

LAS AGUAS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

*Tatiana Celume Byrne**

RESUMEN

El presente artículo trata acerca de las propuestas que la Convención Constitucional ha ido aprobando en el Pleno del órgano y cómo estas repercuten en la connotación pública de las aguas. En particular, se analizará la propuesta que califica las aguas como bienes comunes naturales, la sustitución del derecho de aprovechamiento de aguas por la figura de las autorizaciones y la despropietarización del derecho de aprovechamiento de aguas. Finalizaremos caracterizando el actual derecho de aprovechamiento de aguas bajo la reforma de la Ley N° 21.435 de 2022.

Palabras claves: Aguas, bienes comunes naturales, bienes nacionales de uso público, derechos de aprovechamiento, autorizaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Las propuestas constitucionales relevan la posibilidad de modificar la categoría constitucional de las aguas, mutando el concepto de bien nacional de uso público por el de recurso común natural. Lo anterior se debe principalmente a que se pretende que las aguas sean insusceptibles de apropiación privada por parte de los particulares. En una primera aproximación al tratamiento jurídico de los bienes nacionales de uso público, podemos señalar que estos se caracterizan por su inapropiabilidad y su consecuente in-comerciabilidad. En virtud de lo anterior, el acceso al disfrute y aprovechamiento de las aguas queda supeditado al otorgamiento de un título concesional, pero ello no implica privatizar ni declarar apropiables las aguas. Al tratarse de un bien nacional de uso público, el elemento que las define se refiere a que estas están dispuestas para el uso público de los administrados. Su regulación constitucional parte de la base de la configuración de una “antigarantía” por cuanto están al margen de la lógica de la apropiación. Este es el cimiento de la connotación pública de las aguas. Es decir, el elemento definitorio no es la propiedad que ostentan las Administraciones Públicas sobre ellas, sino su relegación

* Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca, España. Docente Investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la USS. tatiana.celume@uss.cl

del tráfico jurídico privado y su regulación en un ordenamiento jurídico exorbitante para su aprovechamiento. Es importante destacar este punto porque la consideración de estas como un recurso común natural no da las garantías suficientes de su inapropiabilidad y de su intransferibilidad, ya que dicha categoría no ha sido tratada anteriormente por el ordenamiento jurídico chileno.

La connotación pública de las aguas satisface el requerimiento de la insusceptibilidad de apropiación. No se verifican motivos plausibles para modificar el actual régimen por el de recurso común natural. Los recursos comunes se fundan en la lógica de la exclusión de la relación persona-bienes y suponen la exclusión de la propiedad respecto de los recursos. Esta condición, la insusceptibilidad de apropiación de las aguas, se satisface mediante su configuración como bien nacional de uso público. Un bien nacional de uso público, como las aguas, necesariamente debe estar dispuesto para el uso por parte de los administrados. No es concebible la existencia de un recurso natural que no pueda ser aprovechado por los particulares para la satisfacción de sus necesidades, las que, bajo toda lógica, deben coherer con la protección de los usos ecosistémicos de las aguas y la priorización del consumo humano y el saneamiento. Es allí donde corresponde al legislador regular los aprovechamientos extractivos. Es posible indicar que, en virtud de la Ley Nº 21.435, este equilibrio entre los usos productivos y los usos ambientales queda regulado mediante diversos instrumentos como el caudal ecológico y las reservas estatales. Estas reservas no solo cautelan los usos para el consumo humano y el saneamiento, sino que igualmente los servicios ecosistémicos que prestan las aguas.

Bajo la noción de bien nacional de uso público, la nación no es dueña de las aguas: lo que ocurre es que el Estado interviene regulándolas para satisfacer el interés nacional que justifica su publicación. Esta justificación puede ir variando y por ello mutan o se modifican los supuestos que justifican la *publicatio*. Como se puede apreciar con la Ley Nº 21.435, los motivos que justifican la publicación han variado sustancialmente. No es objetivo único del legislador que las aguas se reasignen eficientemente. Se han relevado otras finalidades que la sociedad actual considera prioritarias y necesarias de satisfacer. Todos estos cambios han sido posibles de materializar sin necesidad de cambiar la connotación pública de las aguas. Por este motivo, podemos indicar que se carece de motivos para sustituir la consideración de las aguas como bienes nacionales de uso público por recursos comunes naturales.

