Fernando Atria y Constanza Salgado, ya que establecen que la propiedad no es únicamente la del artículo 582, sino que puede tener distintas formas dependiendo del objeto en el que recae y cómo es regulada por el legislador. En el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas, al ser las aguas bienes nacionales de uso público y por lo tanto responder al interés público, no se entiende como un poder pleno otorgado a los particulares, sino como una mejor forma de realizar el interés público, ya que es la forma más eficiente según el

legislador. Los efectos de tomar esta postura son dos, en primer lugar, que ante la especulación existe la contrapartida que nos permitiría exigir el uso efectivo de las aguas, porque estaría comprometido al interés público, por no ser la forma más efectiva de administrar el recurso. El segundo efecto es que dejarían de estar protegidos ante los cambios legislativos, ya que no estaríamos tratando con un derecho de propiedad constitucionalmente garantizado, sino que con un régimen de aprovechamiento constituido sobre bienes que la ley declara que deben pertenecer a la Nación toda.

Además, consideramos que esta postura concuerda con la intención esbozada en las Actas de la Comisión Ortúzar, en el siguiente sentido, José María Eyzaguirre declara que: “[a]sí, si una persona adquiere derechos de aguas que le son innecesarios, tendrá una tasa de flujo superior a la que requiere y, en tal caso, podrá ser expropiada; y si quiere especular con las aguas, podrá ser expropiada sin indemnización” (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 857).

En cuanto a la naturaleza jurídica de las aguas también nos parece de gran relevancia lo expuesto por el profesor Augusto Quintana, quien señala que el propietario del agua como bien nacional de uso público es la Nación toda, y que esa propiedad se estaría limitando al otorgar el uso y goce a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, dando un giro en la interpretación del problema jurídico, poniendo como propietarios cuyo derecho se ve afectado a la Nación y no a los particulares.

Lo anteriormente expuesto, es relevante para entender la naturaleza jurídica de las aguas, que se debe distinguir del derecho de aprovechamiento, tal como señala la profesora Tatiane Celume, “De este modo, y a partir de la distinción regulatoria de las aguas en cuanto fuente natural de abastecimiento (bien nacional de uso público) y DAA (facultad para aprovechar las aguas), se origina la posibilidad de apropiarse de este último y de someterlo al estatuto constitucional de la propiedad” (Celume, 2021, 17).

Consideramos que, analizando lo que es el derecho de aprovechamiento de aguas, no se puede desconocer lo que establece el artículo 19 N°24 inciso final de la Constitución Política de la República, que consagra propiedad sobre los derechos de los particulares al agua. En el mismo sentido ha fallado el Tribunal Constitucional en

la sentencia rol 260-1997 de fecha trece de octubre de mil novecientos noventa y siete, en el Considerando número ocho, que establece: “[e]n otras palabras, y aunque resulte obvio expresarlo, la Constitución asegura el dominio no sobre las aguas mismas, que constituyen bienes nacionales de uso público, sino sobre el derecho de aprovechamiento de ellas constituido en conformidad a la ley” (Tribunal Constitucional 260, Considerando Octavo).

De igual forma gran parte de la doctrina constitucional que se aborda en este trabajo de investigación, como Hernán Molina, Ángela Vivanco, Arturo Fernandois, Mario Verdugo, Laura Novoa y Francisco Zúñiga consideran que se tiene propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.

Esto enmarca la problemática dentro de la propietarización de los derechos. Vamos a continuar la investigación entendiendo que sobre los derechos de aprovechamiento de agua existe propiedad, y se otorgan las protecciones constitucionales señaladas por la profesora Tatiana Celume, es decir que, solo la ley puede determinar el modo de adquirirlos derechos de aprovechamiento de aguas, la facultad de uso y goce de las aguas queda determinada por la ley, se protege su contenido esencial, cualquier limitación al derecho de aprovechamiento u obligación impuesta su ejercicio debe ser prevista por la ley en consideración a la función social de la propiedad, la privación o expropiación de los derechos de aprovechamiento (o una parte de ellos o de sus facultades o atributos) solo podrá hacerse por una ley, general o especial, que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, previamente calificada por el legislador y la Constitución solo permite al legislador el establecimiento de restricciones especiales al ejercicio del derecho de propiedad fundadas en la protección al ambiente (Celume, 2021, 19-32).

En favor de esta postura también tenemos a Alejandro Vergara Blanco, quien señala que los derechos de aprovechamiento de aguas se encuentran protegidos al igual que cualquier otro derecho de propiedad con el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República, como ya se expuso anteriormente (Vergara Blanco, 1998, 322).

CAPÍTULO 2: Modalidades de afectación del derecho de propiedad sobre los derechos de las aguas.

Ya explicamos detalladamente de dónde nacen los derechos de aprovechamiento de aguas y cuál es su configuración legal y constitucional, ahora pasaremos a abordar cuáles han sido sus principales modificaciones producto de la más reciente reforma al Código de Aguas de abril de 2022 y la Propuesta de Nueva Constitución del Proceso Constitucional del mismo año.

Lo primero que debemos decir es que, al tratarse de un bien de dominio público, es la Administración del estado quien se debe encargar de velar por el uso debido de las aguas en línea con las necesidades públicas de la Nación, y que, como bien señala Saavedra: *“La titularidad de los bienes públicos conlleva la obligación de tutelar el interés general.”* (Saavedra 2009, 209).

Es por ello por lo que cada ordenamiento jurídico contempla mecanismos de protección de acuerdo a las necesidades de su Nación. Algunos sujetan los derechos sobre el uso de las aguas al cumplimiento de ciertas condiciones, como el pago de una patente, la adquisición de permisos, establecer restricciones en función al medio ambiente y a la sociedad, entre otros. Incluso, como bien se señaló en el capítulo anterior, algunos sistemas facultan el mercadeo de derechos de agua, pero lo limitan a un uso efectivo como requisito para el otorgamiento de su uso.

Un caso interesante de señalar es el de Australia, el territorio habitado más seco del mundo, que inició a partir de 1994 una serie de reformas en función de optimizar el uso del agua, la denominada Reforma Nacional del Agua (National Water Reform). Dicha reforma tenía por objeto, entre otras cosas, la creación de un mercado de aguas que funcione eficientemente; para ello, buscaron mecanismos para agilizar las transacciones de las aguas a través de la separación de los derechos del agua del derecho de propiedad de la tierra, toda vez que anterior a la reforma, sólo podía venderse los derechos de agua si se vendía el territorio sobre el que recae su ejercicio (Doolan, 11).

En nuestro caso, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de Chile, se ha otorgado una amplia libertad en los derechos de aprovechamiento de aguas sin la obligatoriedad de utilizarlas en función del dominio público.

En palabras de Saavedra, “*los lineamientos del Código de Aguas (morigerados por la Ley N°20.017) se basan en la defensa irrestricta de la libre determinación del titular para ejercer su derecho como más le plazca, partiendo de la base del derecho de propiedad que tiene el titular sobre su derecho de aprovechamiento*” (Saavedra 2009, 210), lo que indudablemente ha permitido una dinamicidad en el ejercicio de las actividades económicas relacionadas y el empobrecimiento de otros recursos.

Pero ¿cuál es el fundamento de esta falta de condicionamiento de los usos? Pues bien, originalmente el Código de Aguas de 1981 estaba orientado en que sea el mismo mercado de las aguas el que se encargara de llegar al uso socialmente eficiente del recurso hídrico, por lo que, la intromisión del Estado en este orden sería tremendamente perjudicial para el objetivo principal, esto es, la optimización del recurso a través del favorecimiento de la inversión, todo lo anterior conforme la “Teoría del Libre Mercado”.

Ahora bien, con la reforma al Código de Aguas publicada el día 6 de abril de 2022 y el proyecto de Nueva Constitución, se intentó incorporar una serie de cambios en la configuración de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, cuyas afectaciones más importantes se estudiarán a continuación:

1. Modificaciones en la configuración del derecho de propiedad que tienen los particulares sobre las aguas:

1.1. Incomerciabilidad.

Si bien las aguas como recurso natural y bien de uso público, son intransferibles, sabemos que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas tiene las mismas garantías constitucionales que cualquier otro derecho de propiedad, y, por tanto, se protegen todas las esferas del dominio, esto es, uso, goce y **disposición**.

Por otro lado, y como ya hemos comentado, el legislador había instaurado el principio libre transferibilidad de los derechos de aguas, con el fin de hacer un uso efectivo de las aguas, reduciendo al Estado a su más mínima intervención y realzando el rol del mercado en la regulación de las relaciones privadas entorno a las aguas, a través de la libre transacción de los mismos, conjunta o separadamente del terreno que sirve de riego, permitiendo a los titulares su libre uso y destino.

Cabe señalar que esta es una situación excepcionalísima en el Derecho Comparado, pues aparte de Chile y la Propuesta del Código de Aguas de Perú (que de hecho se inspira en el Código de Aguas chileno), no existe en otro país los medios o la autorización para un uso tan permisivo de las aguas, lo que provocó en su momento una serie de críticas en cuanto al daño ecológico, económico y social que podría traer aparejada la casi nula supervisión del recurso hídrico.

Al respecto, los escritores españoles Gaspar Ariño y Mónica Sastre fueron muy tajantes al señalar que “*Chile ha ido quizás demasiado lejos en el proceso de privatización de este sector.*” (Ariño y Sastre 2002, 9).

En efecto, luego de la entrada en vigencia del Código de 1981, al contrario del resultado esperado, las aguas perdieron en la práctica su calidad de bien nacional de uso público pues al existir una excesiva permisividad de los intereses privados, en desmedro de la colectividad, no se ha permitido lograr una utilización racional y sustentable del recurso, dejando el artículo 595 del Código Civil como una mera declaración de principios.

Esta situación quiso revertirse en la Propuesta Constitucional del año 2022 al establecer en su artículo 142 que “[e]l Estado velará por un uso razonable de las aguas. Las autorizaciones de uso de agua serán otorgadas por la Agencia Nacional del Agua, de **carácter intransferible**, concedidas basándose en la disponibilidad efectiva de las aguas, y obligarán al titular al uso que justificar su otorgamiento”.

Mas aún, al referirse a las autorizaciones administrativas para el uso de bienes comunes naturales, en particular el artículo 134 inciso 5, la Propuesta Constitucional no deja dudas al señalar que “[e]stas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, **no generan derechos de propiedad.**”, salvándose así de la discusión que podría surgir acerca de la protección y garantías como derecho de propiedad.

Esta es de las grandes novedades y de los puntos más discutidos que trajo la propuesta en materia del Derecho de aguas, pues es indudablemente un cambio en la configuración del derecho mismo.

1.2. Usos preferenciales.

En palabras de Vergara Blanco, *“una de las críticas importantes a la libre transferencia de derechos (que implicará un trasado físico del punto de captación de las aguas respectivas) es que produce “externalidades” ambientales, esto es, un “mercado” sin control puede producir problemas en el ecosistema, pues normalmente quienes transfieren derechos no consideran estos costos”* (Vergara, 1997, 383).

La reforma al Código de Aguas ha intentado hacerse cargo de estas “externalidades”. Así, se incorpora el artículo 5 bis donde se señala que *“[s]iempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento”* Además de expresar en el inciso cuarto del artículo 5 que *“[e]l acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado”*.

La Propuesta Constitucional del año 2022 quiso seguir la misma línea, señalando en su artículo 140, numeral 2: *“[s]iempre prevalecerá el ejercicio del derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas. La ley determinará los demás usos”*. Asimismo, establece que las aguas cumplen diversas funciones, principalmente de subsistencia, perseveración ecosistémica, y productivas, estableciéndose que prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico, y saneamiento tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas.

Esta idea de los “usos preferentes” nace del movimiento intelectual y político que ha estado en boga las últimas dos décadas, el denominado “derecho humano al agua”, definido como *“[e]l derecho de todos a disponer de agua suficiente salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico”* y que constituye una garantía para un nivel de vida adecuado para las personas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la UNI 2002, 2).

En Chile se ha reconocido este derecho de forma indirecta a través del derecho a la vida, consagrado en el artículo 19 N°1 de la Constitución de 1980, y del derecho a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19 N°9 de la misma. Además, en la práctica, las Juntas de Vigilancia, las Asociaciones de Canalistas y las Comunidades

de aguas han intentado respetar “el agua necesaria para la vida”, y recientemente, se consagró directamente en el inciso 4 del artículo 5° del Código de Aguas señalando que “[e]l acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado”.

Así las cosas, la limitación a los derechos de aprovechamiento de aguas se convirtió en un requisito necesario para el cumplimiento de los derechos y garantías que establece la Constitución, en particular, el derecho a la vida y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Además, el derecho humano al agua se ha ido asentando en la jurisprudencia. Un caso ejemplar es el caratulado “**Reyes con Aguas Andinas S.A.**”, Rol N° 101-2011, donde la Corte de Apelaciones de San Miguel, acerca de la juridicidad del corte de suministro de agua potable fundado en el no pago del servicio, en los Considerandos 3° a 8° del fallo, se hizo constar que el acceso al agua, como elemento vital, esencial y necesario para la vida, constituía un derecho fundamental para el ser humano y complementaba el derecho a la vida y diversos instrumentos jurídicos internacionales (Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N°101-2011).

Pronunciamientos más recientes de la Corte Suprema también han dado cuenta de ello: la Corte falló con fecha 18 de enero de 2021, en la causa caratulada “**Gallardo con Anglo American Sur S.A.**” (Corte Suprema Rol N°72.198-2020), reconociendo el derecho humano al agua alegado por vecinos de la comunidad de El Melón, ordenando a la Municipalidad que instaure una serie de medidas en pos para el aseguramiento de este derecho, criterio que fue reiterado en otro fallo de la Corte en la causa caratulada “**Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gobernación Provincial de Petorca**”, donde en su Considerando Undécimo señala que “*el Estado de Chile, al ratificar diversos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y otros instrumentos propios del Derecho Internacional, ha adquirido voluntariamente una serie de obligaciones que resultan vinculantes, por expresa disposición del artículo 5 , inciso 2 ° , de la Constitución Política de la República, en relación con sus artículos 1 ° y 4 , todos los cuales se insertan en el Capítulo I del Texto Político, intitulado de las Bases de la Institucionalidad.*” (Corte Suprema Rol N°131.140-2020).

Lo interesante de los fallos precedentemente señalados es que incorporan el estándar internacional en la materia, esto es, -a criterio de la Corte Suprema- que “[e]l agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico, y que los siguientes factores se aplican en cualquier circunstancia: a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos [...]. b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre [...]. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables [...]. c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte” (Corte Suprema Rol N°131.140-2020).

En el ámbito internacional, el derecho humano al agua es reconocido expresamente a través de la Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, instancia en la que Chile dio su voto a favor. En esta Asamblea, se incita además a que “proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 29).

Por otro lado, es importante tener en consideración que la Relatoría Especial de las Naciones Unidas ha enfatizado que el carácter de derecho humano no implica que el suministro de agua sea gratuito y tampoco exige que el agua sea potable y que el saneamiento provenga exclusivamente de organismos públicos o estatales (Heller, 7).

Por último, el mecanismo para ser efectivo estos usos preferentes es la “declaración de zonas de escasez”, y para ello, el artículo 274 N°2 del Código de Aguas le otorga a la Dirección General de Aguas atribuciones especiales para intervenir en la distribución de las aguas y suspender las medidas de distribución de las organizaciones de usuarios en casos calificados de sequía extrema. Esta medida puede ser adoptada en forma indefinida y otorga a la DGA la atribución de imponer medidas de redistribución para garantizar el consumo humano, saneamiento o uso

doméstico de subsistencia, incluso en áreas bajo la jurisdicción de organizaciones de usuarios.

1.3. Temporalidad.

Otra materia muy controversial durante el proceso legislativo de la reforma al Código de Aguas fue la duración de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas.

Que la propiedad -sobre el derecho de aprovechamiento sobre las aguas- sea perpetua significa que *“en principio no se extingue en el tiempo mientras subsista la cosa sobre la que recae, aunque pueda haber un cambio de titular por tradición o sucesión por causa de muerte”* (Corral 2022, 120), en otras palabras, previo a la reforma, estos derechos se constituían y eran ejercidos con carácter indefinido, es decir, no se extinguían por el transcurso del tiempo.

En el mismo sentido, Hernán Troncoso dispone que el atributo de la perpetuidad consiste en que el derecho de propiedad *“no está sujeto a limitaciones de tiempo y puede durar tanto cuanto la cosa, en sí misma no lleva una razón de caducidad y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. Por tanto, el propietario no pierde su derecho aunque no use la cosa, y aunque un tercero sin la voluntad del dueño, o contra ella ejerza actos de dominio; el propietario sólo pierde su derecho si deja poseer la cosa por un tercero durante el tiempo requerido por la ley para que éste adquiriera el dominio por prescripción”* (Troncoso 2020, 23 y 24).

Por su parte, el antiguo artículo sexto del Código de Aguas disponía: *“[e]l derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código. el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”*, atribuyéndole a este derecho las mismas características de cualquier dominio, sin limitarlo en el tiempo.

La reforma, a través de su artículo primero que sustituye los primeros dos incisos del artículo 6 del Código de Aguas, introduce a las concesiones como forma de adquirir y mantener los derechos dentro de la propiedad de los particulares. Dicha concesión tiene una duración de 30 años y se concederá de acuerdo a los criterios de

disponibilidad de la fuente de abastecimiento y sustentabilidad del recurso hídrico. Sin perjuicio de que esta concesión sea prorrogable sucesivamente y por el solo ministerio de la ley, la Dirección General de Aguas puede intervenir acreditando en resolución fundada que no existe un uso efectivo del agua o que existe una afectación a la sustentabilidad de la fuente hídrica, por lo que se dará término a la concesión, lo que abriría cierto espacio a la “discrecionalidad” de la Dirección General de Aguas.

Durante el proceso legislativo, los exintegrantes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Andrés Allamand y Víctor Pérez, habían levantado el punto sobre la constitucionalidad de esta norma pues, a juicio de ellos, se crearían dos grupos de personas con derechos distintos. Por una parte, quienes obtuviesen sus derechos con anterioridad a la reforma, poseerían sus derechos por tiempo indefinido, mientras quienes los adquieren con posterioridad, poseerían sus derechos por tiempo limitado. El senador Rodrigo Galilea, también de la Comisión, señaló que *“la formulación del artículo 6° está incompleta, porque conceptualmente éste debe guardar plena concordancia con lo que dice el Código Civil y con lo que es la historia de la ley”* (Historia de la Ley N°21.435, 369).

Por otro lado, la Propuesta Constitucional del año 2022 señalaba en su artículo 134 inciso quinto, que el Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para el uso de estos bienes, **de manera temporal**, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación, y que estas autorizaciones no generarán derechos de propiedad. Asimismo, se agrega en el artículo 142 que se crearían “autorizaciones de uso” de carácter intransferibles, concedidas en base a la disponibilidad efectiva de las aguas que obligarán a su titular a usar el agua conforme a la justificación de su otorgamiento.

Si bien la temporalidad y la sujeción a causales de caducidad y extinción ya fueron cuestiones introducidas con la reforma al Código de Aguas, el hecho de que estas autorizaciones de uso no generen derechos de propiedad, que no sean transferibles y que se encuentren constantemente condicionadas al uso que se establece, representan cambios sustanciales, cuyo propósito, como ya se dijo, es la eliminación del mercado de aguas.

1.4. Causales de Caducidad.

Este aspecto del derecho de aprovechamiento sobre las aguas no ha estado exento de polémicas, de hecho, fue uno de los puntos más arduamente debatidos en la política chilena durante el proceso legislativo de la reforma al Código de Aguas, pues con anterioridad a la reforma del año 2022, el derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento sobre las aguas era perpetuo, y no estaba sujeto a cargas que imperiosamente se deban cumplir para mantener dicha propiedad.

La gran discusión se centró en la contraposición de dos conceptos: el de certeza jurídica y la ya mencionada escasez hídrica, pues, por un lado, en la historia fidedigna se observa que la intención de la Comisión Ortuzar fue otorgar certeza jurídica a los privados para incentivar el cuidado y la inversión en el uso del recurso, pero, por el otro, hemos visto cómo los derechos de aprovechamiento han sido concentrados en determinados grupos económicos, y cómo la escasez hídrica ha afectado a la comunidad.

De esta forma, la reforma contempla la completa extinción de la “perpetuidad” del derecho de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, circunstancia totalmente contraria al principio consagrado en la regulación anterior. Así, si bien se mantiene el carácter de indefinido de la propiedad sobre los derechos sobre las aguas, se les otorga una carga para su titularidad, implementando el cobro a través de un sistema de patentes a quien solicite un derecho de agua a la Dirección General de Aguas.