Como señalábamos precedentemente, un requisito de la esencia de un bien nacional de uso público es que este quede dispuesto para el uso y disfrute de los administrados. Por este motivo, el ordenamiento jurídico los ha extirpado del comercio jurídico privado y los ha trasladado al tráfico jurídico público. Desde esa esfera exorbitante, ha debido crear mecanismos de acceso tanto extractivos como no extractivos de las aguas. Los usos no extractivos se resuelven bajo la fórmula de un acceso abierto y gratuito. Sin embargo, para los usos extractivos se ha debido crear derechos privativos para su aprovechamiento, regulando un medio de exclusión en atención a que la disponibilidad del recurso no es ilimitada.

Se ha propuesto por los convencionales constituyentes la sustitución del título concesional por una autorización administrativa. Bajo esta lógica, lo que se pretende es

precarizar el título habilitante para aprovechar las aguas. Esta propuesta constituye un pie forzado. Las aguas están dispuestas para uso y goce por parte de los particulares. La forma de poder acceder a los usos extractivos es mediante la creación de un derecho de aprovechamiento creado a partir de un procedimiento concesional. Este derecho nace, se crea, no es un título preexistente al que se le eliminan las barreras de ingreso por medio de la autorización. La autorización, si bien es constitutiva y declarativa, supone la existencia de un derecho preexistente. Lo que supone la creación de un derecho *ex novo* es la posibilidad de que el legislador, de conformidad con los móviles de la publicación –siempre sujeto a ellos–, pueda regularlo de diversas maneras.

El título jurídico para aprovechar las aguas lo constituye un derecho de aprovechamiento nacido de un proceso concesional. La “concesión” es el instrumento jurídico que habilita a la Administración para crear *ex novo* un derecho, que no era preexistente, con la finalidad de que ingrese al patrimonio de su titular y este pueda disponer de su título. Con la Ley N° 21.435, esta disposición no es absoluta. Se han establecido limitaciones para las transferencias de derechos de aprovechamiento cuando estos se destinen al consumo humano y al saneamiento o, derechamente, provengan de reservas establecidas tanto para los usos ecosistémicos como para la provisión de agua para el consumo humano y el saneamiento.

Atendiendo al Orden Público Económico de la Constitución de 1980, el derecho de aprovechamiento que se originó a partir del Código de Aguas original de 1981 era un derecho absoluto, sin consideraciones al medio ambiente, separado de la tierra, sin priorización alguna en su uso, sin restricciones y cuyo único objetivo era ser reasignado a un uso de mayor valor. Estas características del derecho fueron revirtiéndose a lo largo de los años. Es oportuno indicar que, mediante la reforma al Código de Aguas propiciada por la Ley N° 20.017 de 2005, se incorpora la patente por no uso de las aguas, la figura del caudal ecológico –para los derechos que se fueran a otorgar a partir de su vigencia– y las reservas, las que solo podían crearse si existía una solicitud pendiente y estas fueran para el abastecimiento de las poblaciones (tratándose de solicitudes de derechos consuntivos) o se justificaran excepcionalmente por un interés nacional (tratándose de solicitudes de derechos no consuntivos).

A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.435, se amplía la diversidad de restricciones y limitaciones al derecho de aprovechamiento. Este derecho ya no puede considerarse absoluto. Existen a su haber cargas. La primera de ellas está relacionada con el uso efectivo del recurso. En caso de que un titular de un derecho no tenga las obras suficientes y aptas para su aprovechamiento construidas, dentro de un plazo –cinco años para los derechos consuntivos y 10 años para los derechos no consuntivos contados desde su constitución o desde la entrada en vigencia de la nueva ley–, este derecho se ve expuesto a extinguirse. La segunda de ellas dice relación con la obligación –o carga– de su inscripción registral. Si el titular no registra su derecho de aprovechamiento en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente, dentro del plazo de 18 meses contados desde la entrada en vigencia de la nueva ley, su título caducará de pleno derecho. Todo lo anterior es sin perjuicio de que las instituciones como la reserva y el caudal ecológico se hayan extendido y profundizado. En este sentido,

conviene aclarar que con la reforma al Código de Aguas, el Presidente de la República podrá reservar aguas con el solo requisito de que exista disponibilidad del recurso (ya no requerirá denegar una solicitud pendiente) cuando estas se refieran al consumo humano o para la protección de servicios ecosistémicos. Además, el caudal ecológico se podrá imponer sobre derechos de aprovechamiento ya otorgados, por ejemplo, cuando estos se encuentren constituidos en áreas protegidas para la biodiversidad.

Otro asunto que los convencionales constituyentes han cuestionado es la propietarización constitucional del derecho de aprovechamiento. La propiedad sobre el derecho de aprovechamiento se ha articulado como un medio para proteger al derecho mediante el establecimiento de una reserva legal para imponerle limitaciones u obligaciones basadas en la función social de la propiedad y para proteger la esencia del derecho frente a los cambios regulatorios del legislador. Esta protección ha sido esencial, asimismo, para dotar a los titulares de derechos de aprovechamiento del Recurso de Protección Constitucional. Los argumentos que se han sostenido para desafiar esta protección dicen relación con que el constituyente de 1980 solo pretendió darle estabilidad al derecho de aprovechamiento para que este pudiera ser libremente transado en el mercado de los derechos de aguas. Creemos que dicho argumento es válido, pero solo parcialmente. La protección constitucional como señalábamos precedentemente se desdobra en una protección al titular del derecho de aprovechamiento frente a los actos arbitrarios o ilegales de terceros –incluso del Estado– cuando lo amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio del derecho y frente a los actos legislativos que pretendan desnaturalizar al derecho –socavando sus atribuciones, sus facultades o imponiéndoles gravámenes que impidan su ejercicio–.

La propietarización constitucional del derecho de aprovechamiento no ha obstado, sin embargo, para que el legislador haya podido introducirle reformas que lo limiten o lo restrinjan. Un claro ejemplo de ello queda demostrado con la aprobación de la Ley Nº 21.435, bajo la cual, como ya lo hemos explicado, el derecho de aprovechamiento queda sujeto a cargas o deberes cuyo incumplimiento se sanciona con la extinción o la caducidad del título. En otras palabras, la justificación de la publicación de las aguas, que es esencialmente variable, no se ha visto obstaculizada por el sometimiento del derecho de aprovechamiento al estatuto de la propiedad resguardada constitucionalmente.

II. SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LAS AGUAS COMO BIENES COMUNES NATURALES

Creemos que dicha declaración se expresa de forma controversial por cuanto la connotación de bienes nacionales de uso público se ha articulado tradicionalmente como una suerte de antigarantía del acceso a la propiedad privada contemplada en el artículo 19, numeral 23, de la Constitución Política y no desde la órbita del derecho de propiedad contemplada en el artículo 19, numeral 24, de la Constitución.

Para Celume, “[l]a característica esencial que comparten las cosas comprendidas en las tres ‘antigarantías’ de que da cuenta el numeral 23 del artículo 19 de la Constitución Política (recursos comunes, bienes nacionales de uso público y reservas constitucionales)

es la insusceptibilidad de ser apropiadas” (Celume, 2013, pp. 92-93). Como indica Cordero, “[l]a doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que los *bienes nacionales de uso público* se caracterizan por su inalienabilidad e imprescriptibilidad, lo que los deja fuera del régimen de apropiabilidad [...]” (Cordero, 2019, p. 118). Sin embargo, la justificación de la inapropiabilidad (y, en consecuencia, de su incomerciabilidad, como posibilidad de constituir relaciones jurídico-privadas a su respecto) es diversa para cada una de estas excepciones. Esta justificación será “natural” en tanto se refiera a los *res communis omnium*, porque su consagración no pasa de ser más que un reconocimiento del legislador a una situación de hecho, como ocurre con el aire o el altamar, en cambio, tratándose de los bienes que “deben pertenecer a la nación toda”, su delimitación es un concepto meramente jurídico, proveniente de una decisión de política legislativa, justificada por los fines económicos, políticos, sociales o culturales que se desean satisfacer¹.

La excepción a la libre adquisición del dominio se justifica en cuanto estos bienes se afectan para satisfacer intereses colectivos, relativos al uso del público, que solo pueden conseguirse por medio de su sujeción al régimen jurídico público. Las soluciones a las que podría llegar el sometimiento de estos bienes al derecho común no coinciden con los requerimientos de utilidad pública que dichos bienes están llamados a satisfacer. La jurisprudencia constitucional ha reconducido el interés nacional, justificante de la publicación, a la noción de “utilidad pública” consagrada en el artículo 19, número 24, inciso segundo de la CPR. Dicha magistratura ha considerado que los bienes nacionales de uso público,

[...] dada su propia naturaleza de quedar reservados para el uso de todos, debe darse por establecido que existen en razón de la utilidad pública; esto es, de todos los habitantes y del interés general de la Nación. // El hecho de reservarse un bien al dominio de la Nación toda debe entenderse fundado en razones de utilidad de aquellos que podrán usar del bien: el público. La razón de ser de la reserva es entonces la utilidad pública².