Ahora, el artículo 129 bis N°9 del Código de Aguas exige que los particulares ejecuten obras de captación de las aguas, las cuales *“deberán ser suficientes y aptas para la efectiva utilización de las aguas, capaces de permitir su captación o alumbramiento, y su restitución al cauce, en el caso de los derechos de aprovechamiento no consuntivos”*; de lo contrario, se entenderá que el particular no está haciendo uso efectivo del recurso y, por consiguiente, se extinguirá su derecho en el plazo de 5 años, en el caso de los derechos consuntivos, y de 10 años, en el caso de los no consuntivos.

Los plazos de extinción comenzarán a correr desde la publicación de la resolución que incluya al particular por primera vez en el listado de los derechos de aprovechamiento de aguas afectas al pago de patente por no uso.

Respecto del pago de patentes por no utilización del derecho de aprovechamiento sobre las aguas, la reforma introduce una serie de cambios en el sistema de cálculo de estas patentes, en virtud de los cuales, los montos de patentes se duplicarían cada 5 años en forma indefinida y se establecen exenciones solamente para aquellos derechos de aprovechamiento inscritos a nombre de un comité u asociación de agua potable rural o de servicios sanitarios rurales, de ciertas comunidades agrícolas, de indígenas o comunidades indígenas y los derechos de aprovechamiento de aguas para fines no extractivos.

Además, se crea la figura de los derechos de aprovechamiento de agua in-situ o no extractivos, destinados a fines de conservación ambiental o desarrollo de proyectos de turismo sustentable, recreacional o deportivo, que no estarán sujetos al sistema de patentes por no uso por falta de construcción de obras de captación y/o restitución, permitiendo a los derechos de uso existentes reconvertirse a esta modalidad, y, por tanto, incentivando la sustentabilidad en las actividades económicas.

Lo que buscan estas medidas es la desconcentración del recurso en post del interés económico, particularmente extractivo, asociados a las principales actividades correspondientes a cada zona del país (en el norte la minería, en el centro la agricultura, y en el sur la hidroelectricidad).

1.5. Aguas del Minero.

Las “aguas del minero” se ha definido como *“aquel derecho de aprovechamiento de aguas otorgado por el sólo ministerio de la ley al dueño de una concesión minera sobre las aguas que éste alumbró en sus labores mineras y que se encuentra sujeto a determinados requisitos y a las modalidades que establece la ley”* (Morán 2018, 58).

El antiguo artículo 56 del Código de Aguas señalaba en su inciso segundo 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.”*

La reforma al Código de Aguas cambia esto, eliminando dicho inciso y agregando el artículo 56 bis, que dispone en su primera parte: *“Las aguas halladas por los concesionarios mineros en las labores de exploración y de explotación minera podrán ser utilizadas por éstos, en la medida que sean necesarias para las faenas de explotación y sean informadas para su registro a la Dirección General de Aguas, dentro de noventa días corridos desde su hallazgo”*. Y deja muy en claro más adelante que *“[e]l uso y goce de las aguas referido en el inciso anterior no podrá poner en peligro la sustentabilidad de los acuíferos en conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 bis, o los derechos de terceros, lo cual deberá ser verificado por la Dirección General de Aguas (...)”*.

Cabe destacar que el Código de Minería ya trataba esta materia, disponiendo en su artículo 110 que *“el titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta.”*, por lo que se ha discutido cuál es en definitiva el estatuto aplicable a las “aguas del minero”. A lo anterior, la respuesta de la doctrina es que nos encontramos ante un concurso aparente de normas pues, atendiendo al principio de temporalidad, se debe interpretar que las normas del Código de Aguas se encuentran derogadas por el artículo 244 del Código de Minería que declara derogadas todas las disposiciones que contradigan dicho Código, el que se dicta con posterioridad al Código de Aguas (Zañartu y Pozo, 2022).

Por lo tanto, ante este concurso aparente de normas, se mantendría el derecho del titular -el minero- a utilizar las aguas que fueren halladas en las faenas, pero ahora se le impone el deber de informar dicho hallazgo a la Dirección General de Aguas y solicitar su autorización para su uso.

Por su parte, el artículo 146 de la Propuesta de Nueva Constitución del año 2022 señala que *“[q]uedan excluidos de toda actividad minera los glaciares, las áreas protegidas, las que por razones de **protección hidrográfica** establezca la ley y las demás que ella declare”* [énfasis agregado], sin haber artículo transitorio que medie

esta materia, surge la interrogante sobre qué sucede con los yacimientos mineros que ya se encuentran faenando en glaciares.

1.6. Supresión del inciso final del artículo 19 N°24 de la Constitución.

Recordemos que la actual Constitución, en su artículo 19 número 24 inciso final, asegura a todas las personas *“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”*

El Anteproyecto de Constitución Política de la República de junio de 2023, preparado por la Comisión Experta del Nuevo Proceso Constitucional, señala en su artículo 16 N°34, que la Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedades en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, incluyendo la letra i) que expresa: *“[l]as aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la Nación. En función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los que podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con la ley. El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas que confiere a su titular el uso y goce de ellas, de conformidad con las reglas, temporalidad, requisitos y limitaciones que prescribe la ley.”* De esta forma, el Anteproyecto recoge lo dispuesto en los primeros dos incisos del artículo 5 del Código de Aguas, por lo que, de aprobarse en dichos términos, no modificaría mucho el escenario.

Por su parte, la Propuesta Constitucional del año 2022 no contempla disposición similar dentro de la protección del derecho de propiedad, por lo que indudablemente se deben analizar las consecuencias de una eventual supresión de este inciso, resolviendo una serie de discusiones que han surgido al respecto, primero, respecto de la naturaleza contractual de los derechos de aprovechamiento, y luego, respecto de la susceptibilidad de su protección como derecho incorporal.

1.6.1. Los Contratos de Concesión y los Actos Graciosos.

Se ha discutido si en el derecho de aprovechamiento de agua existe un contrato o no. La doctrina mayoritaria, como se señalará más adelante, afirma que efectivamente

existe un contrato denominado “Concesión”, mientras que otros autores discuten que la concesión administrativa sea un contrato, señalando que más bien son actos gratuitos pues nacen de la sola gracia de la administración.

Para esclarecer la discusión anterior debemos entender primero, de lo general a lo particular, qué es un “contrato de derecho público”: Esta clase de contratos, también llamados “contratos administrativos”, se ha definido como “*un acuerdo de voluntades en que participa el Estado o algunos de los entes jurídicos que lo integran en el ejercicio de su función administrativa con otro ente también estatal o particular y destinado a producir los efectos jurídicos que se convienen en él y regulado en la legislación respectiva*” (Abeliuk 2009, 67).

Así, lo distintivo en un contrato de derecho público es que en él participa un organismo público, pero a contrario sensu, no toda intervención de un ente estatal significa que se está celebrando un contrato administrativo.

Dentro de los contratos administrativos se encuentra el “contrato de concesión”, que se define como “*un acto de Derecho Público mediante el cual un organismo público entrega a un particular la explotación de un bien de su propiedad o la explotación de un servicio público*” (Abeliuk 2009, 67).

La razón de la discusión surge en que, en general, para que se otorgue un contrato de derecho público se debe pasar por dos etapas: primero, una puramente administrativa, donde se da cumplimiento a las reglas que establezca la autoridad respectiva, cuyo resultado es el otorgamiento a través de una resolución o decreto; y otra etapa, la contractual, en que se celebra el instrumento donde se deja constancia de las condiciones del contrato. De esta forma, el Estado actúa primeramente como autoridad, en el ámbito del Derecho Público, ejerciendo su imperio por encima de los particulares y luego actúa como cualquier persona de derecho privado, despojándose de su poder para situarse en un plano de igualdad con los particulares.

La doctrina, como se expondrá, ha discutido si el ejercicio de dichas funciones en el ámbito público y en el ámbito privado signifiquen una doble personalidad jurídica del Estado, o más bien el Estado tiene una única personalidad jurídica que se desenvuelve en ambos ámbitos.

En palabras de Gutiérrez Silva “[l]a tendencia de hoy reconoce al Estado como persona jurídica única, con proyecciones en el campo del derecho público y del derecho privado” (Gutiérrez, 251), tendencia sostenida por autores como Aylwin y Azócar que manifiestan que “Estado y Fisco son dos denominaciones que se le dan a una misma persona jurídica, que es siempre de derecho público” (Aylwin y Azócar, 179), o Garrido Falla, quien expresa que “[l]a personalidad jurídica del Estado es única y se refiere, desde luego, al conjunto de sus funciones. Lo que ocurre es que, desde el punto de vista del derecho interno, la doctrina de la personalidad estatal tiene su relevancia práctica normalmente en cuanto personalidad de la Administración pública, pues es esta la que aparece como titular de los bienes de Estado, la que dispone de los que el Estado pueda heredar (art. 956 del Código civil), la que contrata con los particulares, la que responde civilmente por la gestión de los servicios públicos y la que es demandada ante los Tribunales civiles o contencioso-administrativos” (Garrido Falla, 318).

De ello se desprende otra discusión en relación a la naturaleza jurídica propiamente tal de la concesión, donde la tendencia actual es reconocer a la concesión como un contrato, en el que el Estado actúa en la esfera del Derecho Privado, en un plano de igualdad con los particulares, lo que trae como consecuencia que se le aplicarán a las concesiones los mismos principios generales que los aplicables a un contrato civil.

Todo lo anterior es relevante por cuanto la reforma al Código de Aguas del año 2022, por la cual modifica el artículo sexto, agrega que “[e]l derecho de aprovechamiento se origina en virtud de una concesión, de acuerdo a las normas del presente Código o por el solo ministerio de la ley”.

1.6.2. Derechos Incorporales y la Propietarización de los Derechos.

De acuerdo al artículo 19 número 24 de la Constitución, se asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.

El Código Civil es quien realiza esta clasificación, estipulando en el artículo 565 que “[l]os bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las *servidumbres activas*”.

Relacionado a lo anterior, el artículo 576 señala: “Las cosas incorporales son derechos reales o personales”, y en el artículo 583: “Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”. Y de esta forma, el profesor Vergara Blanco expone que “por la vía de la propiedad es posible abarcar todos los derechos, y queda consagrada la propiedad sobre los derechos, esto es, la “propietarización de los derechos” (Vergara 1991, 284).

Así también lo ilustra Eduardo Cordero, al exponer que “la expresión el derecho de propiedad en sus diversas especies unido a una interpretación sistemática con el Código Civil da a entender que hay un derecho de propiedad sobre las cosas incorporales, las que consisten en derechos reales y personales. Dicho en otros términos, se puede ser propietario no sólo de cosas corporales, cualquiera sea su naturaleza física, sino que también de derechos, como son el usufructo, las servidumbres o los créditos. De esta forma, si se violenta o se priva a una persona de su derecho a cobrar un crédito o se le imponen cargas que hacen imposible su cobro, se está afectando su derecho de propiedad sobre el crédito que está garantizado constitucionalmente” (Cordero, 132-133).

En la misma línea se encuentra el autor Eduardo Soto Kloss, quien afirma que “pretender a 140 años de historia, práctica y doctrina que los derechos no son bienes incorporales y, por lo tanto, no podría tenerse propiedad sobre los derechos (sean fundamentales o no, subjetivos públicos o personales) me parece sólo una especie de juego intelectual, ejercicio bueno para el intelecto, como una cuestión disputada medieval, buena sólo como agudeza del ingenio, pero una mera ilusión si se la considera desde el orden del obrar práctico, en el que se mueve el Derecho como arte.” (Soto, 2).

Por su parte, la jurisprudencia ha estimado que los derechos que nacen de un contrato son bienes incorporales y, por lo tanto, si existen el contrato de concesión existiría un bien incorporal, y si existe esta propiedad sobre cosa incorporal, puede entenderse protegido por la Constitución a través del inciso primero del artículo 19 N°24.

Un ejemplo de ello es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago dictada con fecha 24 de abril de 2001, donde en su Considerando Octavo señala: “[q]ue, estando debidamente acreditado en autos la existencia del decreto alcaldicio N° 1.434 que adjudicó a los recurrentes el servicio licitado (fs. 33); la existencia del contrato suscrito entre la recurrente y la Municipalidad de Independencia (fs. 30); y la existencia del comprobante que da cuenta de haberse enterado al municipio la suma correspondiente a la garantía (fs. 34) se debe concluir que en la especie estamos en presencia de un contrato legalmente celebrado, que produce plenos efectos, por lo que estos ingresaron al patrimonio de los contratantes, no siendo posible, en consecuencia, ser invalidado o dejado sin efecto en forma unilateral...” (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 186-2001)

Así mismo lo ha interpretado el Tribunal Constitucional quien en su fallo de fecha 06 de marzo de 2007, Considerando 18, señala: “[q]ue el texto de la Constitución no permite sostener que la propiedad sobre bienes incorporales que nacen del contrato no pueda cumplir una función social y que ésta fue establecida sólo en relación a los bienes corporales. (...) Sostener la intangibilidad absoluta de los derechos que nacen de los contratos no sólo carece de fundamento constitucional, sino que tendría, para ser congruente, que sostener como constitucionalmente ilícitas numerosísimas prácticas habituales de nuestro sistema jurídica, como la de otorgar, por ley, nuevos beneficios laborales o provisionales a favor de trabajadores con cargo a sus empleadores o sostener que la intangibilidad del contrato permite a un arrendatario explotar un bien del modo convenio con su arrendador, sin importar las normas que limitan tal explotación en defensa del medio ambiente” (Tribunal Constitucional Rol N°505-2006).

Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, hay quienes señalan que no aplicaría dicha protección, pues dicha clasificación, en los términos que la concibe nuestro legislador, ha sido criticada por la doctrina, debido a que asocia en dos clases a dos categorías jurídicas diferentes, como son las cosas y los derechos.

En palabras de Troncoso, por otro lado, “los Tribunales han utilizado el razonamiento de la propiedad de los derechos personales, para concluir que, si una ley priva a una persona de uno de estos derechos que había ingresado a su patrimonio al celebrar un contrato, lo estaría privando de parte de su dominio” (Troncoso, 3).

Dicho lo anterior, respecto de la principal preocupación sobre la supresión del inciso final del artículo 19 número 24 como una protección específica a los titulares de derechos de aprovechamiento sobre las aguas, la doctrina mayoritaria sostendría que la protección no se extinguiría con su supresión, sino que se mantendría a través de su garantía como derecho de propiedad sobre cosa incorporal, conservando por tanto todas las herramientas que se franqueen para ello.

Lo anterior se acredita observando la historia fidedigna, en particular, la Sesión N°166 celebrada con fecha 13 de noviembre de 1975, donde consta en actas lo siguiente: "*[e]l señor GUZMAN manifiesta, enseguida, que desgraciadamente estuvo ausente en la sesión pasada y pese a que no es su intención entorpecer lo que ya está aprobado, desea hacer una pregunta sobre el alcance de la referencia al "derecho que a ella tuviere". Entiende que en la Constitución del año 1925 esa frase tenía el sentido de referirse, fundamentalmente, a la propiedad de los créditos, pero ahora, agrega, al modificarse el encabezamiento del N°10 en cuanto lo que se garantiza no es la inviolabilidad de todas las propiedades, sino el derecho de propiedad en sus diversas especies, **estima que ese derecho de propiedad sobre los créditos queda cubierto en cuanto se asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies.***" [énfasis agregado] Entonces le parece que ya no se justifica, a la luz de la Constitución vigente y del proyecto de la Subcomisión, mantener la referencia al "derecho que a ella tuviere", porque en esta parte podría entenderse con un sentido equívoco. Por eso consulta si se analizó o no en el debate la posibilidad de que esta norma estuviera referida, más bien, al derecho a la propiedad, caso en el cual su ubicación tendría que ser otra, ya que ella dice relación con (el derecho al dominio privado) y no con el derecho de propiedad ya adquirido. De manera que desea consultar si se precisó el sentido que tendría la frase "el derecho que a ella tuviere" respecto del actual encabezamiento del texto constitucional y de un futuro texto, como el que se está aprobando. Si no ha quedado precisado en la sesión pasada, cree que sería interesante hacerlo porque, aparentemente le parece innecesario" a lo que el Comisionado Sr. Ovalle responde que "*tiene razón, ya 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*", aprobándose el texto tal como lo hacemos hoy (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 522).

2. Las hipótesis de afectación al derecho de propiedad.

La garantía del derecho de propiedad en general, y sobre los derechos de aprovechamiento sobre las aguas en particular, estudiado en relación al artículo 19 N°24 de la Constitución, también debe relacionarse con el artículo 19 N°23 que consagra la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, donde se dispone que sólo *“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 lo ha entendido también el Tribunal Constitucional, según se refleja en la Sentencia dictada en autos Rol N.º 115 de fecha 3 de diciembre del año 1990, en particular al estudiar sus Considerandos Vigésimo Primero a Vigésimo Quinto: *“el ámbito de aplicación del indicado numeral 23 del artículo 19 de la Carta Fundamental es el correspondiente al derecho a la adquisición de bienes cuya propiedad no se tiene, consagrando una plena libertad para adquirirlos, con la sola limitación de 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” (Tribunal Constitucional Rol N° 115-1990, C. 21).*

“[q]ue debe observarse debidamente que el mismo el referido numeral 24 agrega en su inciso segundo dos preceptos diferentes que no corresponde confundir. El primero de ellos es el que señala que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella”, con lo que el constituyente ha consagrado que un modo de adquirir no puede sino provenir de una norma de carácter legal, negando que pueda originarse en una de otra especie. El segundo precepto dispone que sólo la ley puede establecer con respecto a la propiedad “las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social” agregando que esta función social “comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio nacional” (Tribunal Constitucional Rol N° 115-1990, C. 24).

“se desprende de lo expuesto en los Considerandos precedentes, que la Constitución Política ha hecho una diferenciación entre el acceso a la propiedad y el ejercicio del derecho de dominio, destinado para cada uno de estos ámbitos dos diferentes

numerales del artículo 19: el 23 para el primero y el 24 para el segundo.” (Tribunal Constitucional Rol N°115-1990, C. 25)

La Constitución Política, así, reconoce que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, sino que puede ser objeto de ciertas limitaciones -en sentido amplio-, limitaciones que estarían dadas, por una parte, por las cargas que derivan de la función social de la propiedad (limitaciones en sentido estricto), y, por otra, por la posibilidad de que el Estado pueda privar a un individuo de su derecho sobre un bien determinado por causales estrictas (privación o expropiación).

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado acerca de esta distinción, indicando en el fallo dictado con fecha 6 de marzo de 2007, Considerando 22 que “[e]n general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un *acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Así, habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claro de regulación (como aquellos en que lo actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues esta no puede hacer las cosas esenciales que éste conlleva” (Tribunal Constitucional Rol N°505-2006).*

Se debe resaltar en este punto que la Constitución Política de 1980 no estableció reglas mínimas para que el legislador tenga en cuenta al momento de regular los caracteres de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas. De acuerdo a Tatiana Celume, “su silencio le imprimió al derecho de aprovechamiento sobre las aguas de las máximas prerrogativas en el uso, goce y disposición de las aguas. Por ello, es aquel quien ha definido los contornos más precisos de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, dibujando las implicancias del carácter público de las aguas. Así, el derecho de aprovechamiento sobre las aguas diseñado por el Código de Aguas de 1981 consiste en un derecho indefinido (perpetuo), de obtención y mantención gratuita (exento del pago de una tarifa para amparar su tenencia),

libremente transferible, no condicionado a un uso específico y no sujeto a mayores limitaciones de carácter ambiental (Celume, 17).

A mayor abundamiento, se pasará a analizar qué son las limitaciones y las privaciones al derecho de propiedad, sus particularidades y qué es lo que las diferencia.

2.1. Las “limitaciones” al derecho de propiedad.

El profesor Salvador Mohor señala que *“la expresión limitación designa un conjunto de normas del Derecho Objetivo, en cuanto, sometiendo la conducta externa de los individuos a los requerimientos del orden establecido, se yergue como un obstáculo impuesto al desenvolvimiento espontáneo de su actividad”*, definiendo a las limitaciones como *“exigencias impuestas unilateralmente por el Estado con miras a satisfacer necesidades superiores de bien público y que necesariamente inciden en el plano de los derechos subjetivos de las personas”* (Mohor, 284).

El autor Pedro Jesús Rodríguez, por su parte, expone que la función social de la propiedad define la frontera que separa los poderes de la autoridad y del dueño sin eliminar el interés individual y sin otorgar una facultad irrestricta al poder regulador y al poder administrador (Rodríguez, 111-142).