Especificando este interés general, Montt preceptúa que:

[r]especto a los bienes nacionales de uso público, la cuestión se presenta relativamente simple. Se trata de una categoría jurídica asentada hace más de dos mil años, cuyo

¹ No ocurre lo mismo respecto de los bienes que se sujetan a una situación excepcional conforme a “lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”, o lo que podríamos denominar la “reserva constitucional”, ya que es el mismo constituyente quien las estatuye y regula y, por tanto, no necesita justificarse ante sí mismo. Tal es el caso de la propiedad minera, regulada constitucionalmente en el artículo 19 N° 24, incisos sexto al décimo.

² Considerandos vigésimo segundo y vigésimo tercero de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de abril de 2009, en causa Rol No. 1.215, por Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de “Inversiones Pingueral Ltda.”, “Inmobiliaria Pingueral S.A.” e “Inmobiliaria e Inversiones Costa Pingueral Ltda.”, y don Gustavo Yáñez Mery respecto del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en el juicio sumario sobre reclamo deducido contra resolución administrativa, Rol No. C/4193/2008, caratulado “Inversiones Pingueral Ltda. y otros con Fuentes Fuentealba, María Angélica”, del Tercer Juzgado de Letras de Concepción.

contenido objetivo nadie duda ni discute hoy en día. Además, en relación a ellos, existe una exigencia externa que debe cumplirse, cual es que los bienes nacionales en cuestión deben estar efectivamente destinados al uso directo del público (Montt, 2002, p. 217).

La insuficiencia del concepto de bien nacional de uso público para efectos de poder articular la imposibilidad de ser apropiadas no es, en consecuencia, una afirmación apropiada. En otras palabras, sustituir el concepto de bienes nacionales de uso público por el de bien natural común para efectos de declarar las que son insusceptibles de apropiación privada del recurso hídrico no es recomendable por cuanto la característica esencial de un bien nacional de uso público es la insusceptibilidad de apropiación, *ergo*, su in comerciabilidad, además de tratarse de un concepto con una larga tradición jurídica que ha sido reconocida como tal en diversos cuerpos normativos, en especial, en el Código Civil.

Por otra parte, la lógica de los “bienes comunes” se articula sobre la base de una pugna constante entre lo público y lo privado en contra de lo común. Implica erradicar la lógica dominical acerca de aquellos bienes que se consideran comunes y permitir un libre acceso a ellos. Esta concepción encuentra raigambre en aquellas cosas comunes a todos los hombres (artículo 19, numeral 23, primera parte, de la Constitución Política) y proviene de la antigua concepción que el derecho romano dio a los *res communes omnium*. En este sentido, Míguez puntualiza:

[e]n el Derecho romano por *res communes omnium* se entendían aquellas cosas no pertenecientes a particulares ni a una colectividad política, sino que dejadas al goce de todos los hombres [...]. Tales cosas, se dijo, eran por Derecho natural destinadas al uso común de los hombres y su extrapatrimonialidad derivaba del hecho de ser comunes a todos (Míguez, 2014, p. 13).

Mientras de las demás cosas existía propiedad, pública o privadas, en estas cosas se erigía la inapropiabilidad. Como señalan Celume y Goldenberg,

[D]urante la Edad Media, el concepto de los bienes comunes es asociado a la divinidad. De este modo existió una concepción negativa de la apropiación privada –de Derecho humano– que se oponía a la propiedad común, que era de Derecho natural, bajo la idea de que los bienes eran concedidos por Dios a todos los hombres. Por ello, desde Graciano, la preocupación fue la conciliación de la propiedad privada con el estado ideal –de Derecho natural– de los bienes comunes. Luego, esta idea de acceso abierto fue recogida en las Siete Partidas, bajo la expresión de “cosas comunales pertenecientes a todas las criaturas”, donde su característica especial estribaba en que ellas podían ser aprovechadas por todos los hombres para su uso natural o para aquel que les fuese provechoso (Celume y Goldenberg, 2021, p. 137).

Sin embargo, debemos tener claro que las cosas comunales se refieren a aquellas en las que no existía un verdadero riesgo de sobreexplotación y, por esta razón, la necesidad de crear titularidades privativas para su aprovechamiento. Nos referimos al aire, las aguas de la lluvia, el mar y su ribera, los ríos, puertos y caminos (estos últimos como vías de comunicación).