Por tanto, la característica principal de las limitaciones es que son siempre de carácter general, es decir, afectan a todos los propietarios cuyos bienes están condicionados, pues la causal de la limitación es la función social de la propiedad.

Respecto de la función social, la Constitución se refiere a ella en el artículo 19 N° 24 inciso 2°, disponiendo que *“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”*. De esta forma, la Constitución no da un concepto de lo que se debe entender por “función social”, sino que se limita a indicar qué es lo que comprende: *“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”*.

Es la doctrina, y las propias instituciones del Estado, quienes se han encargado de conceptualizar los elementos de la función social, esto es: (i) los intereses generales

de la Nación; (ii) la seguridad nacional; (iii) la utilidad pública; (iv) la salubridad pública; y (v) la conservación del patrimonio ambiental.

Primeramente, los intereses generales de la Nación “*expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella*” (Verdugo, Pfeffer y Nogueira, 305).

Respecto a la seguridad nacional, el Libro de la Defensa Nacional del Ministerio de Defensa Nacional, de 2017, indica que “*la seguridad de la nación chilena debe entenderse como una condición que varía según las acciones que el Estado realice para hacer avanzar el país hacia los objetivos pretendidos y resguardar los intereses nacionales con la menor interferencia de riesgos, amenazas, problemas u otros obstáculos importantes*” (Ministerio de Defensa Nacional, 98).

Sobre la salubridad pública el profesor José Fernández Richard expresa que “*como su nombre lo indica (bueno para la salud, saludable), es una limitación básica que se relaciona con la higiene que debe tener una propiedad, por razones de salud pública*” (Fernández, 117).

Por su parte, la “utilidad pública” fue definida por la propia Comisión Ortúzar en su Sesión N°27, señalando “*significa beneficio colectivo –referido especialmente al orden interior de la República-, no tiene significación patrimonial, ni protege intereses de personas o grupos, se dejó constancia en las actas*” (Historia fidedigna de la Constitución Política de 1980, 68)

Finalmente, la conservación ambiental es la única que cuenta con una definición legal en el artículo segundo letra b) de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que lo define como “*el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración*”.

Como concepto general, hay algunas referencias a la función social de la propiedad en el proceso de elaboración de la Constitución de 1980. Una de ellas es la que consta en la Sesión 148 de la Comisión Ortuzar, donde se indica que “*la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él*”, y se reconoce que hay

intereses colectivos en armonía con los cuales debe ejercerse el derecho de propiedad. Y, en este sentido, las limitaciones al dominio “*constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio*” (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 131)

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto en varios de sus fallos, uno de ellos es el dictado con fecha 27 de enero de 2015, donde en su Considerando Sexagésimo expone que “*la función social de la propiedad es la que permite equilibrar el interés privado que alimenta y orienta el ejercicio del haz de derechos que la constituyen y el interés público que justifica su protección como derecho fundamental*” (Tribunal Constitucional Rol N°2643-2014).

De lo anterior también se desprende que no se trata de limitaciones "externas" de las facultades dominicales, sino que corresponden a delimitaciones del contenido mismo del Derecho, es decir, limitaciones “intrínsecas”, y en el mismo orden de ideas, el Código Civil dispone en su artículo 582 que, si bien el derecho de dominio es absoluto, no puede ejercerse “*contra la ley o contra derecho ajeno*”.

A mayor abundamiento, algunos ejemplos de limitaciones al dominio son los siguientes: los planos reguladores urbanos, la obligación de permitir la instalación de placas indicativas del nombre de la calle, prohibición de alterar monumentos nacionales, entre otros.

2.2. Las “privaciones” al derecho de propiedad.

La expropiación regulada en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política, y el Decreto Ley N°2.186 sobre Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, si bien no es la única institución por la cual se pueda privar de la propiedad a su titular, es la única que no consiste en una sanción o una carga unilateral, sino que se configura a través de un acto administrativo previo, y que, por tanto, es susceptible de impugnación por parte del afectado. Otras formas de privación, que no son objeto del presente estudio, son la requisición, la confiscación, la nacionalización y el comiso.

La Constitución Política de 1980, en su artículo 19° 24 inciso, dispone 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. 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”

De esta forma, el Tribunal Constitucional ha entendido que “*expropiar es privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho*”, lo anterior expresado en el Considerando Décimo de su fallo de fecha 26 de diciembre de 2006. (Tribunal Constitucional Rol N°541-2006).

De lo anterior, profesores como Cea Egaña y Aldunate, han entendido que la privación del dominio implica necesariamente un sacrificio, efímero o permanente, del contenido del dominio o de alguno de sus atributos esenciales, lo que, por utilidad pública o interés nacional, deberá ser soportado por el propietario (Cea, 60; Aldunate 2005, 157-169)

Pero uno de los problemas más grandes que se han planteado, tanto en la comunidad nacional e internacional, es la determinación de la esencia del derecho de propiedad.

El profesor Rajevic sostiene que “*el contenido esencial, como hemos visto, constituye un concepto jurídico indeterminado de rango constitucional, indisponible para el legislador y que debe ser descubierto en una labor hermenéutica que califica, en definitiva, el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución*” (Rajevic, 42)

El profesor Mohor se pronunció al respecto sosteniendo que no existe un sector no esencial o accidental del derecho, pues en este no hay aspectos más significativos que otros; no hay un núcleo, hay sólo un derecho que se identifica por las particularidades de su contenido específico en un espacio y tiempo determinados, y cuya realidad está permanentemente en estado de cambio, no hay aspectos más sacrificables que otros (Mohor, 306-307).

José Luis Cea señala que "*para conocer la esencia de un derecho constitucional es necesario examinar su texto, a fin de determinar si sólo lo menciona o si por el*

contrario, la Constitución contempla el núcleo del derecho o libertad de que se trate” (Cea, 295), y se limita a indicar que, de acuerdo a la historia fidedigna de la norma fundamental, la esencia del dominio, su núcleo característico e insuprimible, es la suma o conjunto de atributos y facultades, los que deben ser ejercidos por su titular; por lo que el contenido mínimo estaría dado por la parte ejecutiva del derecho.

Por su parte, Evans de la Cuadra considera que *“la esencia de cada derecho se expresa en uno o más bienes jurídicos que garantizan su real vigencia, que distinguen el precepto singularizándolo y sin los cuales la consagración constitucional aparecería como expresión de una intención meramente discursiva”* y en cuanto al derecho de propiedad, su esencia *“consiste en que ninguna limitación u obligación que pueda imponer el legislador, o la autoridad en su nombre, puede afectar las facultades de uso, plena administración, goce y disposición que son propios del dominio”* (Evans, 2004, 301).

A mayor abundamiento, Evans señala que *“[l]a esencia del derecho de propiedad radica en la existencia y vigencia del dominio mismo, de la calidad de dueño y la existencia y vigencia de sus tres atributos esenciales: el uso, el goce y la disposición. En consecuencia, cualquier atentado que implique privación del derecho de dominio, en sí, o de cualquiera de sus atributos, vulnera la garantía constitucional y sólo puede hacerlo, en forma jurídicamente válida, una ley expropiatoria dictada con los resguardos constitucionales”* (Evans 1986, 376).

El Tribunal Constitucional también se pronunció al respecto en el Considerando 21° de fallo de fecha 24 de febrero de 1987, definiendo el contenido esencial de la siguiente manera: *“[l]a esencia del derecho debemos conceptuarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender 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 el 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.”* (Tribunal Constitucional Rol N°43-1987).

En el mismo fallo señala que los derechos esenciales se ven afectados 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 el 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*”.

En cuanto historia fidedigna, la Comisión Ortuzar en su sesión N° 157 hace referencia a que es indispensable establecer en la Constitución una mención a la esencia del derecho de propiedad, señalando el Sr. Ovalle que *“la privación consiste en que una de las facultades que son de la esencia del derecho de propiedad no la ejerce su titular. Por lo tanto, afecta a la esencia del derecho cuando se dispone que otro use o goce por el dueño o que disponga por el dueño, porque se afecta un atributo esencial del derecho”* (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 320).

Como vemos, la línea entre una limitación propiamente tal, y una privación, es fina. Según el autor Juan Andrés Varas, el numeral 24 debe interpretarse en conjunto y recíprocamente con el numeral 26, y señala que *“en la medida en que el legislador no priva de propiedad, ni priva del bien sobre que la propiedad recae, ni priva de un atributo o facultad esencial, no está afectando al derecho en su esencia ni está imponiendo condiciones o tributos que impidan el libre ejercicio.”* (Varas 1998, 139).

El Tribunal Constitucional en Sentencia Rol N° 245, de fecha 2 de diciembre de 1996, señala en su Considerando Vigésimo Cuarto: *“[q]ue, de acuerdo al artículo 19, N° 24, de la Constitución Política, las limitaciones y obligaciones al dominio deben ser impuestas por ley y derivan de la función social que tiene que cumplir la propiedad, y como bien lo ha dicho este Tribunal, en Sentencia Rol N° 146, de 21 de abril de 1992, no pueden afectar la esencia del derecho, de acuerdo al artículo 19, N° 26, de la Constitución Política de 1980”* y por tanto, se reconoce que la línea entre limitación y privación se da en el umbral de la “afectación a la esencia del derecho” (Tribunal Constitucional Rol N°245-1996).

La discusión es relevante en la materia por cuanto de concluir que no se estaría afectando la esencia del derecho, dicha afectación no sería sujeto de indemnización, lo que también se ha discutido en el caso de las limitaciones, cuestiones que son objeto de análisis en el capítulo tercero.

3. Aplicación de las hipótesis afectación en las modificaciones a los derechos de los particulares sobre las aguas.

Pasaremos a analizar si alguna de las modificaciones en la configuración del derecho señaladas en el punto anterior corresponde a una limitación o una privación al derecho de propiedad.

3.1. Incomerciabilidad.

Como se dijo anteriormente, la comerciabilidad está íntimamente relacionada con el atributo de la disposición, y el derecho de aprovechamiento sobre las aguas no escapa de esta lógica toda vez que, como se ha reiterado a lo largo del trabajo, el derecho de aprovechamiento de aguas es un derecho real, con las mismas atribuciones y características de los demás derechos reales del artículo 577, y por tanto, establecer su incomerciabilidad es una afectación a una atribución de la esencia del dominio, y, por tanto, se estaría *privando* de él.

Más aún, el profesor Díez-Picazo, afirmando que la propiedad se encuentra al servicio de la dignidad y libertad de las personas, y más aún, al libre desarrollo de la gestión económica sostiene que no podrían de este modo configurarse estatutos dominicales sin libre disposición, o que excluyeran de la propiedad privada los bienes de producción (Díez-Picazo, 1257-1270).

3.2. Usos preferenciales.

En cuanto a los usos preferenciales, el legislador al establecer que el uso y goce de los derechos de aprovechamiento de agua serán ejercidos preferentemente por otro usuario, en circunstancias específicas, por razones de subsistencia y saneamiento, el Estado estaría ejerciendo sus facultades regulatorias sin afectar la titularidad del derecho, restringiéndolo temporalmente en sus atributos de uso y goce, mas no de su disposición, en miras a la utilidad y salubridad pública.

Sin perjuicio de lo anterior, en la historia fidedigna de la Constitución se observa que de limitarse a tal punto el derecho que su titular no pueda usar y gozar de lo que es suyo, haría ilusorio el derecho de propiedad. Asimismo, en la sesión N° 157 de la Comisión Ortuzar, se considera indispensable establecer en la Constitución una

mención expresa a la esencia del derecho de propiedad. Así, el comisionado Sr. Ovalle expresa que *“la privación consiste en que una de las facultades que son de la esencia del derecho de propiedad no la ejerce su titular. Por lo tanto, afecta a la esencia del derecho cuando se dispone que otro use o goce por el dueño o que disponga por el dueño, porque se afecta un atributo esencial del derecho”*. Y agrega que *“desde el momento en que el legislador entrega a otro la facultad de ejercer los atributos de la propiedad por su dueño le está privando del derecho o de factores esenciales del mismo, lo cual hace ilusorio el derecho”*, y, por tanto, desde este punto de vista, al afectar la esencia del derecho, estaríamos frente a una privación (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 320).

3.3. Temporalidad.

La implementación de un tiempo determinado de la duración del derecho de propiedad es introducida como una forma de optimizar el consumo de los recursos, en consideración a la función social de la propiedad sobre los usos, y en miras a la conservación del patrimonio ambiental y a la utilidad pública. Sin embargo, dicha limitación -en sentido amplio- toca una de las principales características del derecho de propiedad, cual es que el dominio no sea perdido por el solo transcurso del tiempo, pero se ha discutido si dicha característica es de la esencia del derecho de propiedad o de la naturaleza.

Particularmente, la autora Tatiana Celume sostiene que *“el establecimiento de causales de extinción o de caducidad del DAA constituye una facultad privativa del legislador, puesto que los términos de la reserva legal que el constituyente efectúa en el art. 19 núm. 24 inciso final de la CPR, son lo suficientemente amplios como para que el legislador pueda modular dichas causales a partir de los intereses generales que motivan la publicación de las aguas. Es más, como el elemento teleológico de la publicación del recurso supone una noción variable de acuerdo con la evolución de los intereses generales, podemos observar que, a partir del año 2005, la legislación de aguas ha experimentado cambios profundos que la llevan a consolidar legislativamente el concepto del uso efectivo de las aguas al incorporar la patente por no uso de estas. Dicho concepto es la base de una causal de extinción de los DAA”* (Celume,27).

La doctrina clásica sostiene que las características del derecho de propiedad son que es un derecho absoluto, exclusivo y **perpetuo**.

Rajevic se acogería a esta tendencia pues al distinguir una privación señala que son aquella que *“comprimen, restringen o reducen los atributos y facultades esenciales del dominio, pero lo dejan subsistente: puedo todavía usar, gozar y disponer, con carácter perpetuo, exclusivo y libre”* (Rajevic, 47).

Asimismo, Aldunate ha señalado que *“(…) el contenido esencial del dominio no solo contendrá, en principio, elementos de las facultades de uso, goce y disposición, sino también las de su carácter absoluto, su perpetuidad y su elasticidad”* (Aldunate 2006, 290).

Sin embargo, el hecho de que nuestro Código Civil haya contemplado propiedades que no son perpetuas, sino que temporales, ha sido objeto de discusión. Por ejemplo la propiedad fiduciaria, que es definida en el artículo 733 como *“la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición”*, y en ese sentido el artículo 1078 dispone que *“Las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva, no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición. (...)”*.

Rajevic sostiene que el carácter de perpetuidad no se opone a que la cosa se destruya o el derecho adquirido se pierda ya sea por una causal de caducidad o por alguna convención, pues en estos casos *“no se trata de que el dominio en cuanto derecho sea temporal, sino de que su objeto tiene una duración limitada o finita”* (Rajevic, 69-70).

Asimismo, esto fue discutido durante la redacción de la actual constitución. Por ejemplo, el Sr. Rodríguez se manifestó al respecto durante la Sesión N°148 de la Comisión Ortúzar, señalando que *“[!]la caducidad no es totalmente ajena dentro de las propiedades tipos consignadas en el Código Civil. Al respecto, es preciso señalar que las características del dominio, como la perpetuidad, son de tipo general, pero no son invariables en su esencia, ni que, faltando cualquiera de ellas, puede afirmarse que deja de ser propiedad. Prueba de ello lo constituye la propiedad fiduciaria, que por esencia es caducable, y la prescripción que el mismo Código reglamenta, siendo la última institución, en el fondo, una causal de caducidad fundada en el abandono.”*

Señaló luego, ante una acotación que realizó el Secretario Sr. Eyzaguirre -que la propiedad fiduciaria es sólo una limitación al dominio-, siguió el Sr. Rodríguez advirtiendo que, *“sin embargo la propiedad caducable está considerada y aceptada por la ley como efecto preciso de una limitación del dominio en ese tipo o modelo a que se ha referido, el cual no es tan rígido como para entender que no es propiedad porque no es perpetua”* (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 143).

Incluso, el Comisionado Sr. Evans de la Cuadra interviene manifestando que la perpetuidad del derecho *“no le parece que sea de su esencia”*.

El Comisionado Sr. Lorca agrega a la discusión que *“la garantía que se está dando de no afectar la esencia del derecho, debe entenderse evidentemente en cuanto a la perpetuidad del derecho de dominio sobre las cosas corporales. Pero hay otras propiedades que tienen regímenes distintos, o pudieran tenerlo, y es obvio que esta estabilidad y esta perpetuidad se están refiriendo a ese sistema, a ese régimen, a ese estatuto que se está dando.”* (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 300).

3.4. Causales de caducidad.

Para la imposición de obligaciones para incentivar el uso efectivo del recurso y la consecuente implementación de causal de extinción en caso de su inutilización por un tiempo determinado, no constituyen afectaciones en algún atributo de la esencia de la propiedad, por cuanto constituyen cargas que el legislador impone en pos de la conservación del patrimonio.

A mayor abundamiento, la doctrina reconoce la existencia de cargas reales que limitan el derecho de propiedad sin afectar la esencia del derecho. Estas están constituidas por aquellos gravámenes que periódicamente, por mandato de la ley o el contrato, se imponen al dueño o poseedor de una cosa, y consisten en la entrega de una cosa o la realización de una prestación de naturaleza personal, tal como es el caso de la obligación de pagar las contribuciones o impuestos sobre bienes raíces, los derechos de pavimentación y la obligación de pagar expensas comunes que tiene el dueño de un departamento (Collins, 84).

Asimismo, Salvador Mohor conceptualiza a las cargas públicas como exigencias impuestas unilateralmente por el Estado, que están destinadas a satisfacer finalidades superiores de bien público, y que necesariamente suponen una afectación de derechos subjetivos, por lo que se asimilarían las expresiones “carga pública” y “limitación” (Mohor, 284).

3.5. Aguas del Minero

Las modificaciones introducidas a la institución de las aguas del minero, en particular exigir la “necesidad” como requisito para su uso, y, además, exigir un uso cuidadoso de la sustentabilidad, son limitaciones que el legislador impone en virtud de la función social, sin afectar atributos esenciales de la propiedad de los mineros siguiendo el mismo argumento del punto anterior.

3.6. Supresión del inciso final del artículo 19 N°24 de la Constitución.

Como ya se mencionó, la doctrina mayoritaria se inclina a sostener que, a pesar de la eventual supresión del inciso final del artículo 19 N°24 de la Constitución, su protección subsistiría en cuanto a derecho incorporal que surge del contrato de concesión entre el usuario y el Estado, y, por tanto, no habría afectación alguna en este punto al derecho de propiedad, es decir, no correspondería a una privación y tampoco a una limitación.

Dicho lo anterior, cabe resolver dos preguntas: ¿es útil el inciso final del artículo 19 N°24? y, por otro lado, ¿ha sido bien utilizado el inciso primero?

3.6.1. Utilidad del inciso final del artículo 19 N°24 CPR.

Como ya se ha señalado, la norma constitucional que refiere a la materia de aguas se encuentra en el inciso final del artículo 19 N°24 inciso final de la Constitución. Si nos remontamos en la historia fidedigna de dicha norma nos encontramos con que en la Sesión N° 19 del 20 de diciembre de 1973, la Subcomisión de Derecho de Propiedad estimó *“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.”, por lo que, lo que pretendía la Subcomisión fue reforzar el derecho de los particulares sobre las aguas, distinguiéndose sobre la regulación existente en dicha época (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 17).

Se alegaba como fundamento a dicha protección especial señalando, el perjuicio que causaba a la economía la desregulación que existía. El subcomisionado Eyzaguirre manifestó en la Sesión N°182: *“(…) el sector privado no ha construido en Chile ninguna obra importante de regadío desde hace ya muchos años, y que los cauces actualmente existentes —esto es lo que la Subcomisión ha recogido de las informaciones de don Víctor Pellegrini Portales, del señor Director General de Aguas y de otras personas que concurrieron a sus sesiones— están gravemente deteriorados, como es el caso —que conoce profesionalmente— del canal de Las Mercedes, por ejemplo, que riega todo el valle de Curacaví, María Pinto y termina en Mallarauco, una zona agrícola importantísima para la provincia de Santiago. 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.”*

El Comisionado Sr. Evans señaló por su parte, en la Sesión N°184 de la Comisión Ortuzar que, *“para él, la idea matriz fundamental frente a la complejidad de la institucionalidad sobre las aguas y frente a los problemas que esa complejidad y esa incertidumbre ha provocado en el agro chileno, no puede ser otra, como lo ha dicho tres o cuatro veces, que consagrar constitucionalmente una jerarquía diferente para el derecho de los particulares sobre las aguas”* (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 850).