Esta concepción muta y, como puntualiza Míguez,

[l]a visión de un mundo orgánico, basado en el colectivismo agrario y centrado en la noción del estatus cambiará radicalmente durante la transición del feudalismo al capitalismo. La sociedad eminentemente agraria, que confería a la tierra un valor de uso, se sumergirá en una nueva era donde el suelo será apreciado como bien económico primordial que urgirá mejorar y explotar. De esta forma, de una concepción notablemente política, que entendía la señoría sobre la tierra como una relación de reciprocidad –de derechos y deberes mutuos– respecto al grupo de pertenencia, se transitará a una noción que confiere al suelo un mero valor de cambio, entendiendo la titularidad dominical en términos de derechos y relaciones unilaterales (Míguez, 2014, pp. 17-18).

Estos bienes pasan de ser comunales a ser bienes privados o públicos y, en uno u otro caso, lo que prima son las relaciones de propiedad que se generan respecto de ellos. Dejan de ser recursos a los que se tiene acceso abierto para pasar a pertenecer a un sujeto, privado o público.

Como reflexiona Vergara,

[el] poder real, a partir de finales del siglo XV, comienza a asentarse más firmemente, para lo cual los instrumentos jurídicos son muy importantes, sobre todo aquellos tomados del *derecho común*, en cuanto a la figura del Príncipe, y a la consideración patrimonial de la *Corona* (Vergara, 1998, p. 83).

De este modo, en el derecho continental medieval podemos apreciar que las aguas pasan a ser una regalía de la Corona. Posteriormente, la cesión del dominio de la Corona a la nación respondía al afán revolucionario y a las ideas liberales que conferían soberanía al pueblo, y así se plasmó en la ley francesa de 22 de noviembre-1 de diciembre de 1790.

Luego, el elemento subjetivo surgió como el primer signo distintivo de los bienes públicos en la época moderna, en el sentido de que se entendía por tales todos aquellos que estaban atribuidos a un sujeto público. Pero esta atribución, que en doctrina era entregada a la nación, como colectividad soberana que vino a reemplazar a la Corona del *Ancien Regime*, posteriormente se traducirá en ciertos textos legales en la incardinación en una entidad pública, principalmente el Estado (o las Administraciones Públicas). Aunque no siempre fue de este modo, si atendemos el tenor de la ley francesa ya citada, que asignó a la nación los bienes que antes correspondían a la Corona. De ahí la denominación inicial de “bienes nacionales”, tendencia que bien respondía a la noción romana que concedía la titularidad de los bienes públicos al pueblo, al *Populum Romanus*, calificándolos especialmente por su nota del destino a un uso público, a efectos de distinguirlos de las *res fiscali* y de las *res omnia communis* (Celume, 2013, pp. 147-149).

De ahí la calificación de las aguas como bienes nacionales de uso público en el derecho chileno, que han sido asignadas a la nación toda. Para comprender el tratamiento que el legislador chileno otorga a las aguas, debemos partir de la idea de que, al menos en Chile, el punto neurálgico del tratamiento normativo de estas arranca de su consideración como bienes públicos, también denominados “bienes nacionales de uso público” por parte del ordenamiento jurídico chileno.

Esta relación entre la nación y el recurso no es de tipo patrimonial, ya que “nación” no comporta las características de una persona jurídica y, como bien aclara Cordero,

[l]a interpretación sistemática de diversas normas contenidas en el CCCh (a la que se agrega con posterioridad un precepto constitucional especial), nos llevan a sostener que este vínculo no es reconducible al derecho de propiedad, pues su régimen jurídico se caracteriza por la inalienabilidad e imprescriptibilidad, lo que los deja fuera del régimen de apropiabilidad y es totalmente incompatible con el concepto de propiedad o dominio que el propio CCCh se encarga de definir (Cordero, 2019, p. 104).

En otras palabras, las notas que caracterizan los bienes nacionales de uso público parten del supuesto de la insusceptibilidad de apropiación (sea esta pública o privada) y su acceso universal, calificado por la utilidad pública despreciando todo tipo de titularidad.

La diferencia entre un bien nacional de uso público y un recurso común estriba en que respecto de este último no hay asignada una “pertenencia”, mientras que los bienes nacionales de uso público pertenecen a la nación. Pero la pertenencia no alude a un vínculo dominical, porque la nación es un concepto meramente político. A nivel doctrinario y bajo una concepción filosófica de los bienes comunes, Mattei reflexiona que

[r]estituir, pues, dignidad política y cultural a los bienes comunes, supone fundar el discurso político y jurídico en otra realidad: la de un mundo y una naturaleza que no pueden “pertenecer” solo a alguien, sino que deben ser compartidos y accesibles a todos (Mattei, 2011, p. 63).