Además, en las Sesiones se observa el argumento de que, al haberse “regulado” la materia en la Constitución vigente a dicha época, debe ser regulada también en la nueva para evitar las prácticas que precisamente se pretenden modificar. Asimismo, Eyzaguirre complementa lo aportado por Evans señalando que *“hay la necesidad de referirse a muchas materias que escapan a todas las Constituciones modernas, como ha ocurrido, por ejemplo, en la Subcomisión de Derecho de Propiedad con toda la clasificación de los bienes que ha tenido que hacerse en el texto del derecho de*

propiedad, que no está en la Constitución Alemana, ni en la Constitución Italiana, ni en la Francesa, pero que, desgraciadamente, hay que hacerlo porque en Chile está incluida, y no hay otra manera de abordar el asunto, sino de acuerdo con lo que es nuestra realidad contingente” (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 904).

De esta manera, la utilidad del inciso final del artículo 19 N°24 viene dada desde una contingente necesidad de seguridad jurídica para los privados, que como consecuencia permitiría el desenvolvimiento de recursos destinados en el cuidado, mantención y optimización en el uso de su dominio.

3.6.2. Críticas a la utilización del inciso primero del artículo 19 N°24 CPR.

En términos del profesor Vergara Blanco, una vez que se consagró la figura del inciso primero en la Sesión N°166 de la Comisión Ortuzar, y luego de la introducción de un nuevo arbitrio de protección de los derechos constitucionales en el artículo 20 de la Constitución, se ha venido produciendo en la jurisprudencia una generalización del uso de esta figura, y, aún , un abuso, pues, ya no sólo se la ha extendido a los derechos, sino a otras formas, técnicas o situaciones, como por ejemplo, la “propiedad sobre el empleo”. De esta forma, se han interpuesto una serie de recursos de protección amparados en el artículo 20 de la Constitución permite a “*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 en el artículo 19, números (...) 24^o*” acudir a la Corte de Apelaciones buscando asegurar la debida protección del afectado (Vergara 1991, 289).

Algunos ejemplos de jurisprudencia son la Sentencia 20 de mayo de 2005 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en Causa Rol N°108-05 caratulada “**María Daniela Toro Zamora**”, en donde se acoge el recurso de protección fundamentado un atentado contra el “derecho de propiedad sobre la calidad de estudiante” (Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N°108-05), o el fallo de fecha 20 de marzo de 2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N°3498-2012 caratulada “**Mansilla Hernandez Jaime con Isapre Colmena Golden Cross S.A.**”, acogiendo un recurso de protección debido a que no se comunicó acertadamente la adecuación del contrato de salud con la ISAPRE dentro del plazo que la ley prevé, pero curiosamente

fundamentado en la propiedad sobre las prestaciones y beneficios derivados de su contrato de salud (Corte de Apelaciones de Santiago Rol N°3498-2012).

Barros expone que la protección del inciso primero utiliza la categoría de “bienes incorporeales” no como un derecho subjetivo, sino más bien, como un límite a situaciones de hecho, en virtud de las cuales una persona ha interferido o puesto término a una relación contractual vigente, y en ese sentido, la prostitución del argumento de los derechos incorporeales no ha sido bien utilizado, por cuanto, no apunta al objetivo de la norma (Barros, 322-336).

Si bien Vergara Blanco, inicialmente, tendía a la propietarización de los derechos, posteriormente se ha pronunciado de forma crítica respecto de ella señalando en la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso en el año 1991 que *“es éste a mi juicio, un vicio dogmático, que si bien produce los efectos prácticos queridos por los constituyentes (la protección de los derechos) está conduciendo a la institución de la propiedad, por la vía de esta jurisprudencia, a una evidente crisis dogmática. La propiedad así tiende a cubrir todo el derecho, todas las titularidades, todas las posiciones jurídicas, todos los ámbitos jurídicos, sea respecto a cosas o personas (o incluso a realidades, como las técnicas, los actos, u otras), siendo esta su actual posición (Vergara 1991, 291).*

Finalmente, podemos concluir que todas las afectaciones a la configuración del derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento sobre las aguas alteran la configuración legal del mismo, toda vez que, como ya se mencionó, la Constitución Política de 1980 no establece la configuración del derecho, sino que lo que hace es instaurar su protección, sin entrar en detalles de lo que debe o no contener el mismo.

Es por dicha razón que al momento de discutir el proyecto de ley que reforma al Código de Aguas éste no fue objeto de requerimiento de revisión constitucional del Tribunal Constitucional. Inclusive, podemos apreciar en el control preventivo constitucional del proyecto de ley, que el oficio del Tribunal Constitucional señala en su Considerando Cuarto Quinto, luego de haber citado el artículo 93 N°1 de la Constitución Política, *“[q]ue, de acuerdo con el precepto invocado en el considerando anterior, corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre las normas del proyecto*

de ley remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el Constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;” aludiendo a que es objeto de control de constitucionalidad por contener normas de una ley orgánica constitucional, y no por interpretar algún precepto de la Constitución (Historia de la Ley N° 21.435, 74).

Es más, podemos apreciar de dicho trámite constitucional que el único precepto que fue declarado contrario a la Constitución Política fue el artículo 1, numeral 46, literal a), ordinal ii. del proyecto de ley por vulnerar vulnera el artículo 19, N° 3, y el artículo 76 de la Constitución Política, argumentando que *“el precepto del proyecto deroga la facultad judicial de autorizar el uso de la fuerza pública, de modo que el Director General de Aguas podría solicitar a la autoridad directamente el uso de la fuerza policial, quedando así a su mera discrecionalidad la apreciación de un posible peligro o perjuicio y pudiendo, sin control jurisdiccional preventivo alguno, impetrar directamente el auxilio de Carabineros”*, y por tanto, nada en relación a las garantías al derecho de propiedad (Historia de la Ley N° 21.435, 80-81)

CAPÍTULO 3: Sistema Compensatorio.

En este capítulo examinaremos el marco compensatorio en casos de afectaciones al derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. Para ello, se abordarán los siguientes temas: en primer lugar, se analizará si las privaciones al derecho de propiedad son indemnizables y las razones detrás de esto. Luego, se examinará si las limitaciones también son indemnizables y, de ser así, se establecerán los requisitos necesarios para ello. En tercer lugar, se definirá el estándar indemnizatorio aplicable a limitaciones y privaciones. Y, por último, se aplicará el estándar correspondiente a cada uno de los casos de afectaciones tratados en el capítulo segundo.

1. La indemnización en el caso de las privaciones al derecho de dominio.

A raíz del análisis del capítulo anterior podemos concluir que las limitaciones son una afectación al derecho de propiedad que deja subsistente las facultades y atributos esenciales del mismo. En cambio, las privaciones despojan a la persona de su propiedad o alguno de los atributos o facultades esenciales, por ello exige la reparación del daño patrimonial efectivamente causado. La delgada línea entre ambas es la afectación de la esencia del derecho.

Las limitaciones al derecho de propiedad se encuentran consagradas constitucionalmente en el artículo 19 N°24 inciso segundo de la Constitución Política de la República, que dice:

“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”.

Mientras que las privaciones al derecho de propiedad se encuentran reguladas en el artículo 19 N°24 inciso tercero de la Constitución Política, que dice:

“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. 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 raíz de los dos incisos citados anteriormente, queda evidenciado que las privaciones al derecho de propiedad son indemnizables y su estándar indemnizatorio es el de daño patrimonial efectivamente causado, posteriormente se va a explicar este punto a profundidad. Sin embargo, surge la duda sobre si las limitaciones al derecho de propiedad son indemnizables, ya que la Constitución Política de la República no contempla expresamente una indemnización, y tampoco existe una ley genérica que lo haga.

2. La indemnización en el caso de limitaciones al derecho de propiedad.

Existen dos posturas respecto a este punto, por un lado, parte de la doctrina y la jurisprudencia sostienen que las lesiones o perjuicios causados por la imposición de limitaciones deben ser indemnizadas, aunque se trate de actos lícitos por parte del legislador, es decir actuando dentro de sus facultades y según lo establecido en el artículo 19 N° 24 inciso segundo, por otro lado, parte de la doctrina y la jurisprudencia entienden que no es necesario indemnizar por actos lícitos y que el legislador tiene la facultad de limitar el derecho de propiedad, siempre que se cumplan los requisitos de reserva legal, función social y no afectación de la esencia del derecho. Esto es relevante para determinar quién va a cargar con los posibles perjuicios derivados de cambios legislativos, si el Estado o los particulares, cuestión relevante para nuestro trabajo, al ser varias de las afectaciones en estudio limitaciones, tanto las derivadas de una posible Nueva Constitución o de los cambios legislativos que se hicieron al Código de Aguas.

2.1. En favor de la indemnización por daños y perjuicios causados por las limitaciones.

Pasaremos a explicar la primera postura, en favor de la obligación indemnizatoria respecto de los particulares que hayan sufrido perjuicio o daños derivados de limitaciones al derecho de propiedad.

Para tratar este punto, vamos a partir con el análisis de la sentencia de la Corte Suprema rol 16743-1983 de fecha 7 de agosto de 1984, denominada “**Comunidad Galletué con Fisco**”. Para contextualizar dicha sentencia, cabe señalar que el decreto 531 del Ministerio de Agricultura declaró monumento nacional a la “Araucaria Araucana”, debido a que era una especie en peligro de extinción, por esto se prohibió la tala de la especie y se estableció que el Estado debía protegerla, lo que generó un problema para la comunidad de copropietarios Galletué cuya actividad principal era la explotación industrial de la “Araucaria Araucana”. Por esta razón, deciden demandar al Estado de Chile por los perjuicios patrimoniales sufridos a raíz de la paralización de su única actividad económica. La sentencia de primera instancia de fecha 11 de diciembre de 1981 acoge las pretensiones de la Comunidad Galletué. Ante esto, el Consejo de Defensa del Estado presenta un recurso de apelación. La Corte de Apelaciones confirma la sentencia de primera instancia el 13 de diciembre de 1982. Posterior a esto, el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, presenta un recurso de casación en el fondo, que busca invalidar el fallo y se dicte uno nuevo. Los tres principales argumentos para interponer el recurso de casación en el fondo son: en primer lugar, la infracción del artículo 1437 del Código Civil, ya que se impone la obligación de indemnizar sin mediar las fuentes correspondientes. El recurrente sostiene que la Constitución Política de la República es una fuente de obligaciones, pero la normativa constitucional utilizada ha sido erróneamente aplicada. En segundo lugar, se argumenta que el fallo infringe la Convención Internacional sobre la Flora y la Fauna, ya que dicha ley contempla una limitación al derecho de propiedad permitido por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, que no se estaría respetando. Por último, se alega la vulneración del artículo 19 N° 24 incisos 1 al 5 de la Constitución Política de la República.

En respuesta a estos argumentos, la Corte Suprema señala lo siguiente: en relación con las fuentes de las obligaciones, la procedencia de la indemnización de perjuicios

tiene como sustento la equidad, ya que la comunidad demandante demostró ser dueña del predio Galletué, cuya única actividad económica factible es la explotación forestal, y dentro de ella, casi en forma exclusiva la especie "Araucaria Araucana". Además, la parte demandante invirtió en una costosa infraestructura para explotar los bosques de araucaria, explotación que tuvo que paralizarse en virtud del Decreto Supremo N°29. La Corte Suprema también destaca que existen numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando el legislador desconoce las garantías constitucionales y los derechos fundamentales que ella asegura. Por lo tanto, los defectos de derecho invocados obligan a emitir un nuevo fallo que igualmente acogería la demanda, por lo que tales vicios carecen de influencia en el dispositivo del fallo (Corte Suprema rol 16743-1983, Considerando Noveno).

En relación a las infracciones de la Convención Internacional para la Protección de la Flora y la Fauna, una vez aprobada por el Congreso y ordenada a cumplir, se convierte en ley, cuestión que sucede en este caso. Junto con esto, el Decreto Supremo N° 29 tiene como objetivo dar cumplimiento a dicha ley, estableciendo a la especie de la araucaria araucana como monumento nacional. A pesar de que el fallo recurrido no haya tenido en cuenta la Convención y el Decreto Supremo, esto no afecta el fallo en sí mismo. El Tribunal Supremo destaca que la prohibición impuesta por el Decreto Supremo N° 29 no implica expropiación, ya que no se estaría desconociendo el derecho de propiedad de los propietarios de los árboles y no se les estaría privando de ningún atributo esencial del dominio. La prohibición de cortar, explotar y comercializar la araucaria es una limitación al dominio que se basa en la autorización del artículo 19 N° 24 inciso segundo. Aunque este precepto no establece nada respecto a la procedencia o improcedencia de la obligación indemnizatoria, la sentencia que otorga la indemnización no estaría vulnerando el precepto constitucional al concederla (Corte Suprema Rol 16743-1983, Considerando Sexto y Séptimo).

Respecto a la vulneración de los incisos 1 al 5 del artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República, la Corte Suprema reconoce que el fallo se inspira en la protección del derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, por lo que no se entiende cómo pudo haber sido

transgredido dicho artículo. En cuanto a la infracción del inciso segundo, se reconoce que es una limitación, pero ello no excluye necesariamente la posibilidad de ser indemnizada. Que en cuanto a los artículos 3, 4 y 5, es cierto que no deben considerarse, como lo hace el fallo, porque se refieren a la expropiación, situación que no ocurre, como establece el mismo fallo (Corte Suprema Rol 16743-1984, Considerando Octavo).

Del análisis de la sentencia, podemos concluir que los propietarios del fundo Galletué fueron indemnizados por los perjuicios patrimoniales efectivamente causados en virtud del daño producido al declarar monumento nacional la "Araucaria Araucana".

Validando la misma postura, tenemos el fallo de primera instancia del 12° Juzgado Civil de Santiago, denominado "Sociedad Agrícola Lolco con Fisco de Chile", rol 718-1995, de fecha 23 de septiembre de 1999 y la sentencia de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 6828-1999 del Caso Agrícola Lolco con el Fisco de Chile, de fecha 21 de noviembre de 2003.

El fallo de primera instancia acoge la demanda de responsabilidad extracontractual del Estado presentada por los propietarios del terreno agrícola Lolco. La argumentación del tribunal de primera instancia se fundamenta de la siguiente manera: indica que se trata de una limitación al derecho de propiedad, que se basa en la autorización del inciso segundo del artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República, y que dicho texto no excluye expresamente la indemnización de perjuicios (12° Juzgado Civil de Santiago, rol 718-1995, Considerandos Décimo y Undécimo). Luego, en el Considerando Decimotercero señala que, la responsabilidad del Estado surge de igual modo de actuaciones regulares y legales como de irregulares o ilegales porque la norma Constitucional no ha considerado los elementos de ilicitud y culpa para constituir la institución de la responsabilidad pública y sólo se apoya en criterios de "lesión". El tribunal de primera instancia concluye en el Considerando Vigésimo Segundo que la decisión estatal ha ocasionado un perjuicio patrimonial y un grave daño a los propietarios de la especie, no siendo justo ni equitativo que lo soporte en tan gran medida, sin que sea indemnizado por el Estado. Se funda principalmente en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República, que establece el derecho de cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, sus organismos o municipalidades, a

reclamar ante los tribunales competentes (12° Juzgado Civil de Santiago, rol 718-1995, Considerandos Duodécimo, Decimotercero y Decimocuarto). Además, se invoca el principio de igualdad ante las cargas públicas (12° Juzgado Civil de Santiago, rol 718-1995, Considerando Decimotercero). Por lo tanto, se acoge la demanda y se condena al Fisco de Chile a pagar la suma de \$9.305.473.800 a título de indemnización de perjuicios.

La sentencia de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 6828-199) ratificó el fallo de primera instancia salvo los fundamentos 25° y 33° que se eliminan, dando lugar a una reducción del monto indemnizatorio. Los argumentos que se invocan para confirmar la indemnización de perjuicios son el principio de igualdad ante las cargas públicas, la equidad y la analogía con la expropiación.

En relación con el principio de igualdad ante las cargas públicas, la Corte de Apelaciones de Santiago sostiene en el Considerando Decimosegundo que, según este principio, una víctima de un daño causado en beneficio del interés general puede recibir reparación, a cargo del Estado, siempre y cuando la carga pública la perjudique de manera exclusiva o afecte a un grupo específico de individuos (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 6828-199, Considerando Decimosegundo). En el mismo Considerando se indica que se trata de lo que en el derecho francés se conoce como "responsabilidad sin culpa", la cual requiere que el daño sea anormal, especial y grave, requisitos que, según consta en el Considerando Decimotercero se cumplen en el caso de autos (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 6828-199, Considerando Decimotercero).

En cuanto a la equidad, de acuerdo con lo señalado en el Considerando Decimocuarto, no se justifica que el actor deba soportar el costo de un beneficio para la sociedad.

Por último, con respecto a la analogía con la expropiación, la Corte de Apelaciones de Santiago, señala en el Considerando Décimo Quinto de la sentencia previamente indicada, que el constituyente garantiza que nadie pueda ser privado de su propiedad, sino mediando expropiación y previo pago de indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado de acuerdo con el artículo 19 N°24, y en el caso de autos, se

han generado daños de naturaleza asimilable a los causados con motivo de una expropiación. Es por esto que, se indemniza sólo el daño patrimonial efectivamente causado y por lo tanto se elimina el lucro cesante del monto a indemnizar, ordenando pagar una indemnización de \$1.727.868.292.

También en apoyo a esta postura, contamos con la sentencia sobre inconstitucionalidad del Decreto N°1 de 1996, emitida por el Tribunal Constitucional el 2 de diciembre de 1996, denominado “**Caso Acceso a las Playas**”, de 1996. Los demandantes argumentan que el artículo 13 del Decreto Ley N°1939 de 1977, que establecía normas sobre la adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, en su primer inciso señalaba que: "los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto". Esta disposición posteriormente fue reglamentada por el Decreto Supremo N°1 del Ministerio de Bienes Nacionales, de fecha 10 de enero de 1996, el cual establece las normas de procedimiento para la fijación de las vías de acceso a las playas (Tribunal Constitucional, roles N°245 y 246).

El Tribunal Constitucional dictamina que hay tres puntos a considerar en el caso: 1) si el Decreto Supremo N.º 1 está acorde con la Constitución Política de la República, 2) si la limitación al derecho de propiedad contempla indemnización alguna y 3) si el Decreto del Ministerio de Bienes Nacionales excede el marco legal establecido por el artículo 13 del Decreto Ley N.º 1939 de 1977.

El Tribunal Constitucional diferencia entre privación y limitaciones al dominio, estableciendo que la privación se justifica por el interés nacional y la utilidad pública, mientras que las limitaciones al dominio se basan en la función social de la propiedad. Según el Tribunal, este caso es una limitación al derecho de propiedad, que debe imponerse por ley y no puede afectar el derecho en su esencia (Tribunal Constitucional Rol N.º 245 Y 246 Considerando Vigésimosegundo). Además, cita al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, donde privación en su sentido natural y obvio significa “despojar a uno de una cosa que poseía”, mientras que limitación en cambio, significa “acortar, cerrar, restringir”.

A juicio del Tribunal Constitucional, este es un caso de limitación al derecho de propiedad, por lo tanto, para estar acorde a la Constitución Política de la República, debe respetar la reserva legal, derivar de la función social, y no afectar el derecho en su esencia (Tribunal Constitucional roles N.º 245 y 246, Considerando Vigésimotercero).

Para determinar si corresponde una indemnización, el Tribunal debe analizar si la limitación en cuestión causa daño y afecta uno de los atributos esenciales del dominio. En este caso, las limitaciones implican la creación de servidumbres que permiten el tránsito de peatones, buses y automóviles, lo que implica una carga para los propietarios. Según el Decreto Supremo la autoridad establecerá las dimensiones y superficies de la vía, lo que claramente implica una limitación al dominio en forma de una servidumbre de tránsito, lo que evidentemente causará daño a los propietarios, según el Considerando Trigésimo Tercero.

El Tribunal Constitucional determinó que la vía de acceso implica una privación parcial y significativa de los atributos del derecho de propiedad, en particular el uso y goce del terreno, como se explica en el Considerando Trigésimo Cuarto. Aunque no se produce una privación total de estos atributos, la limitación existente hace que el ejercicio de los mismos resulte ilusorio y cause un daño que debe ser compensado. En el Considerando Trigésimo Sexto, se indica que la responsabilidad del Estado es un principio general que se encuentra claramente establecido en varias disposiciones constitucionales, incluyendo los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución Política de la República. Cita la Sentencia de la Corte Suprema de Comunidad Galletué con Fisco, específicamente el Considerando Decimosegundo, que dice “ *Que la razón de equidad enunciada se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política, junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por actos de la autoridad, de la administración, o por los legisladores, aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios; así el artículo 19 N°24 de la Carta Fundamental (...)*” (Tribunal Constitucional roles N°245 y 246, Considerando Trigésimo Cuarto).