Bajo esta concepción, habría que erradicar la pertenencia de las aguas a la nación. Ello nos parece discutible, ya que, como hemos argumentado antes, este vínculo no es de propiedad y lo que determina el régimen público de las aguas es su acceso universal.

Situando el concepto de los bienes comunes como una categoría que va más allá de la relación persona-bienes, Maddalena sostiene que “[...] la atención prestada a los bienes comunes no se resuelve enteramente en la construcción de una nueva categoría de bienes [...]” (Maddalena, 2014, p. 15). Lo que conviene es justamente lo contrario, es decir, aceptar que los bienes nacionales de uso público se comportan como bienes comunes en cuanto “son comunes aquellos bienes –cosas que pueden ser objeto de derechos– *accesibles a todos*” (Mattei, 2011, p. 92). Podemos apreciar que el criterio que guía a los recursos comunes es el acceso universal, acceso que, respecto de los aprovechamientos no extractivos y los usos mínimos del agua, ya se encuentra reconocido (artículo 20, inciso segundo, del Código de Aguas). En este sentido y siguiendo esta premisa, lo que se plantea en este caso es no cambiar la naturaleza jurídica de las aguas, porque su actual connotación pública (como bienes nacionales de uso público) resuelve adecuadamente su inapropiabilidad y se cumple su finalidad de quedar dispuestos para el uso público de los administrados, sin perjuicio de que su pertenencia esté asignada a la nación toda.

Respecto del acceso universal, conviene hacer una distinción. Las aguas constituyen un recurso escaso y confluyen en ella tanto aprovechamientos extractivos como no

extractivos. Los aprovechamientos no extractivos que se realizan en una fuente natural no provocan congestión (bañarse, contemplar el agua, pescar). Sin embargo, cualquier aprovechamiento extractivo (consumo de agua potable, uso del agua para la agricultura, para la minería, etc.) produce congestión y si este no es regulado mediante un medio de acceso restringido, conducirá a la sobreexplotación de la fuente de abastecimiento. Por ello, Hardin se pregunta “¿Qué debemos hacer? Tenemos varias opciones. Podemos venderlos como propiedad privada. Podemos mantenerlos como propiedad pública, pero asignando adecuadamente quién ha de entrar [...] o consentir la destrucción de nuestros recursos comunes [...]” (Hardin, 2005, p.). Si bien esta teoría solo parte de la base de un comportamiento individual y en el que no hay comunicación entre los agentes lo cierto es que, como indica Castilla,

[e]fectivamente, existe una casuística extensa en el mundo en la que esto ha ocurrido y continúa ocurriendo, y por ello la tragedia de los recursos de uso común no es un mito, sino parte de una realidad. Sin embargo, no es menos cierto que en el mundo real del uso y cuidado de los recursos de uso común existen también aproximaciones de colaboración, comunitarias y de acciones colectivas entre los usuarios (Castilla, 2015, p. 67).

Ello nos conduce a una tercera vía, la de la gestión de los recursos comunes por parte de sus usuarios, teoría desarrollada por Elinor Ostrom que indica que “[a] pesar de que este no es un sistema de propiedad privada, los derechos para utilizar[los] y las obligaciones para respetarlos están bien definidos” (2000, p. 71). Para Ostrom los recursos comunes deben ser gestionados por sus propios usuarios y, para ello, son estos los que establecen tanto las reglas de acceso como las de aprovechamiento del recurso. Pero deben existir reglas, las que crean derechos definidos en favor de las personas y que permiten excluir a aquel que no tiene un derecho de acceso. En otras palabras, un recurso común requiere para ser explotado eficientemente reglas que determinen derechos privativos, sea que estas reglas provengan del Estado o de los particulares. De lo contrario, el recurso común queda expuesto a su tragedia.