El Tribunal Constitucional también argumenta que, si en estados de excepción se establece la indemnización por limitaciones, en periodos de normalidad, con mayor razón, se debe hacer lo mismo si se causan daños. Además, destaca que la legislación emitida durante la vigencia de la Constitución de 1980 ha tenido como espíritu el pago de indemnizaciones en caso de establecer servidumbres o limitaciones que afecten el uso o goce de la propiedad (Tribunal Constitucional Roles N.º 245 y 246, Considerando 41). Realizando una interpretación armónica de los preceptos constitucionales, y de acuerdo a los principios generales y valores que inspiran el texto, el Tribunal Constitucional concluye que imponer a los propietarios el establecimiento de una vía de acceso sin indemnización es contrario a las disposiciones constitucionales y causa daño, por lo que debe acogerse el requerimiento planteado. Además, se argumenta que el reglamento otorga facultades que solo pueden ser otorgadas por ley.

En definitiva, podemos concluir que los argumentos son muy similares a los utilizados en la sentencia de la Corte Suprema en el caso Comunidad Galletué con Fisco.

En cuanto a las opiniones de la doctrina respecto al tema que nos ocupa, cabe mencionar a Francisco Zúñiga, quien sostiene en su obra "Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador" que la responsabilidad no se fundamenta en la legalidad o ilegalidad del acto legislativo, sino en la falta de equidad del mismo. Según este autor, la fuente de responsabilidad radica en la invalidez o ilegitimidad constitucional del acto legislativo, que implica una lesión o daño injusto causado por una ley formal que infringen las garantías constitucionales de los derechos patrimoniales, la igualdad ante las cargas públicas y la ley y sus garantías, así como el principio de "confianza legítima" y los principios generales de equidad y justicia que prohíben el enriquecimiento sin causa. En palabras de Francisco Zúñiga *"[e]l daño o lesión en la responsabilidad patrimonial del Estado no supone necesariamente antijuridicidad en la actuación del órgano estatal, sino un daño injusto, ya que la vinculación positiva al principio de legalidad o juridicidad tiene una dimensión de Derecho Objetivo concerniente al órgano, su competencia, procedimientos y actos, y una dimensión de Derecho Subjetivo concerniente a la tutela de derechos subjetivos públicos y derechos fundamentales. De esta suerte, el daño injusto se configura*

cuando el derecho subjetivo público de contenido patrimonial es objeto de lesión que el titular del derecho no está en posición de deber soportar” (Zúñiga 2007, 42-43).

Según concluye este autor, la responsabilidad patrimonial del Estado implica la obligación de los órganos estatales de cumplir con el derecho objetivo y subjetivo, que establece las competencias, procedimientos y actos típicos del Estado, y asegura la protección de los intereses y voluntades de las personas. Por lo tanto, cualquier limitación o ablación de derechos, ya sea por un acto legislativo o de la Administración, genera una responsabilidad del Estado para reparar o indemnizar los daños o lesiones injustas causadas (Zúñiga 2007, 152).

La misma tesis sigue el profesor Salvador Mohor, quien sostiene que el derecho a indemnización en el ámbito del derecho público no está determinado por la licitud o ilicitud del acto en cuestión, sino más bien por la existencia de un daño (Mohor, 289). De hecho, en ciertos casos, el derecho a indemnización puede ser independiente de la ilegalidad del acto en sí mismo. Según este autor, el derecho a indemnización se encuentra estrechamente relacionado con la existencia de daño y no necesariamente con la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto en cuestión. Asimismo, Mohor establece los criterios para determinar cuándo una limitación debe ser indemnizada. Según él, existen seis casos en los cuales una persona tiene derecho a exigir del Estado una indemnización por lesión o perjuicio derivado de una limitación. En primer lugar, cuando la limitación no se ha establecido por medio del instrumento jurídico constitucionalmente previsto o cuando dicho instrumento contraviene en el fondo o en la forma los preceptos constitucionales. En segundo lugar, cuando el acto administrativo que pone en ejecución la ley o, en su caso, el reglamento que establece la limitación representa una trasgresión a las disposiciones constitucionales. En tercer lugar, cuando la ley que establece la limitación no es de carácter general, lo que importaría una violación al principio de igualdad del artículo 19 N°2. En cuarto lugar, cuando no se satisfacen las exigencias de la distribución igualitaria de la carga que involucra la limitación. Según el autor, no basta con que la norma sea general, sino que también debe satisfacer la distribución igualitaria del artículo 19 n°20. Es decir, debe aplicarse efectivamente o ser susceptible de aplicarse de forma razonable a todas las personas que potencialmente estén en situación de encuadrarse dentro de los supuestos. En quinto lugar, cuando no existe un objetivo de bien público que

justifique la institucionalización de la limitación. Y, en sexto lugar, cuando la limitación establecida afecta la esencia del derecho de propiedad (Mohor, 290-306).

2.2. En contra de la indemnización de los daños y perjuicios causados por las limitaciones al derecho de propiedad.

La segunda postura sostiene que, en ausencia de una norma constitucional y una ley específica, se deben aplicar las reglas generales de responsabilidad civil extracontractual en caso de que se cause algún daño o perjuicio al imponer una limitación. En este sentido, se requiere que exista un acto ilícito para que se configure la responsabilidad. Esta postura plantea la siguiente pregunta: ¿es necesario que el Estado indemnice por el ejercicio legítimo de sus potestades?

Esta postura cuenta con el respaldo de la Sentencia de la Corte Suprema en el caso de “**Sociedad Agrícola Lolco con Fisco de Chile**” del 30 de diciembre de 2004 rol 381-2004, así como de cierta parte de la doctrina jurídica. Dentro de la doctrina tenemos a Álvaro Quintanilla quien defiende que, en cuanto a la indemnización, el punto de vista del ofendido sigue siendo el mismo, independientemente de si el causante del daño es un particular o un órgano público.

Se sabe que en el ámbito de la responsabilidad civil se requiere la existencia de un hecho ilícito como un principio esencial (Código Civil, 2314 y 2329). Sin embargo, en algunos casos se ha intentado extender la responsabilidad del Estado a actos lícitos. Esto se ha justificado en base a la atribución de un carácter objetivo a la responsabilidad estatal, respaldado por el inciso 2 del artículo 38, que otorga a cualquier persona lesionada por la Administración el derecho a reclamar. Álvaro Quintanilla señala que este no es un precepto material, sino una norma genérica de atribución de jurisdicción y competencia que resolvió la cuestión en ausencia de tribunales contencioso-administrativos, pero que, esta postura puede confundir el concepto de ilicitud con el de daño, pues se crea una responsabilidad objetiva para el Estado en base a la mera lesión a las personas o su patrimonio (Quintanilla, 44).

Álvaro Quintanilla hace un análisis crítico de la sentencia de la Corte de Apelaciones considerándola errónea. Según su punto de vista, la sentencia aplica una obligación legal que se prevé sólo para casos de expropiación, cuando realmente se deben

aplicar las normas de responsabilidad extracontractual, que suponen necesariamente un hecho ilícito o antijurídico. El autor sostiene que hay una confusión evidente en relación con la fuente de la obligación de resarcimiento, ya que, aunque existen casos en los que el legislador impone la obligación legal de indemnizar perjuicios, incluso en casos lícitos, son excepcionales y no se aplican en este caso (Quintanilla, 48).

Además, Álvaro Quintanilla, argumentan que las obligaciones sólo pueden surgir de las fuentes de obligaciones reconocidas por el ordenamiento jurídico, y entre ellas, las obligaciones legales deben estar expresamente previstas en la ley, tal como lo establece el artículo 2284 del Código Civil que dice: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito. En este título se trata solamente de los cuasicontratos”. Finalmente, el autor sostiene que la doctrina de la responsabilidad sin falta no tiene valor a menos que exista una técnica de interpretación o integración que la valide (Quintanilla, 49).

Plantea entonces, que la decisión más adecuada es aplicar el régimen de responsabilidad civil extracontractual a falta de ley que precise situaciones específicas de obligación legal de indemnizar. Y este régimen requiere de un acto antijurídico para imputar responsabilidad (Quintanilla).

Tenemos en favor de la misma postura la Sentencia de la Corte Suprema, recaída en el requerimiento de inaplicabilidad sobre la Inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de monumentos nacionales, conocido como Caso Inmobiliaria Maullín, rol 4309-2002 de fecha 18 Junio 2004 interpuesto por Don Raúl del Río Alfaro, Constructor Civil, en contra de las disposiciones contenidas en los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, ya que tales normas restringen su derecho de dominio y que los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 habrían sido derogados tácitamente por la Constitución de 1980, la cual en su Considerando Sexto menciona: “[n]inguna limitación u obligación impuesta por la ley a la propiedad privada produce para el afectado derecho a indemnización, pero esa garantía no puede, en caso alguno, afectar la esencia del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición, restringir alguno de

ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública; privar de la capacidad de administrar; llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio.” (Corte Suprema, Rol 4309-2002).

En favor de esta postura, también tenemos el voto minoritario de la Corte Suprema rol 16743-1983 de fecha 7 de agosto de 1984, denominada Comunidad Galletué con Fisco. Los ministros Enrique Correa y Estanislao Zúñiga, estuvieron por acoger el recurso de casación en el fondo por la infracción a los artículos 19 N°1 a 5 de la Constitución Política de la República y el artículo 1437, según consta en el Considerando Segundo, los preceptos 19 N°1 al 5 han sido aplicados en casos que dichos preceptos no comprenden, ya que la indemnización aludida se contempla sólo para casos de indemnización. También está en contra de utilizar argumentos de equidad, ya que el recurso de casación en el fondo es un recurso de puro derecho, pues estudia si los preceptos legales han sido o no debidamente aplicados a los hechos establecidos en la sentencia recurrida, de acuerdo a lo establecido en el Considerando Octavo del voto minoritario de la sentencia ya mencionada.

En conclusión, existen dos posturas en torno a la indemnización en casos en los que se produce una lesión o daño a raíz de una limitación al derecho de propiedad. Una de estas posturas está a favor de la indemnización en estos casos, mientras que la otra está en contra, siempre que se haya actuado dentro del marco constitucional. Es importante tener en cuenta que, en caso de que se haya respetado la reserva legal, la función social y la esencia del derecho de propiedad, no sería necesaria una indemnización, ya que la limitación no habría llegado a convertirse en una privación que deba ser expropiada. Sin embargo, si estos requisitos no se cumplen, se estaría en presencia de una privación que debe ser expropiada y, por lo tanto, indemnizada.

En resumen, tenemos que la Corte Suprema en el Caso Galletué estuvo en favor de indemnizar, junto con la sentencia de primera instancia y segunda instancia en el caso Agrícola Lolco y además la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Playas de 1996. En contra de indemnizar tenemos el voto minoritario del Caso Galletué, también la Corte Suprema en Caso Agrícola Lolco y autores como Quintanilla.

3. Estándar indemnizatorio de las privaciones y limitaciones.

Como contexto, debemos decir primeramente que la regulación moderna de la indemnización por el sacrificio soportado respecto del derecho de propiedad tiene como antecedente la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en donde, en su artículo 17, se reconoce expresamente la posibilidad de privar del derecho de propiedad, “*cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización*”. De este mandato se extrae la obligación de incorporar la indemnización a la expropiación forzosa, constituyéndola como una de las garantías con que se envuelve el derecho de propiedad.

Ahora bien, la expansión del concepto de expropiación forzosa a toda intervención que provoque un sacrificio al particular comienza a principios del siglo XIX, debido al fuerte intervencionismo público en la esfera patrimonial de los ciudadanos. Esto provocó que todo daño que resultara de una intervención pública en el derecho de propiedad representaba, eventualmente, un fenómeno expropiatorio del que surgía el derecho a reclamar una indemnización del Estado. Lo anterior trajo como consecuencia que la expropiación perdiera su carácter de instituto jurídico individualizable, pasando a convertirse en un principio general indemnizatorio respecto de toda restricciones o carga que imponga algún sacrificio a los particulares.

3.1. De las privaciones.

3.1.1. Justificación de la indemnización

Uno de los graves errores que se cometen en el estudio de la noción de expropiación se encuentra en la determinación de la justificación de la indemnización, la que suele subsumirse en una compensación bajo la idea de igualdad ante las cargas públicas, pero esto no es así (Aldunate 2006, 285 – 303).

Analizando los orígenes de la institución de la expropiación, se puede observar que durante el régimen feudal, el poder de decisión sobre el destino de un bien en dominio eminente (esto es, no bajo el dominio directo ni el del propietario útil) llegó a un punto de tanta debilidad que los reyes, es decir, el titular de dicho dominio, debieron

compensar por la recuperación que hacían de sus propias tierras dadas en feudo, y además, dicha decisión no podía ser arbitraria, sino que debía estar justificada.

Respecto de dicha justificación Aldunate, señala que *“la sobreposición de las categorías estatales a las señoriales reales-dominicales tradujo posteriormente la idea de causa justificada a un motivo de interés público”* (Aldunate 2006, 299) y posteriormente señala que *“si bien puede dejarse de lado la cuestión relativa al sentido sistemático de estimar la indemnización como un elemento para la mantención de la igualdad ante las cargas públicas²⁹, no puede prescindirse del elemento compensatorio del enriquecimiento como esencial en la construcción de la noción de expropiación”* (Aldunate 2006, 299).

Asimismo, se ha señalado que la finalidad de la indemnización en estos casos es esencialmente restitutoria, es decir, la suma es pagada en retribución de aquello de lo cual el administrado es privado. Por lo tanto, indemnizar en este caso sería sinónimo de “reintegrar por equivalente” el valor de una cosa o de un atributo, por medio de un justiprecio; y por lo mismo, la indemnización es considerada un subrogado de la cosa (o del atributo).

En la doctrina más clásica se ha llegado al acuerdo que la indemnización dentro del procedimiento expropiatorio tiene una función compensatoria. Fermandois, por ejemplo, expone que *“[e]n esencia la expropiación formal es la privación del dominio impuesta por el Estado, autorizada por la ley y motivada por causa de utilidad pública o interés nacional, calificada por el legislador, que se materializa a través de un acto administrativo que debe ajustarse a un procedimiento legal y que contempla la **indemnización como método de compensación** al expropiado por el daño patrimonial efectivamente causado”* (Fermandois 2006, 387).

3.1.2. Estándar indemnizatorio.

Nuestra Constitución señala en su artículo 19 N°24 inciso 2° que *“El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a la indemnización por el **daño patrimonial efectivamente causado**, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.”*

Lo anterior es complementado con el artículo 38 del Decreto Ley N° 2186 de 1978 que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, que establece lo siguiente:

*“Artículo 38. Cada vez que en esta ley se emplea la palabra ‘indemnización’, debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una **consecuencia directa e inmediata de la misma.**”*, por lo que, lo que deberá acreditarse es la relación de causalidad entre el daño patrimonial y el acto expropiatorio.

Así las cosas, el estándar indemnizatorio es el del *“daño efectivamente causado”*, respecto a lo que se postula que el daño patrimonial efectivo, que comprende tanto el daño emergente y lucro cesante, debe ser **cierto, actual y causalmente determinado**, excluyéndose el daño puramente moral y los perjuicios indirectos e imprevistos (Zúñiga 2007, 150-151).

Además, esta indemnización no puede constituir un enriquecimiento sin causa para la víctima del acto estatal. Así ha sido sostenido por Cea Egaña, al señalar que *“el resarcimiento del perjuicio económico provocado por la expropiación tiene, por ende, que ser completo pero no más que ello, excluyéndose que pueda derivar en fuente de lucro o enriquecimiento sin causa”* (Cea, 549).

En cuanto a la historia fidedigna, durante la Comisión Ortúzar, el Comisionado Sr. Silva Bascuñán expuso, al formular la proposición primitiva de *“por el daño patrimonial efectivo que se le cause”*. *Ahí verán los tribunales si dentro del daño patrimonial, según cada caso particular, toman en cuenta hasta qué monto el daño emergente y el lucro cesante, y en qué medida los perjuicios directos. No hay duda de que el daño emergente, si no le ha producido beneficio, le ha causado un daño, y por el daño patrimonial emergente, va a ser indemnizado. En cuanto al lucro cesante, es reemplazable en la medida en que sea un daño patrimonial efectivo; si está compensado por el fruto que le va a producir el capital de reemplazo, no constituirá daño patrimonial efectivo.”* (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 564).

Particularmente, el lucro cesante se ha entendido como una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad

económica por parte de la víctima como consecuencia del daño, y que ésta se habría producido si el evento dañoso no se hubiera verificado. Es, por tanto, lo que se ha dejado de ganar y que se habría ganado de no haber sucedido un daño, cumpliéndose las condiciones de daño directo y previsible para su indemnización.

Por lo demás, esta inclusión del lucro cesante dentro de los daños indemnizables queda zanjada en las discusiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, donde se acordó expresamente por la Subcomisión de Propiedad dejar constancia de que "*la indemnización comprende todos los perjuicios reales sufridos por el propietario incluyendo el lucro cesante*". Lo que se confirma en la Comisión al eliminar la expresión "actual" de la norma sobre indemnización argumentando que, de mantenerse dicha fórmula, se "dejaría fuera de la indemnización al lucro cesante en los casos que procediera" (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 571).

La jurisprudencia, por su parte, reconoce al lucro cesante dentro de los daños indemnizables en el proceso expropiatorio. Ejemplo de ello es la sentencia dictada con fecha 02 de noviembre de 2004 por la Corte Suprema en Causa Rol N°2656-2004 caratulada "**Diaz Guajardo Ramon con Fisco de Chile**", donde en su Considerando 13° expresa que "*[t]al como se ha destacado previamente, en sentencias que abordan el mismo problema, la indemnización constituye una compensación, esto es, una suma de dinero que viene a compensar o a reemplazar el bien expropiado, pero en su real valor actual, y no en el que pueda derivar de alguna circunstancia futura o incierta, esto es, que podrá o no hacerse efectiva o llegar a concretarse, estimándola como actual y efectiva, y considerándola así, como pérdida, refiriéndose a la aptitud industrial y también comercial, además de agrícola.*" (Corte Suprema Rol N°2656-2004).

Por último, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente, en igual sentido, en la sentencia dictada en causa Rol N° 1576-2009-INA con fecha 16 de diciembre de 2010, Considerando Décimo Noveno: "*[y] de los daños patrimoniales, se indemnizan tanto el daño emergente como el lucro cesante. Esta Magistratura ha señalado que el daño patrimonial es descrito como el empobrecimiento patrimonial, sea por pérdida o menoscabo en los bienes de la víctima del ilícito, sea por privación*

de la ganancia, utilidad o provecho que, de no mediar el ilícito dañoso, puede natural y previsiblemente obtener” (Tribunal Constitucional 1576-2009).

3.1.3. Procedencia de la indemnización de daños mediatos.

Ahora bien, resuelto lo que se debe entender comprendido dentro del “daño patrimonial efectivamente causado”, cabe preguntarse si es indemnizable un daño que, a pesar de considerarse como daño patrimonial efectivamente causado, este no es directo e inmediato a la expropiación.

El Comisionado Sr. Guzmán señaló durante las Sesiones de la Comisión que *“se trata de los daños patrimoniales directos y actuales que le causen, porque cree que al hablarse del daño patrimonial lo que se busca es excluir el daño moral”*, señalando además que *“debe quedar igualmente excluida la indemnización de los perjuicios indirectos y, naturalmente, **todo daño debe referirse solamente al que actualmente se ha producido y no al que pueda surgir con posterioridad a la expropiación y que puede tener validez como consecuencia de la dilatación en el juicio que se lleve a cabo**”* (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 570).

En cuanto a la jurisprudencia, no ha habido uniformidad en la materia. Por una parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha sostenido que la procedencia de la indemnización respecto de los daños mediatos e indirectos queda supeditada a una cuestión probatoria. Por ejemplo, la sentencia dictada con fecha 17 de abril de 2008 en causa Rol N° 7228-2007 caratulada **“Valenzuela Marín María Luisa con Fisco de Chile”**, señala en su Considerando 6° que *“debe consignarse que la indemnización a que está obligado el Fisco para con el dueño del bien expropiado, es la suma de dinero que éste recibe por el bien de cuyo dominio se le priva y por los perjuicios que se le causan. De conformidad con el inciso tercero del N° 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el expropiado 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 los tribunales. Y el artículo 38 del D.L. 2.186, señala que cada vez que en dicha legislación se emplee la palabra indemnización, debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma”*. Luego, en el Considerando 7° expresa: *“[q]ue, como se*

aprecia, el texto constitucional no exige que el daño patrimonial sea una consecuencia directa e inmediata de la expropiación, pues tal requisito sólo lo contempla la ley. Luego, surge la interrogante de si el lucro cesante se encuentra o no incluido en el daño patrimonial efectivamente causado de que trata la Carta Fundamental”, concluyendo en el Considerando Octavo “[q]ue siguiendo en esta parte al profesor don Daniel Peñailillo Arévalo en su obra ‘La Expropiación Ante el Derecho Civil’, Editorial Jurídica, 1995, página 79, el alcance del precepto constitucional citado no es el de excluir al lucro cesante y, así, si se logra probar la certeza de que el expropiado dejará de ganar una suma al verse privado del bien de su dominio, que constará como un hecho de la causa, queda con ello establecido como daño efectivamente causado, opinión que esta Corte comparte y hace suya” (Corte Apelaciones de Santiago, Rol N° 7228-2007, Considerandos 6°, 7° y 8°).