En suma, creemos que la inapropiabilidad y la incomerciabilidad de las aguas queda suficientemente bien amparada bajo la lógica de los bienes nacionales de uso público. En este mismo sentido, sostenemos que, al ser los bienes nacionales de uso público pertenencia de todos los habitantes de la nación, las aguas no quedan sometidas a un estatuto de propiedad. La teoría de los bienes comunes implica erradicar la lógica de la propiedad de las cosas comunes, cuestión que a nuestro juicio ya opera respecto de los bienes nacionales de uso público. Además, sostener que se trata de un bien natural común implica adoptar una categoría que no se condice con la tradición histórica y evolución de los bienes públicos en Chile. Por último, los recursos comunes están expuestos a su tragedia. Independientemente de la forma en que se pretendan gestionar, lo cierto es que para el caso en que se requieran realizar aprovechamientos extractivos de las aguas, debe configurarse un medio de exclusión, de lo contrario, dicho recurso está llamado a su ruina.

III. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA COMO TÍTULO JUSTIFICANTE PARA ACCEDER A LA EXPLORACIÓN O EXPLOTACIÓN DE LAS AGUAS

Actualmente y desde la entrada en vigencia del Código Civil en 1857, las aguas no son susceptibles de apropiación privada. El ordenamiento jurídico las ha conceptualizado como bienes nacionales de uso público y las notas de la insusceptibilidad de apropiación y su intransferibilidad han integrado este concepto³. Sin perjuicio de ello, se pueden crear derechos de aprovechamiento mediante el ejercicio de la técnica concesional. Como expresa Vergara,

[...] si bien es claro que los bienes de dominio público, por efecto de la inalienabilidad, están fuera del tráfico jurídico, pero –nótese– fuera del tráfico jurídico privado, existe, al lado de este, un comercio jurídico público, ante el que opera el derecho real administrativo, el cual en ningún caso choca en contra de la afectación del dominio público (ni contra su inalienabilidad, por tanto); mas, por el contrario, son perfectamente compatibles, a través de un preciso título administrativo: la concesión (Vergara, 1992, p. 327).

Lo que pretende la norma propuesta es evitar la creación de derechos de aprovechamiento de aguas emanados de un acto concesional y solo permitir un acceso “limitado” al recurso por medio de autorizaciones administrativas. Sin embargo, como esclarece Arancibia,

[...] tanto la autorización como la concesión son actos administrativos de objeto declarativo que producen un efecto constitutivo *ope legis* [...]. En otras palabras, la declaración de un sujeto como “autorizado” o “concesionario” es apta para crear o constituir derechos u obligaciones legales específicos eventualmente precisados por actos administrativos. Por tanto, autorización y concesión son tan declarativas como constitutivas (Arancibia, 2020, pp. 27-28).

Con ello se quiere significar que ambas técnicas administrativas constituyen títulos a los administrados, los que quedan protegidos por el estatuto constitucional del derecho de propiedad, al tratarse de derechos incorporales. En este sentido, Fuentes indica que “al hablar de propiedad sobre bienes incorporales se alude a la protección de la titularidad de derechos de carácter patrimonial” (Fuentes, 2012, p. 548).

Ahora bien, para Arancibia, autorización y concesión se diferencian en que

³ Ahora bien, estos bienes como dijimos con anterioridad están dispuestos para el uso público, es decir, se han conceptualizado con el objeto de crear un acceso de los administrados a ellos. Este acceso puede ser abierto (toda vez que se refiera a usos no extractivos) o un aprovechamiento concesional, mediante la creación de titularidades privativas para acceder al recurso (toda vez que se trate de usos extractivos). La lógica que hay detrás de los bienes públicos es que estos puedan ser aprovechados por los particulares.

[...] la declaración autorizatoria produce la constitución de un derecho o interés legal reclamable al Estado de ejercer un derecho preexistente, sin perjuicio de los deberes legales anejos. La declaración concesional, en cambio, es apta para la constitución de un derecho legal sobre bienes nacionales o estatales, o de un gravamen legal respecto de actividades de titularidad estatal, sin perjuicio de la constitución de deberes o derechos legales recíprocos (Arancibia, 2020, p. 29).

Atendiendo a esta diferencia, podemos señalar que el título habilitante para aprovechar las aguas es aquel que deriva de una concesión, ya que no existe un derecho preexistente para “aprovechar el recurso hídrico”. El procedimiento concesional produce como efecto la creación *ex novo* de un derecho de aprovechamiento.

En consecuencia, existe en la propuesta constitucional un error dogmático que confunde concesión con autorización o licencia. En palabras de Fuentes “[...] la concesión es un acto creador de derechos inexistentes y la autorización un acto permisivo del ejercicio de un derecho preexistente. La primera es un acto constitutivo, la segunda un acto removedor de límites jurídicos” (Fuentes, 2012, p. 556).