Por su parte, la Corte Suprema, contraria a la Corte de Apelaciones, rechaza la posibilidad de que los daños mediatos sean indemnizables argumentando conceptualmente que tanto la Constitución como el artículo 38 de D.L. N° 2.186 exigen una relación de causalidad. A mayor abundamiento, en la sentencia dictada con fecha 24 de junio de 2004, conociendo de Recurso de Casación en Causa Rol N°4098-2003 caratulada “**Sociedad F.A.C. Ltda. con Fisco De Chile**”, expone en sus Considerandos 8° y 9° lo siguiente:

“8°) Que para iniciar el análisis de la casación, resulta necesario referirse al concepto de indemnización contenido en el artículo 38 del D.L. N° 2.186 del año 1978, sobre Procedimiento de Expropiaciones. Establece dicho precepto que: ‘Cada vez que en esta ley se emplea la palabra [indemnización], debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma.

*Esta Corte Suprema, en recursos como el de la especie, al analizar esta norma, ha **precisado reiteradamente, que, por daño patrimonial efectivamente causado con motivo de la expropiación, debe entenderse aquel que produzca un perjuicio real, cierto o verdadero y que provenga, con relación de causa a efecto, del proceso expropiatorio.** Por otro lado, se ha expresado también la idea de que el daño es directo cuando procede o se produce directamente, en relación con el acto*

de expropiación, Finalmente, que el daño sea inmediato, implica que sea cercano al referido acto y no lejano a él y por oposición a mediato;

9º) Que, en tales condiciones, resulta indiscutible que ha de indemnizarse, obviamente y en primer lugar, respecto del daño producido mediante la privación directa del bien de que es objeto el afectado. Si dicho bien produce alguna utilidad a su titular en el dominio, también ha de ser éste determinado e incluido en el monto a pagar. Del mismo modo, se debe entender que hay que indemnizar todos aquellos bienes que accedan al expropiado, como construcciones o plantaciones” (Corte Suprema Rol N°4098-2003).

Y posteriormente, en el Considerando Duodécimo expresa que “[p]or haberse ya producido el perjuicio comercial derivado de la pérdida de ventas y clientela, en el Servicentro y demás negocios de la actora, el menoscabo cobrado en estos autos ya se produjo, y por tanto, tiene el carácter de ‘daño emergente’, coetáneo con la expropiación que lo provocó, desde el momento en que la franja expropiada se destinó a crear una calle de servicio, paralela a la carretera y separada con barreras metálicas, modificándose el entorno del lugar en que se emplaza la propiedad de la reclamante” (Corte Suprema Rol N°4098-2003).

El Tribunal Constitucional ha adoptado la misma postura, afirmando en su Sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010, Considerando Decimonoveno, que “los daños deben ser producto de la expropiación. La Constitución dice que se indemniza el daño causado por ella. Tiene que haber, por tanto, una relación de causalidad entre el acto expropiatorio y el daño. De ahí que el D.L. 2.186 señale que los daños deben ser una consecuencia directa e inmediata de la misma” (Tribunal Constitucional Rol 1576-2009).

3.2. De las limitaciones.

3.2.1. Regulación en la Constitución Política de 1980.

El inciso segundo del artículo 19 N°24 de la Constitución autoriza expresamente a la ley a establecer limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad, pero nada dice de su indemnización, no la indica, pero tampoco la rechaza, quedando a desarrollo de la jurisprudencia y la doctrinaria cuál es el estándar

indemnizatorio en los casos en que procede de acuerdo a lo señalado en el apartado anterior.

Por una parte, varios autores han sostenido que el régimen de compensación aplicable a los casos en que la propia ley no lo resuelve, dista de ser la responsabilidad extracontractual del Código Civil que aplica los particulares. Por ejemplo, el profesor Arturo Alessandri sostiene enfáticamente que la responsabilidad del Estado y los entes públicos se rigen por principios distintos a los establecidos para los particulares en el Código Civil (Alessandri, 305-328).

En el mismo sentido, Alessandri propone que, si la relación que liga a las partes es de derecho público, si el daño ha sido causado por un funcionario o empleado público o municipal en el ejercicio de sus funciones, el artículo 2320 del Código Civil no tiene aplicación, pues tales funcionarios o empleados no se hallan al cuidado del Estado o de la Municipalidad respectiva. Señala además que lo anterior "*no obsta naturalmente para que uno y otro sean responsables con arreglo al derecho público, si se admite, como no puede menos de admitirse, la responsabilidad de esas entidades por los daños que causen sus funcionarios y empleados en el ejercicio de sus respectivas funciones, es decir, dentro de la órbita de sus legítimas atribuciones*" (Alessandri, 305-328).

El profesor Gustavo Fiamma Olivares sostiene también que, en virtud del artículo 38 inciso segundo de la Constitución, "*[e]l modelo recogido y establecido en la Carta de 1980 se aparta totalmente de los esquemas decimonónicos de nuestro Código Civil.*" (Fiamma 1989, 434).

3.2.2. Procedencia de la aplicación por analogía del DL 2.186.

El Decreto Ley 2.186 establece un procedimiento especial para la expropiación de bienes sujetos a expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, y al respecto la doctrina ha discutido si el mecanismo de compensación contenido en este decreto ley debe aplicarse análogamente en casos de indemnización por limitaciones al derecho de propiedad, o más bien debe consistir en un régimen especial de indemnización. Por su parte, la Corte Suprema ha emitido sentencias contradictorias sobre el tema.

En la paradigmática sentencia de la Corte Suprema dictada con fecha 30 de diciembre de 2004 en el caso “**Sociedad Agrícola Lolco Limitada con Fisco de Chile**”, pase a que no fue objeto del recurso, en el Considerando 40° se rechazó la interpretación de la Corte de Apelaciones que establecía que este decreto debía ser aplicado en casos de responsabilidad objetiva, utilizándolo para calcular la indemnización que debía pagar el Estado, y en cambio señaló que solo se aplica en casos de responsabilidad contractual, cuando existe un contrato entre el Estado y el demandante. (Corte Suprema Rol N°381-2004).

A mayor abundamiento, el Considerando 16° de la sentencia de segunda instancia, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 21 de noviembre de 2023, expresa que *“la legitimidad de la competencia exteriorizada a través del acto administrativo que declara monumento natural a la araucaria araucana justifica a **aplicación de un criterio de resarcimiento patrimonial similar al utilizado por el constituyente para indemnizar al afectado por un acto expropiatorio igualmente legítimo.**”*

Si respecto de esta última clase de actos de gravamen, el ordenamiento constitucional obliga a reparar sólo el daño patrimonial efectivamente causado, no se aprecia por qué debiera utilizarse un patrón diverso respecto de aquél originado en la emisión de un acto igualmente legítimo, con el manifiesto objeto de compensar el quebrantamiento de la regla sobre igualdad ante las cargas públicas, vulnerada en forma desproporcionada o injusta”, cuestión que fue criticado por la doctrina toda vez que los sentenciadores imponen una obligación legal prevista sólo para el caso de privaciones de dominio por expropiación, a una situación distinta, cual es una limitación al dominio (Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 6.828-1999).

Luego la Corte Suprema señala en su Considerando 40° que *“[d]ebido a que el Decreto Supremo en cuestión no ha sido objeto de cuestionamientos en lo tocante a su legalidad, esto es, no ha sido impugnado, la conclusión evidente es que se ha ordenado, por los magistrados a cargo del fondo, indemnizar supuestos daños o perjuicios ocasionados por un acto lícito, esto es, la dictación de un Decreto de la clase indicada, expedido por la autoridad administrativa del caso, dentro de la esfera de sus atribuciones, decisión que por cierto que el fallo de segundo grado se cuida de intentar justificar, acudiendo, entre otras argumentaciones, al punto de vista*

ampliamente desarrollado en países europeos de sólida tradición iusadministrativa - no se dice cuales-, pero se añade que sirve de basamento a la llamada, en el derecho francés, responsabilidad sin falta que exige, para su configuración, de la existencia de un daño anormal, especial y grave. Se ha calificado el acto como cuasiexpropiatorio” (Corte Suprema Rol N°381-2004).

El fallo de la Corte Suprema también realiza críticas a la decisión de los sentenciadores, sin poder resolver sobre ello pues no fue parte del objeto del recurso de casación, como lo hace en el Considerando 38° al expresar que *“la materia propuesta tiene una copiosa normativa que permite accionar, contenida en otras reglas jurídicas y leyes -concepto entendido según la definición del artículo 1° del Código Civil- y es a ella a la que se debido acudir en forma exclusiva, porque en esta litis, el precepto que se ha invocado es precisamente uno que establece una garantía genérica, pero cuya aplicación práctica queda entregada a los tribunales, a través de normas legales y en cada caso concreto y estas últimas, a su vez, proporcionan a quiénes se sientan afectados en sus intereses por situaciones como la que motivó la presentación de la demanda de autos, las herramientas jurídicas adecuadas para reclamar respecto del mismo”* (Corte Suprema Rol N° 381-2004). Más adelante, la Corte Suprema señala en su Considerando 42° que *“independientemente de que esta Corte pueda o no compartir el criterio esbozado, que permitió el acogimiento de la demanda en los términos ya indicados, la verdad es que debe atenerse a lo resuelto en cuanto a la existencia del daño y fijación del monto indemnizatorio, puesto que no se encuentra en condiciones jurídicas de variarlo, (...) habida cuenta que el Fisco de Chile, claramente perjudicado por lo resuelto por los magistrados a cargo del fondo, no dedujo el correspondiente recurso de casación. Por lo tanto, este Tribunal carece de herramientas jurídicas para llevar a cabo cualquier variación de lo resuelto, (...)”* (Corte Suprema Rol N°381-2004). Otra manifestación de sus críticas se puede observar claramente en el Considerando 48° en donde expresa *“esta Corte estima satisfactoria en extremo para la demandante, puesto que, en estricto rigor, una acción como la presente no debería prosperar; (...)”* (Corte Suprema Rol N°381-2004).

Al respecto Quintanilla Pérez argumenta que la Corte Suprema ha establecido una posición restrictiva respecto a la responsabilidad estatal, y que ha limitado la

aplicación del Decreto Ley 2.186 a los casos en que efectivamente ocurre una privación de derecho a través de la expropiación, en contraposición a la interpretación más amplia de la Corte de Apelaciones (Quintanilla, 53-54).

3.2.3. Régimen de responsabilidad especial.

El profesor Fiamma Olivares reconoce la existencia de una “*acción constitucional de responsabilidad*” de carácter general, relativa a las actuaciones de todos los órganos del Estado que no den lugar a una acción específica; y proclama la responsabilidad del Estado por los perjuicios que causen sus actos lícitos cuando la víctima no tenga la obligación de soportar esa carga (Fiamma, 429-432*).

Señala además que el artículo 38 de la Constitución “*ingresó al ordenamiento jurídico nacional un sistema de responsabilidad que no se basa en la culpa o el dolo del causante del daño, es decir, en la ilicitud del actuar del autor de la lesión, sino que, por el contrario, se sustenta en la existencia de una "víctima" que ha sufrido un daño en sus derechos con absoluta independencia de la licitud o ilicitud del comportamiento del que lo hubiere ocasionado. Esto es, la responsabilidad de la Administración del Estado chileno procede cada vez que esta causa un daño, incluso cuando haya actuado dentro de la más estricta legalidad*” (Fiamma, 434-435).

Por su parte, el profesor Osvaldo Oelkers Camus sostiene que “*el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado establece la responsabilidad a que se refieren los artículos 6° y 7° de la Constitución, al consagrar el principio de la legalidad en la actuación de los órganos públicos, configurando la responsabilidad pública con su propia identidad para la Administración del Estado, de modo que esta haya de indemnizar el sacrificio especial*” (Oelkers 1989, 442-443).

Incluso, la sentencia de la Comunidad de Galletue, en su Considerando Octavo letra c), reitera primero la naturaleza jurídica de limitación sin perjuicio de la procedencia de la acción indemnizatoria, expresando que “*el alcance de la prohibición de explorar la araucaria es el de una limitación al dominio de sus propietarios, pero se ha adelantado que, a pesar de aceptarse que en este caso la ley autorizó imponer tal limitación, ello no excluye la posibilidad que dé lugar a una acción indemnizatoria*”, para luego en la letra d) disponer que los incisos 3°, 4° y 5° del numeral 24 del artículo

19 no pueden considerarse para subsumir en ellos la acción de indemnización de perjuicios a que se condena al Estado, pues dichas disposiciones establecen la obligación de indemnizar en caso de expropiación, situación que no es el caso (Corte Suprema Rol N°16743-1984).

Luego, en su Considerando Noveno, expone que la procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene su sustento en “*la equidad y la justicia*”, argumentando que a lo largo del texto constitucional se impone la “responsabilidad del Estado” cuando se desconocen garantías fundamentales por parte de las autoridades, la Administración o incluso el legislador.

En definitiva, la discusión doctrinaria sobre la aplicabilidad del Decreto Ley 2.186 en las indemnizaciones por limitaciones al derecho de propiedad, o la aplicación de un régimen especial de responsabilidad, sigue siendo un tema de debate en Chile, y la jurisprudencia no ha establecido una posición unánime al respecto.

3.3. Daños indemnizables

Zúñiga señala que es necesaria una lesión, daño o perjuicio **injusto** para que proceda la indemnización, y, además, debe tener la característica de ser un **sacrificio especial** (propio y particular), esto es, cuando el daño solo alcanza a un limitado número de personas (Zúñiga 2007, 43).

El profesor Salvador Mohor, por su parte, estipula que “*al margen del reconocimiento del derecho a indemnización, sólo la distribución igualitaria directa de la carga configura una causal de justificación constitucional genérica de la lesión deducida*”, y más adelante advierte que “[c]onviene tener presente, sin embargo, que tras el criterio de igualdad jurídica recién descrito subyace la finalidad de impedir las discriminaciones arbitrarias, es decir, situaciones de injusticia social o de privilegios indebidos (artículo 19 N°2 inciso final), y que consecuentemente involucran un atropello a la razón y justicia” (Mohor, 293).

Para Fermandois, “*la indemnización consiste en la reparación pecuniaria total que hace el Estado al expropiado, por el daño patrimonial que efectivamente le ha causado el hecho de ser privado de su propiedad*” (Fermandois, 395).

Atria y Salgado por su parte, sostienen que, si bien el estándar es el del daño patrimonial efectivamente causado, existe una particularidad respecto de los bienes nacionales de uso público y que *“es constitucionalmente plausible entender que la forma de compensar los casos de privación de la propiedad de los derechos de aprovechamiento no necesariamente ha de ser equivalente al valor que en el mercado tengan dichos derechos. La razón es que los derechos de aprovechamiento sobre las aguas no tienen como fin directo, ni menos como fin buscado, el enriquecer a sus titulares: su fin es permitir el uso productivo de los mismos. Desde la perspectiva constitucional, solo se ha de indemnizar en la medida y hasta el monto en que el titular sea privado de aguas que utiliza efectivamente en sus procesos productivos y por el perjuicio que le causa dejar de utilizarlas. Porque ese es el "daño patrimonial efectivamente causado" cuando se trata de derechos de uso sobre bienes nacionales de uso público”* (Atria y Salgado, 128-129).

Por otro lado, revisando la historia fidedigna de la materia, a petición de la Comisión Ortúzar, la Subcomisión de Derecho de Propiedad evacuó un informe firmado por don Pedro Rodríguez que recaía en las materias relativas a la propiedad minera, nacionalización, contratos leyes y al régimen jurídico de las aguas. En dicho informe, se dijo sobre las aguas que *“[t]odas 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”* (Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980, 622).

4. Aplicación práctica del estándar indemnizatorio a las afectaciones tratadas en el Capítulo II.

Como cierre de este capítulo, evaluaremos cuál es el estándar indemnizatorio que debemos aplicar a las afectaciones tratadas en el capítulo anterior.

4.1. Privaciones.

Para el caso de la intransferibilidad, la temporalidad y los usos preferentes, al tratarse de privaciones parciales al derecho de dominio por recaer sobre alguno de los atributos o características esenciales, se debe precisar primero que, de acuerdo a Guiloff, *"no basta con que la intervención estatal tenga el efecto de reducir, incluso totalmente, alguno de estas facultades y atributos para que su privación se produzca en el sentido constitucionalmente relevante, sino que debe suceder además que estos pasen a manos del Estado"* (Guiloff, 281).

Pero este presupuesto de "pasar a manos del Estado" se cumple no solo por cambio de titularidad del Derecho, sino que también por aprovechamientos pasivos del bien por parte del Estado, pues una regulación que, por ejemplo, prohíba la explotación de una especie quedando el predio donde éstas se encuentran en manos del privado, como ocurre en el famoso caso Comunidad Galletué con Fisco, no puede sino ser constitutiva de una privación parcial de facultades y atributos esenciales del dominio.

Y en estos casos de privación parcial, el atributo o facultad que se pierde vuelve al dominio de la nación, toda vez que se tratan de bienes nacionales de uso público. En ese sentido el profesor Vergara Blanco sostiene que "no existe en este caso de las aguas, como en otro recurso natural, una declaración de propiedad "estatal": las aguas tienen ante toda nuestra tradición legislativa nacional una condición de bien común, *"que deban pertenecer a la Nación toda"* (Vergara 2002, 66)

4.1.1. Intransferibilidad.

Así las cosas, en la afectación del derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento sobre las aguas por hacerlas migrar desde la transferibilidad a la intransferibilidad, el objeto de la indemnización es la pérdida del atributo de disposición.

A modo de análisis del razonamiento que ha tenido el Tribunal Constitucional en la materia podemos señalar la sentencia en el denominado caso "Deuda Subordinada" de la Causa Rol N°207-1995, dictada con fecha 10 de febrero de 1995, donde los requirentes argumentaron que la derogación de la norma que permitía a los accionistas preferentes acordar no repartir dividendos por mayoría absoluta de la

junta general de accionistas, de manera tal que estos se capitalizaran, significaba la privación de una facultad esencial de dichos propietarios, lo que, a juicio del Tribunal implicó una privación del derecho de propiedad privada que tenían estos accionistas sobre sus acciones, toda vez que la medida afectó una de las varias posibilidades de disposición del derecho (Tribunal Constitucional Rol N°207-1995, Considerando 53°, 54°, 55° y 56°).

Asimismo, en el caso en cuestión, la pérdida de la facultad de disposición del derecho de aprovechamiento constituye una privación en su facultad esencial que debe ser expropiada e indemnizada.

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los daños que deben ser indemnizados debe tenerse en especial consideración la pérdida del activo que significa su incomerciabilidad, toda vez que, quienes adquirieron el derecho de aprovechamiento a título oneroso no tendrán la posibilidad de recuperar la inversión sino es través de la indemnización, en contra posición a quienes adquirieron a título gratuito por asignación de la DGA que, de indemnizarse de igual manera, generarían lucro.

En términos de Chávez y Schiavoni, se trata entonces de la imposición de un sacrificio especial indemnizable cuando establece de manera sorpresiva e imprevisible una regulación que **frustra las inversiones efectuadas anteriormente** por algunos ciudadanos al amparo de una situación jurídica en cuyo mantenimiento podían razonablemente confiar (Chávez y Schiavoni, 118).

Por su parte, Oelkers Camus entiende que el sacrificio especial que surge de una carga pública pasa de ser general a especial o individual, cuando supone un daño excesivo, grave o desigual, siempre que este sea efectivo, evaluable económicamente y por lo tanto, resarcible, como es el caso de un activo que se contempla en el patrimonio de una persona (Oelkers 1987, 373-375).

4.1.2. Temporalidad.

Algunos autores, como José Ugarte, han considerado que la expropiación de un atributo del derecho de propiedad, como el cambio de un derecho perpetuo a un derecho temporal, genera una privación parcial del derecho de propiedad, lo que da lugar a una indemnización por el valor de la pérdida sufrida, y en protección a la

confianza legítima que el titular del derecho tuvo al momento de adquirirlo, en tanto sus expectativas eran de perpetuidad.

Asimismo, en palabras de Ugarte, si existe una restricción al dominio que importa una privación o menoscabo grave de un atributo esencial, como lo es la perpetuidad del dominio, *“y hay ley que disponga que no se indemnicen, esa ley será inconstitucional. Si no hay ley que disponga la indemnización, si el legislador calla, la ley será constitucional y la indemnización siempre procederá, porque la Constitución es ley, y es inmediatamente operativa como tal, si no se remite a una ley que haya de dictarse, y es la propia Constitución, como hemos visto, la que hace necesaria la indemnización; y porque, si fuera menester la existencia de una ley, los tribunales no pueden excusarse de fallar y hacer justicia ni aun por falta de ley.”* (Ugarte, 434).

Por lo demás, el Tribunal Constitucional, conociendo de la causa Rol 505-06 señala en su Considerando 4° de la sentencia dictada con fecha 06 de marzo de 2007, que la protección del derecho de propiedad es de tal entidad que *“nadie puede, 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 que autorice la expropiación. Y luego, en el Considerando 5° expone “[q]ue, como se sabe, tales atributos aluden a los caracteres de generalidad, perpetuidad y exclusividad del derecho”, para luego concluir, en el Considerando Sexto, “[q]ue la naturaleza de la privación no se determina por la cuantía (hay expropiación si se despoja de mucho; no la hay si de poco), son que por la supresión de cualquiera de los atributos o facultades del dominio”* (Tribunal Constitucional Rol N°505-2006).

Sin embargo, otros autores, como Fernando Atria, sostienen que, en los casos de los bienes nacionales de uso público, *“[l]os **derechos de aprovechamiento no ejercidos, sino mantenidos por sus titulares solo con fines especulativos, no otorgan derecho a compensación**”* (Atria, 128-129), y, por tanto, la mera expectativa de utilizar los derechos de aprovechamiento no sería objeto de indemnización.

4.1.3. Usos Preferentes.

Respecto de la afectación por la implementación de “usos preferentes”, un caso similar que nos puede servir de base para asentar los presupuestos indemnizatorios de esta afectación es el denominado **“Caso Administrador Delegado”** (Tribunal

Constitucional Rol N°184-1994) que se produce con ocasión al control constitucional preventivo del proyecto de ley que modificaba las leyes de mercado de valores, de administración de fondos mutuos, de fondos de inversión, de fondos de pensiones, de compañías de seguros y otras.

En dicho proyecto de ley se agrega una norma que facultaba al Superintendente de Administradoras de Fondos Previsionales, con acuerdo del Banco Central, a nombrar temporalmente a un Administrador Delegado, con todas las facultades del giro ordinario que la ley y los estatutos le entregaban al directorio y gerente, cuando alguna de estas instituciones cometan una infracción grave a la ley que cause o pudiere causar perjuicio al fondo que administran o cuando su patrimonio se redujere a menos del mínimo exigido por la ley. Lo anterior fue categorizado por los requirentes como una privación de atributos y facultades esenciales del dominio.

El Tribunal Constitucional resolvió con fecha 07 de marzo de 1994, en su Considerando 7°, que efectivamente la norma privaba el derecho de dominio al afectar una facultad esencial del dominio, en este caso *“la de administración del ente societario por sus propios dueños o por quien éstos determinen libremente conforme a su propio estatuto social”*, a pesar de que esta privación sea temporal, y a que se deba a infracciones que ponen en peligro el fondo, sosteniendo que la única vía que tiene el Estado es proceder a la expropiación.

Por tanto, a pesar de que el despojo de uso y goce del derecho de aprovechamiento de aguas no implique un traslado de su propiedad a manos del Estado, de que se fundamente en el Derecho Humano al Agua, de que esta privación sea temporal, y que sea causada por la declaración de escasez hídrica en determinada zona, siguiendo la lógica del Tribunal Constitucional, es deber del Estado proceder con la indemnización toda vez que se ha privado de un atributo esencial del derecho de propiedad.

4.2. Limitaciones.

En cuanto a las limitaciones al derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas ya estudiadas, partiremos sobre la base que esas se han instaurado por medio del instrumento jurídico constitucionalmente previsto, y que,

por tanto, la viabilidad de las indemnizaciones se estudiará respecto de un acto del Estado lícito.

4.2.1. Causales de caducidad y aguas del minero.

Ambos casos, la implementación de las causales de caducidad y la nueva regulación de las aguas del minero constituyen cargas reales que limitan el derecho de propiedad sin afectar la esencia del derecho. La primera, respecto a las exigencias en las obras de captación y las patentes por no uso, y la segunda, respecto de la sustentabilidad de los acuíferos y la necesidad de su utilización.

El Tribunal Constitucional, en la ya citada causa Rol N°505-2006 resolvió en su Considerando 11° “[q]ue, sin perjuicio del mencionado estatuto especial del dominio, el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política desarrolla el principio de la seguridad jurídica, estableciendo que los preceptos legales que regulen, complementen o limiten las garantías constitucionales, no podrán afectar los derechos en su esencia, **ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.**” (Tribunal Constitucional Rol N°505-2006).

En este caso, la implementación de estas cargas públicas no impide que el derecho de aprovechamiento sea ejercido, sino por el contrario, lo que buscan es precisamente incentivar su uso en pos de la relevancia social del recurso hídrico.

Si bien una serie de autores, como Osvaldo Oelkers, Eduardo Aldunate y Álvaro Quintanilla defienden la indemnizabilidad de ciertas cargas públicas, lo hacen a partir de su justificación por el sacrificio especial que importa en casos determinados, o la doctrina de las regulaciones expropiatorias en donde, por la magnitud de la limitación, se hace ilusorio el derecho de propiedad de los titulares, que tampoco es el caso (Oelkers 1989, 373 – 375; Aldunate 2006, 285-303; Quintanilla, 7).

4.2.2. Supresión del inciso final del artículo 19 N°24 de la Constitución.

Como se expuso en el capítulo anterior, en el supuesto de que se suprima el inciso final del artículo 19 N°24, que asegura específicamente la protección de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, esta especie de derecho de propiedad se encontraría igualmente protegida a partir del inciso primero del mismo numeral, por lo

que, a pesar de que exista un cambio en el mecanismo de protección del derecho, no habría una restricción en el derecho ni una privación de alguna de sus facultades o atributos esenciales, y por ende, no se justificaría indemnización alguna.

A modo de conclusión, tenemos claro que las privaciones al derecho de propiedad son indemnizables, pero el problema se suscita en relación a las limitaciones, que, como revisamos, es un tema que se discute tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La postura que consideramos que mejor se ha adecuado al espíritu de la protección es la que propone que en los casos donde se ha perturba un derecho de propiedad, pero respetando la reserva legal, la función social y la esencia del derecho de propiedad, esta perturbación no sería objeto de una indemnización, ya que la limitación no habría llegado a convertirse en una privación que deba ser expropiada. Y a contrario sensu, si aquellos requisitos no se cumplen, se estaría en presencia de una privación que debe ser indemnizada.

Por nuestra parte, concordamos con la Corte Suprema que falla con fecha 14 de octubre de 2008, en causa Rol N°1976-2007, caratulados “**Hidalgo Briceño Mauricio y Otros con Servicio Salud Valparaíso San Antonio y otros**”, donde señala en su Considerando Décimo Cuarto que, “[q]ue, en efecto, el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que puedan generarla” (Corte Suprema Rol N°1976-2007). De esta forma, consideramos igualmente que no puede haber una responsabilidad objetiva, y por tanto, la teoría que establece que las limitaciones se indemnizan bajo dicha premisa no es aplicable, toda vez que utilizan la responsabilidad extracontractual sin el hecho antijurídico.

En lo que dice relación con el estándar indemnizatorio, sabemos que el estándar aplicable para las privaciones es el del daño patrimonial efectivamente causado, complementado con el artículo 38 del Decreto Ley N° 2186 de 1978 que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, donde lo debe acreditarse para la procedencia y evaluación de la indemnización es la relación de causalidad entre el daño patrimonial y el acto expropiatorio. Por su parte, la doctrina no ha definido cuál es el estándar aplicable a las limitaciones al dominio, y se ha discutido especialmente

sobre la aplicabilidad del régimen señalado en el Decreto Ley 2.186, o de un régimen especial de responsabilidad, discusión que tampoco ha sido zanjada por la jurisprudencia.

Nosotras concluimos que el estándar aplicable es el establecido en la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, pero debiendo entenderse como daño patrimonial efectivamente causado el valor del agua que el titular efectivamente aprovechaba, a través de cualquiera de las facultades que se desprenden de su derecho de propiedad, pues es esta la teoría que, a nuestro criterio, mejor logra armonizar los intereses públicos y privados, la naturaleza jurídica de derecho público y el derecho de propiedad que tienen sobre los derechos de aprovechamiento.

CONCLUSIONES.

Luego de analizar la naturaleza jurídica del derecho de propiedad que tienen los particulares sobre las aguas el tema de la indemnización, las modificaciones a la configuración del derecho que fueron introducidas por la reciente reforma al Código de Aguas y propuestas discutidas en el marco del Proceso Constituyente, y el marco compensatorio aplicable a ellas, podemos concluir lo siguiente:

1. Definir la naturaleza jurídica del derecho que tienen los particulares sobre las aguas es complejo, ya que por una parte se consagra que el agua es un bien nacional de uso público, y por otro lado la Constitución consagra un derecho de propiedad sobre los derechos de los particulares sobre las aguas. Esta discusión sobre la naturaleza abarca diversas áreas del derecho.

2. En la historia fidedigna del artículo 19 N°24 de la Constitución de 1980 está clara la intención de otorgar protección constitucional a los derechos de los particulares sobre las aguas para fortalecer ese derecho y no quede sujeto a arbitrariedades de la administración.

3. Aunque hay diferentes posturas en la doctrina, está claro que, sea una concesión o un derecho real, los particulares tienen derecho de propiedad sobre ella según el artículo 19 N°24 inciso final. Asimismo, la jurisprudencia ha respaldado esta protección. Por lo tanto, los derechos de los particulares sobre las aguas están dotados de la protección que se le otorga a la propiedad en los incisos 1 al 5 del artículo 19 N°24 de la Constitución Política.

4. Las limitaciones deben ser entendidas como una afectación al derecho de propiedad, aunque se mantengan las facultades y atributos esenciales del mismo. Por otro lado, las privaciones implican una desposesión total o parcial del derecho de propiedad, lo que exige una reparación del daño patrimonial causado. La diferencia entre ambas es la afectación a la esencia del derecho.

5. La utilidad del inciso final del artículo 19 N°24 viene dada desde una contingente necesidad de seguridad jurídica para los privados, que como consecuencia permitiría el desenvolvimiento de recursos destinados en el cuidado, mantención y optimización en el uso de su dominio, pero su eliminación no significaría una desprotección al

derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, toda vez que estaría comprendida dentro del inciso primero del artículo 19 N°24, al protegerse el derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas como bien incorporal.

6. Las afectaciones a la configuración del derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento estudiados, alteran únicamente la configuración legal del mismo, toda vez que la Constitución Política de 1980 no establece la configuración del derecho, sino que lo que hace es instaurar su protección, sin entrar en detalles de lo que debe o no contener el mismo, y por tanto, sus modificaciones no pueden entenderse como contrarias a la Constitución.

7. En cuanto a las privaciones es pacífico que reciben indemnización y su estándar indemnizatorio es el del daño patrimonial efectivamente causado, donde se comprende el daño emergente y el lucro cesante.

8. En relación a la discusión sobre si las limitaciones al derecho de propiedad dan derecho a indemnización hay dos posturas, una a favor y otra en contra, ambas vertientes respaldadas tanto por doctrina como por jurisprudencia.

9. En cuanto al estándar indemnizatorio de las limitaciones, al no estar regulado en la Constitución, ha habido una amplia discusión sobre la aplicabilidad del Decreto Ley 2.186 en las indemnizaciones por limitaciones al derecho de propiedad, o bien, la aplicación de un régimen especial de responsabilidad, discusión que sigue siendo un tema de debate en Chile, y la jurisprudencia no ha establecido una posición unánime al respecto.

10. Respecto al daño indemnizable, es pacífico que el daño moral y las meras expectativas no son objeto de indemnización, sino que para que el perjuicio sea resarcible debe ser cierto, actual y causalmente determinado, por lo que el monto al que debería ascender la indemnización en los casos estudiados es la del valor del agua que el titular efectivamente aprovechaba, a través de cualquiera de las facultades que se desprenden de su derecho de propiedad.

11. Por último, en cuanto al estándar a aplicar a cada una de las afectaciones, es un tema que se debe resolver caso a caso, dependiendo de la facultad o atributo del derecho de propiedad que se haya perturbado.

REF.: Análisis exploratorio de constitucionalidad de los Artículos 5° y 6° del Código de Aguas y de algunas mociones que los modifican.

MINUTA

1.- La aseveración de que el agua es esencial para la vida en el planeta y la subsistencia de la especie humana, entonces los derechos que sobre dicho elemento se constituyan, dependiendo del destino o uso que se le dé, son o pueden llegar a ser derechos fundamentales. Si tales derechos son o no fundamentales, por supuesto, pende de si su uso o consumo están o no asociados a la supervivencia de la vida natural y, en particular, de la especie humana.

2.- Bajo esa premisa corresponde analizar el régimen de dominio de las aguas y la naturaleza jurídica de los derechos que el Código de Aguas autoriza a constituir en favor de particulares. En particular importa preguntarse, entre otras materias, si las actuales disposiciones legales que regulan los derechos de aprovechamiento se ajustan a la Carta Fundamental o si, por el contrario, importan una limitación inconstitucional y/o un gravamen que afecta la esencia del derecho de propiedad del propietario de las aguas, es decir, la Nación toda.

Las aguas en Chile tienen un propietario (la Nación toda) y su uso pertenece, en principio, a todos los habitantes de la Nación.

3.- El Artículo 5° del Código de Aguas dispone que las aguas "son bienes nacionales de uso público". Esta norma es concordante con lo previsto en el Artículo 595 del Código Civil, en orden a que "todas las aguas son bienes nacionales de uso público". Por su parte, el Artículo 589 del Código Civil define a los bienes nacionales como "aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda" (Artículo 589 del Código Civil, inciso primero) y serán bienes nacionales de uso público "si su uso pertenece a todos los habitantes de la nación" (Artículo 589 del Código Civil, inciso segundo).

4.- Por consiguiente, es pacífico afirmar que bajo nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de algunas reglas especiales, las aguas son bienes nacionales de uso público, esto es, que su "dominio" pertenece a la Nación toda y su "uso" pertenece a todos los habitantes de la Nación.

5.- La declaración de que las aguas son bienes nacionales de uso público surte un relevante efecto constitucional. En efecto, mediante lo previsto en el Artículo 19 N°23 nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, "excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así". (Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución y, más adelante, analizaremos lo previsto en los numerales 1, 8 y 24 del Artículo 19, CPR). Si las aguas son bienes nacionales porque la ley (Código Civil y Código de Aguas) así lo ha declarado, entonces las aguas en Chile no son susceptibles de libre apropiación (privada), conforme indica el referido numeral 23 del Artículo 19 de la Constitución.

6.- **Las dificultades interpretativas derivan, en primer término, de la definición que el Artículo 6° del Código de Aguas brinda a los derechos de aprovechamiento de aguas**, en consonancia con otras disposiciones de ese cuerpo legal. Para comprender esta cuestión es preciso considerar que mediante el Artículo 5° del Código de Aguas, no obstante declarar a las aguas como bienes nacionales de "uso público", de suerte que su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, "se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento" de las aguas, en conformidad a las disposiciones de dicho Código. Es decir, del Artículo transcrito se deriva que **habría una coexistencia entre el uso de las aguas que se concede a todos los habitantes de la Nación (por ser un bien**

nacional de uso público) y el derecho de aprovechamiento que el mismo artículo otorga a los particulares. ¿Pueden coexistir armónicamente ambos derechos? En caso que sean o devenguen en derechos incompatibles, ¿existe algún orden de prelación entre ellos?

7.- La cuestión interpretativa deriva, como se dijo, surge a partir de la definición de los derechos de aprovechamiento de aguas contemplada en el Artículo 6°, toda vez que esta última norma determina que el derecho de aprovechamiento *"es un derecho real que radica sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas"*, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el Código de Aguas.

Es decir, tanto todos los habitantes de la Nación como el titular de un derecho de aprovechamiento poseerían el "uso" de las aguas, entendido el uso como uno de los atributos esenciales del dominio.

A su vez, los titulares de los derechos de aprovechamiento tendrían adicionalmente el "goce" de las aguas, cuyo ejercicio, por cierto, podría amenazar, perturbar o, incluso, privar a todos los habitantes de la Nación su derecho a usar las aguas.

Es cierto que los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas tendrían la "propiedad" de tales derechos al tenor de lo prescrito en el inciso final del Artículo 19 N°24, CPR y el inciso segundo del Artículo 6° del Código de Aguas. Esta última disposición precisa que el titular de un derecho de aprovechamiento *"podría usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley"*. En buenas cuentas, en un interesante y confuso juego de palabras, los titulares de los derechos de aprovechamiento tendrían el derecho a usar, gozar y disponer el "uso y goce" de las aguas. Empero, los habitantes de la Nación también podrían aducir que su derecho de uso también estaría tutelado por la garantía del derecho de propiedad, ya que ésta protege a toda clase de bienes, sean corporales o incorporales, y entre estos últimos bienes se comprenderían los derechos de uso que le "pertenecen" a todos los habitantes de la Nación, de suerte que éstos también tendrían una especie de propiedad sobre su derecho de uso.

8.- Una arista adicional dice relación con la naturaleza jurídico-constitucional de los derechos de aprovechamiento de aguas. En efecto, si las aguas son del dominio de la Nación, ¿qué serían desde un punto de vista jurídico los derechos de aprovechamientos respecto del propietario de las aguas? El Artículo 6° del Código de Aguas enuncia que los derechos de aprovechamiento son un "derecho real" y, por tanto, un derecho de aprovechamiento sería un gravamen o una limitación al derecho de propiedad que le asiste a la Nación toda.

Interesa preguntarse, por ende, si la configuración (legal) de los derechos de aprovechamiento de aguas se ajusta a la Carta Fundamental, en particular en dos aspectos:

- a) Si las limitaciones que el Código de Aguas impone al propietario de las aguas (la Nación toda) **satisface las normas constitucionales que regulan las limitaciones al dominio.**
- b) Si las limitaciones que el Código de Aguas autoriza afectan o no la esencia del **derecho de propiedad de la Nación toda, en atención a lo establecido en el Artículo 19 N°26 de la Constitución.**

Analizaremos por separadas ambas interrogantes.

¿Son los derechos de aprovechamiento una limitación al derecho de propiedad que satisfaga el estándar constitucional?

9.- Para analizar la pertinencia del derecho de aprovechamiento como limitación al dominio de la Nación toda es preciso distinguir entre limitaciones intrínsecas y limitaciones extrínsecas al derecho de propiedad.

Mediante las primeras la limitación se introduce al derecho mismo y coincide con la denominada "función social" de la propiedad establecida en el inciso segundo del Artículo 19 N°24 de la Constitución. La denominada función social comprende, con arreglo a lo previsto en la citada

norma constitucional, cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Empero, aun cuando se trata de bienes jurídicos indeterminados de amplio alcance y que admiten una lectura elástica, es relativamente pacífico afirmar que ninguno de tales bienes permite de una manera prístina configurar el interés del particular que persigue la inscripción de un derecho de aprovechamiento en su favor. Es claro que el interés de los particulares no configura una causal que admita la función social de la propiedad. Por lo mismo, debe desecharse la posibilidad que estos derechos de aprovechamiento sean una limitación intrínseca al derecho de propiedad de la Nación toda.

En lo que atañe a las limitaciones "extrínsecas", esto es, las que puede imponer el legislador para facilitar el ejercicio de derechos de terceros, son una limitación al "ejercicio" del derecho de propiedad. Aquí no se cuestiona la configuración del derecho pero se restringen los atributos del derecho de propiedad (uso, goce y disposición). En este sentido, los derechos de aprovechamientos sí pueden entenderse como una limitación extrínseca al ejercicio del derecho de propiedad, ya que desde el momento que concede al particular el uso y goce de las aguas es claro que, en forma paralela y en la misma medida, se restringen los derechos del propietario. Ahora bien, para analizar la pertinencia constitucional de estas limitaciones extrínsecas, es preciso examinar si satisfacen el estándar establecido en el numeral 26 del Artículo 19 de la Constitución.

10.- A través de la garantía del Artículo 19 N°26 de la Carta Fundamental se imponen dos restricciones principales al legislador (en este caso, a lo que pueda disponer el Código de Aguas), a saber que las limitaciones (extrínsecas) no afecten los derechos "en su esencia" y, a la par, que no se impongan condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. La primera garantía (la protección de la esencia de los derechos) mira a las restricciones que el otorgamiento de derechos de aprovechamiento impone al titular del derecho de propiedad (la Nación toda), mientras que la tutela del libre ejercicio importa para examinar la situación de los derechos de uso que le asisten a todos los habitantes de la Nación.

11.- Para examinar si la configuración legal de los derechos de aprovechamiento de aguas salvaguarda la esencia del derecho de propiedad de la Nación toda es preciso consultar qué atributos esenciales del dominio conserva el propietario de las aguas una vez que un particular ha constituido en su favor un derecho de aprovechamiento.

En este sentido, si el titular de alguno de estos derechos de aprovechamiento adquiere el "uso" y "goc" de las aguas, es evidente que el único atributo que conserva el propietario es la "disposición" de las aguas. Empero, salvo que las aguas dejen de ser un bien nacional, la propiedad está radicada en su actual titular (la Nación toda) y se trata de un bien intransferible. Es decir, el propietario de las aguas, con arreglo a lo previsto en el Código de Aguas, conserva un derecho de propiedad meramente nominal, carente de sustancia y con nulas atribuciones. Es evidente por ende que el establecimiento del derecho de aprovechamiento de aguas por el legislador (Código de Aguas) afecta la esencia del derecho de propiedad sobre las aguas. No atenúa el rigor de tal afirmación la circunstancia que sea un agente público, establecido por la ley, quien disponga la constitución de tales derechos, pues, al tenor de lo establecido en el Artículo 141 del Código de Aguas, la Dirección General de Aguas se encuentra en la obligación (legal) de constituir tales derechos si el solicitante cumple con los requisitos y los procedimientos establecidos en dicho Código.

Es importante enfatizar que el derecho de propiedad de la Nación toda sobre las aguas es anterior a la actual Constitución. En efecto, al momento de entrar en vigor la actual Carta Fundamental se encontraba vigente la declaración del Artículo 595 del Código Civil y, por ser tal disposición conforme a la Constitución, la aprobación del Código de Aguas con fecha posterior (DFL N°1.122, de 13 de agosto de 1981) supuso una alteración sustancial a la esencia del derecho de propiedad que ya se encontraba radicado en la Nación toda.

12.- En lo que atañe al libre ejercicio de los derechos de uso de las aguas que le asisten a los habitantes de la Nación, es claro que el Código de Aguas permite la constitución de derechos

individuales exclusivos y eventualmente antagónicos con los derechos de los habitantes de la Nación. Precisamente el ejercicio exclusivo del derecho de aprovechamiento consiste en la posibilidad de impedir el libre ejercicio del derecho de uso que les asiste a todos los habitantes de la Nación, configurando con ello un régimen legal que no satisface el estándar establecido en el Artículo 19 N°26 de la Constitución.

Situación de tres mociones parlamentarias que introducen modificaciones a los Artículos 5° y 6° del Código de Aguas.

13.- Las reflexiones precedentes nos servirán de guía para examinar "*prima facie*" las propuestas normativas recogidas en las mociones que se tramitan bajo los Boletines números 7.543-12, 9.392-09 y 9.538-09.

14.- Boletín 7.543-12: A través de esta moción se propone compatibilizar las aguas como bien nacional de uso público con la tutela de los ecosistemas, los derechos ancestrales de los pueblos originarios y el acceso universal al agua como derecho humano fundamental. Creemos que esta propuesta se encamina en la dirección correcta pues, a diferencia de lo establecido en el Código de Aguas, se pretende conciliar el derecho de propiedad que le asiste a la Nación toda con el derecho a la vida (Artículo 19 N°1, CPR), la eminente dignidad de todos ser humano (Artículo 1° inciso primero, CPR), la preservación de la Naturaleza o el patrimonio ambiental (Artículo 19 N°8 y Artículo 19 N°24 inciso segundo, CPR). La tutela de los derechos constitucionales antes mencionados no impide que, a su vez, se admita el uso de las aguas para fines productivos; empero, claramente este último cede en prioridad frente a los restantes uso, siempre que ello no importe tampoco un detrimento patrimonial al propietario de las aguas. En otras palabras las ideas matrices o fundamentales de este proyecto son concordantes con el dominio de las aguas que la Constitución y la ley otorgan a la Nación toda.

15.- Boletín 9.392-09: Esta moción, en gran medida, resulta compatible con lo previsto en la Constitución y en las leyes que declaran las aguas como bien nacional de uso público. En efecto, mediante esta moción se persigue velar por la reserva del recurso para el abastecimiento de la población e intenta conciliar la propiedad del titular del derecho de aprovechamiento con la función social de la misma. Esta última idea matriz, sin embargo, nos parece que no concuerda del todo con el razonamiento principal que hemos desarrollado en esta minuta, ya que no se cuestiona la legitimidad constitucional de los derechos de aprovechamiento, aunque, eso sí, procura dar cuenta de la evidente necesidad de restringir y limitar los amplios (excesivos e inconstitucionales, a decir verdad) atributos que el Código de Aguas concede a los titulares de derecho de aprovechamiento.

16.- Boletín 9.538-09: Esta moción se orienta, en la parte que nos interesa, a incorporar un nuevo derecho real administrativo: las concesiones temporales de aprovechamiento de aguas. Esta nueva figura concesional, sin duda, aminora el reproche constitucional a la existencia de derechos reales administrativos que lesionan la esencia del derecho de propiedad de la Nación toda y el libre ejercicio del derecho de uso de las aguas que les asiste a todos los habitantes de la Nación, ya que la nueva concesión es susceptible de caducidad por su no uso. Evidentemente que los reproches constitucionales a derechos individuales de explotación de las aguas se aminoran en la medida que puedan ser caducados por su no uso. En este sentido, la moción en comento se encuentra bien inspirada desde un punto de vista constitucional.

Conclusión.

Las modificaciones al Código de Aguas no deben ser examinadas al tenor de los niveles de afectación que introduzcan a los derechos de aprovechamiento sino que, por el contrario, deben ser examinados según lo previsto en la Constitución y si acaso tales modificaciones salvaguardan la esencia del derecho de propiedad que posee la Nación toda sobre las aguas, si se resguardan adecuadamente el libre ejercicio del derecho de uso de las mismas que les asiste a todos los

habitantes de la Nación, si se orientan a la preservación de la Naturaleza y a la protección del patrimonio ambiental, si se ajustan a los derechos de los pueblos originarios, la diversidad cultural y el patrimonio cultural de la Nación y, en fin, si resultan compatibles con el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a una vida digna.

Es claro que el Código de Aguas contiene normas que dan cuenta de vicios más o menos ostensibles de constitucionalidad y, por lo mismo, los derechos constituidos bajo su mandato no pueden servir de estándar constitucional para examinar las mociones parlamentarias en actual tramitación o los futuros proyectos de ley que se sometan a la consideración del Honorable Congreso Nacional.



Augusto Quintana Benavides
Abogado
Estudio Bravo

Santiago, 10 de septiembre de 2014.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abeliuk, René. 2009. *Las obligaciones Tomo I*, Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- Aldunate, Eduardo. 2006. *Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad*. Revista Chilena de Derecho 33, no. 2.
- Aldunate, Eduardo .2005. *Problemas de la dogmática de la protección constitucional a la propiedad*. Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público, Santiago, LexisNexis.
- Alessandri, Arturo. 2005. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Jurídica de Chile, 1ª edición.
- Aranda, Jorge. 2016. *Entre el mercado y el Derecho Humano: la regulación de las aguas desde la autogestión y desde el proceso administrativo en Chile*. Chile. Journal of Law and Regulation, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 57–74. <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/19251>.
- Ariño, Gaspar y Sastre, Mónica. 2002. *Los Mercados de Aguas como forma de gestión*. Dirección General de Aguas, Centro de Información Recursos Hídricos.
- Atria, Fernando. 2016. *“La Propiedad, el Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de Aguas en Chile”*. Santiago: Thomson Reuters.
- Aylwin Azócar, Patricio y Azócar Brünner, Eduardo. 1996. *Derecho Administrativo*. Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello.
- Barros, Enrique. 1996. *“El recurso de protección como medio de amparo de los contratos”*. En *Instituciones Modernas del Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*. Editorial Jurídica Conosur Limitada, Santiago.
- Cea Egaña, José Luis. 1988. *“Tratado de la Constitución de 1980”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Celume, Tatiana. n.d. *“Agua, Medio Ambiente y Nueva Constitución Consideraciones Constitucionales del Agua.”* en *Reflexiones Constitucionales*, recuperado el 10 de abril

de

2023.

https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/83218/16/05a_AguaMedioAmbiente_TatianaCelume.pdf&origen=BDigital

Celume, Tatiana. 2021. “Regulación constitucional y legal de la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas: tensiones actuales y propuestas para su modificación” *Revista Chilena de Derecho Privado*, número temático, pp. 15-58 (octubre 2021).

Chávez Mencarini, Javier, Schiavoni Guerrero, Juan. 2015. *Las regulaciones expropiatorias. Examen general. Especial énfasis en las facultades reguladoras de las municipalidades*. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/132195>.

Collins y Sabaj. 2008. *Derecho de propiedad, limitaciones y expropiación*. Tesis de Licenciatura. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho.

Cordero Quinzacara, Eduardo. 2006. *La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno*. *Revista de derecho (Valdivia)* Vol. 19.

Corral, Hernán. 1996. *Propiedad y cosas incorporales. comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito*. *Revista chilena de derecho* Vol.23 (1).

Corral, Hernán. 2018. *Curso de Derecho Civil. Parte general*. Santiago. Thomson Reuters.

Corral, Hernán. 2022. *Curso de Derecho Civil. Bienes*. Segunda edición. Santiago. Thomson Reuters.

Doolan, Jane. 2016. *The Australian Water Reform Journey. An overview of three decades of policy, management and institutional transformation*. UC Innovation Centre, University Drive South. Australia.

Díez-Picazo, Luis. 1991. *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución*. En *Estudios Sobre la Constitución Española*, homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madrid: Editorial Cívitas.

Evans, Enrique. 2004. *Los derechos constitucionales Tomo III*. 3era edición. Santiago Editorial Jurídica de Chile.

Evans, Enrique. 1986. *Los Derechos Constitucionales Tomo II*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

Fernandois, Arturo. 2006. *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo 1. Santiago. Ediciones UC.

Fernández Richard, José. 2014. *La Constitución Política y el urbanismo*. Revista de Derecho Público.

Fiamma, Gustavo. 1989. "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio", Revista chilena de derecho, Vol. 16, N° 2 (1989): 429-440.

Gómez, Gastón. 2005. *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Guiloff, Matías. 2018. *La privación de atributos y facultades esenciales del dominio como estándar de control para las intervenciones sobre el derecho de propiedad privada*. Santiago: Revista de Estudios Constitucionales, Año XVI, N°2, pp. 271-306.

Gutiérrez, José Ramón. 2009. *El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público*. Revista chilena de derecho, 36(2), 245-279. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000200003>

Guzmán, Alejandro. 2006. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. 2a. ed. actualizada. Santiago-Chile. Editorial Jurídica de Chile.

Henríquez, Miriam y Silva, María Pía. 2015. *La Constitución Económica*. Santiago. Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters.

Historia fidedigna art. 19 N°24 de la Constitución de 1980. n.d. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35474/4/HL_Art19N24CPR.pdf.

Historia de la Ley N° 21.435. n.d.
https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/7988/HLD_7988_d8c68bc9202a649075e37eeb24790a.pdf.

Manríquez, Gustavo. 2019. *Apuntes para un Curso de Derecho de aguas*.

Ministerio de Defensa Nacional de Chile (2017). *Libro de defensa nacional*. Santiago, Mohor, Salvador. 1989. *Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización*. Revista Chilena de Derecho, junio-agosto de 1989, Vol. 16, No. 2, pp. 283-308.

Montt, Santiago. 2022. *El dominio Público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*. Tesis de Licenciatura, Universidad de Chile, Santiago de Chile.

Montt, Santiago. 2005. *Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. Revista Chilena de Derecho, vol. 32, N° 1, año 2005, p.8

Molina, Hernán. 1996. *Derecho Constitucional*. Concepción. Editorial Legal Publishing.

Morán, José. 2018. *Las Aguas del Minero*. Revista Derecho Ambiental, Año III, pp. 57-66.

Novoa, Laura. 2014. *Agua: ¿bien público o privado?* CIPERCHILE. Recuperado el 10 de abril de 2023. <https://www.ciperchile.cl/2014/10/10/agua-bien-publico-o-privado/>

Oelckers, Osvaldo. 1989. *La responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en las leyes orgánicas constitucionales de Administración del Estado y de Municipalidades*. Santiago de Chile: Revista Chilena de Derecho, Vol. 16 N°2.

Oelckers, Osvaldo. 1987. *Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 11.

Peñailillo. 2007. *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*. Santiago. Editorial Jurídica.

Quezada Rodríguez, Flavio. 2011. "*El derecho de propiedad privada en la Constitución chilena: Un intento de sistematización*". Tesis de Licenciatura, Universidad de Chile, Santiago de Chile.

Quintanilla Pérez, Álvaro. 2004. "*Corte Suprema en Caso Lolco: No hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina Galletué*." Revista de Derecho, no. 12. Consejo de Defensa del Estado de Chile, Santiago.

Rajevic, Enrique. 1996. *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada*. Revista Chilena de Derecho Vol. 23 1996. publicación n1 <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14682>.

Rey, Martínez. 1994. *La propiedad privada en la Constitución española*. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

Rodríguez, Pedro Jesús. 1972. "*La propiedad privada*", Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIX, primera parte, p. 111-142.

Saavedra, José Ignacio. 2009. *Las aguas como bien nacional de uso público: Bases para un cambio regulatorio que promueva un uso sostenible*.

Soto Kloss, Eduardo. 1992. *Propietarización de los derechos: No una "herejía", sino la "esencia" de lo que es Derecho*. Informe Constitucional 329.

Tavolari, Raúl. 2010. *Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

Troncoso, Hernán. 2020. *De los Bienes 3° Edición Actualizada*. Santiago. Thomson Reuters.

Ugarte, José. 2001. *Limitaciones al dominio de las meras restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, no. 2 (abr.-jun. 2001), p. [425]-448.

Varas, Juan. 1998. *Prohibición de sustitución del bosque nativo y derecho de propiedad. Una mirada desde el Derecho Civil*. Revista de derecho (Valdivia), Volumen 9.

Verdugo, Mario. 1994. *Derecho Constitucional*. Santiago. Editorial Jurídica.

Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaca, Emilio; y Nogueira Alcalá, Humberto. 1994. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Edición Jurídica de Chile.

Vergara, Alejandro. 1991-1992. *La propietarización de los derechos*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Tomo XIV.

Vergara, Alejandro. 2011. *Sistema y autonomía del Derecho de Aguas*. Actas de Derecho Aguas – Legislación – Jurisprudencia, Santiago de Chile, n°1, p. 57-78.

Vergara, Alejandro. 2021. *El derecho humano al agua para la bebida y el saneamiento. Una sentencia activista*. El Mercurio, Legal. Publicación 24 de febrero de 2021 a las 10:07. <https://www.vergarablanca.cl/wp-content/uploads/2022/10/2021.02.24.-El-derecho-humano-al-agua-para-la-bebida-y-el-saneamiento.-Una-sentencia-activista.pdf>

Vivanco, Ángela. 2015. *Curso de Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago. Ediciones UC.

Zañartu, Hipólito y Camila Pozo. 2022. "Las aguas del minero y la ley N°21.435". Columna de opinión. <https://www.lwyr.cl/opinion/las-aguas-del-minero-y-la-ley-n21-435/>.

Zúñiga Urbina, Francisco. 2005. *Constitución y Dominio Público: Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres*. *Ius et Praxis* 11, no. 2, p. 65-101. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200003>.

Zúñiga Urbina, Francisco. 2007. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*. Santiago: LexisNexis, 2da edición,

JURISPRUDENCIA.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1987). Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional de los partidos políticos. **Rol N°43-1987.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1990). Requerimiento de un grupo de Senadores respecto del proyecto de ley que modifica la ley N°18.892, sobre Pesca y Acuicultura. **Rol N°115-1990.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1994). Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica las Leyes de Mercado de Valores, Administración de Fondos Mutuos, de Fondos de Inversión, de Fondos de Pensiones, de Compañías de Seguros, y otras Materias que Indica. **Rol N°184-1994.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1995). Requerimiento de un grupo de Diputados respecto del proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada. **Rol N° 207-1995.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1996). Requerimientos formulados por diversos senadores y diputados para que el Tribunal resuelva la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 1°, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, **Rol N°245 y 246 - 1996. (ACUMULADOS).**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1997). Requerimiento presentado por un grupo de Diputados para que se declare inconstitucional determinados preceptos que se señalan en el proyecto de ley modificadorio del Código de Aguas. **Rol N° 260-1997.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. respecto del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa 11786-04 de la Corte de Apelaciones de Santiago. **Rol N°505-2006.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006). Requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del inciso primero del artículo 42 del DFL N° 164, de 1991(Ley de Concesiones), en relación a la causa caratulada

“Autopista Central S.A. con Servicio de Mecánica Mantenimiento Track S.A.”, rol N° 2097-2006, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago. **Rol N°541-2006.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009). Requerimiento de inaplicabilidad de Silvia Quiroz Lozano, respecto del artículo 309 del Código de Aguas, en juicio rol N° 811 2007 de la Corte de Apelaciones de Talca. **Rol N° 1309-2009.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Tomás de Rementería, respecto del artículo 14 de la ley de expropiaciones, en rol N° 1469-1988 del Quinto Juzgado Civil de Valparaíso. **Rol N° 1576-2009.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2014). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Molinera del Norte S.A. respecto de artículos 62, inciso segundo y 160 del Decreto con Fuerza de Ley N° 458, que aprueba la nueva Ley General de Urbanismo y Construcción, en los autos sobre recurso de casación en el fondo, caratulados "Molinera del Norte con I. Municipalidad de Antofagasta", de que conoce la Corte Suprema bajo el Rol N° 16.814-2013. **Rol N° 2643-2014.**

CORTE SUPREMA DE CHILE (1984). Recurso de Casación en la Forma y Fondo. Resolución del 7 de agosto de 1984, **Rol N°16743-1984.**

CORTE SUPREMA DE CHILE (2002). Recurso de Inaplicabilidad Inmobiliaria Maullín con Fisco de Chile, **Rol N°4309-2002.**

CORTE SUPREMA DE CHILE (2003). Recurso de Casación en el Fondo **Rol N° 4098-2003.**

CORTE SUPREMA DE CHILE (2004). Recurso de Casación en el Fondo **Rol N° 381-2004.**

CORTE SUPREMA DE CHILE (2004). Recurso de Casación en el Fondo **Rol N° 2656-2004.**

CORTE SUPREMA DE CHILE (2020). Recurso de Apelación en Recurso de Protección, **Rol N° 72198-2020.**

CORTE SUPREMA DE CHILE (2020) Recurso de Apelación en Recurso de Protección, **Rol N° 131140-2020**.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2003). Recurso de Apelación en sentencia definitiva de primera instancia. **Rol N°6828-1999**.

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO (2005). Recurso de Protección **Rol N°108-2005**.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2007). Recurso de Apelación en sentencia definitiva de primera instancia **Rol N°7228-2007**.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2012). Recurso de Protección **Rol N°3498-2012**.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2011). Recurso de Protección. **Rol N°101-2011**.

12° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO (1999). Sentencia Sociedad Agrícola Lolco/Fisco de Chile, de fecha 23 de septiembre de 1999. **Rol 718-1995**.

NORMATIVA.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Chile. DECRETO 100, MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Publicada el 22 de septiembre de 2005.

CÓDIGO DE AGUAS. Chile. Decreto con Fuerza de Ley N° 1122, Ministerio de Justicia. Publicado en el Diario Oficial con fecha 29 de octubre de 1981.

CÓDIGO CIVIL. Chile. Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Ministerio de Justicia. Publicado en el Diario Oficial con fecha 30 de mayo de 2000.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Chile. Ley N° 1552. Publicado con fecha 30 de agosto de 1902.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Decreto Ley N° 2186 de 1978 que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones.

Observación General N°15 ONU- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 29º período de sesiones. Ginebra, 11 a 29 de noviembre de 2002.

LEY 21435 REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. Publicada 06 de abril de 2022.