Más allá de la confusión conceptual de la propuesta constitucional, conviene señalar que un derecho concesional puede estar restringido, limitado o condicionado. La lógica concesional bajo la cual se crea un derecho podrá disponer que un derecho nacido de un procedimiento concesional sea limitado en el tiempo, es decir, que tenga una duración predeterminada y que sea susceptible de caducar o de extinguirse si se verifican determinadas circunstancias de hecho que lo permitan. Con ello no se quiere señalar que no quedará protegido bajo la órbita del derecho de propiedad, ya que todas las cosas incorporales de carácter patrimonial lo están, sino que su configuración es variable y siempre dependerá de la finalidad de la publicación.

No se aprecia, jurídicamente, ningún motivo para alterar la calificación jurídica del instrumento para acceder al aprovechamiento de las aguas denominado concesión.

IV. ACERCA DE LA DESPROPIETARIZACIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

A este respecto, sostenemos que la actual propietarización del derecho de aprovechamiento de aguas implica el sometimiento de la titularidad del derecho al estatuto de la propiedad constitucionalmente garantizada. Esta reconducción supone, en primer término, la aplicación al derecho particular para aprovechar las aguas de todo el régimen jurídico que a la propiedad corresponde⁴.

⁴ Este fenómeno singular ya tenía origen en el artículo 583 CC, aunque para una finalidad completamente diferente. Aquel dispone que “Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”, de lo que resulta que la técnica de la propietarización había sido usualmente empleada por parte del derecho común chileno a efectos de reconducir, al menos, los derechos reales al estatuto jurídico del dominio (para su adquisición, conservación y pérdida).

La aplicación del régimen constitucional de la propiedad privada, como garantía protectora del derecho de aprovechamiento de las aguas, pretende revestir este último de la máxima protección frente a los actos de los particulares y de la Administración, y queda el derecho así cubierto con las herramientas jurídicas más sólidas para hacer frente a cualquier decisión administrativa que tenga por objeto conculcarlo o abolirlo. En consecuencia, mediante la técnica de la propietarización, la Constitución Política pretende disponer de una reserva legal en lo relativo a la adquisición, facultades, limitaciones y obligaciones del dominio en virtud de la función social de la propiedad (artículo 19, número 24); la regulación de las causales, procedimiento e indemnización para el caso de expropiación (artículo 19, número 24); prevenir los abusos de la Administración y de los particulares, confiriendo la posibilidad de ejercer la acción de protección (artículo 20), y la protección del derecho en su esencia (artículo 19, número 26) (Celume, 2021).

Creemos que el uso privativo de los bienes nacionales de uso público naturalmente se verifica por medio de la concesión. Como sostiene Pardo,

[s]u naturaleza es la de un derecho, que se otorga mediante una concesión, excluyente de cualquier uso o intervención de un tercero incompatible con él. Al tratarse de un derecho exclusivo y excluyente, oponible por tanto con carácter general (*erga omnes*), que recae sobre un bien (*res*), tiene unánimemente reconocida la naturaleza de derecho real (Pardo, 2011, p. 529).

Por ser un derecho real con contenido patrimonial, este ingresa al patrimonio de su titular y por ser cosa incorporal queda naturalmente protegido por la garantía constitucional de la propiedad. Por ello, para algunos autores, la constatación específica de la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento (artículo 19, numeral 24, inciso final) no era necesaria. En este sentido Guzmán enfatiza que

[...] al igual que en el caso de los derechos mineros, el precepto es totalmente superfluo. La propiedad de los derechos de aguas, en efecto, asimismo ya queda garantizada por el inc. 1, [del artículo 19, numeral 24, de la Constitución Política] pues de nuevo estamos en presencia de bienes incorporales (Guzmán, 2006, p. 258).

Sin embargo, las propuestas constitucionales eliminan la posibilidad de otorgarle amparo constitucional de la propiedad a los derechos de aprovechamiento, aun entendiendo que se trata de cosas incorporales. La única protección posible que tendrán estas titularidades es aquella que determine la ley. Podemos señalar que los límites constitucionales actuales que tiene el legislador para regular las garantías (artículo 19, numeral 26, Constitución Política) se eliminan bajo estos supuestos. Así, el núcleo esencial del derecho de aprovechamiento no quedará amparado frente al arbitrio del legislador.

Bajo la actual protección constitucional, el legislador, fundado en la función social de la propiedad, ha podido establecer limitaciones y restricciones al derecho de aprovechamiento. A este respecto, conviene señalar que la Ley N° 21.435 establece no solo una duración temporal del derecho de aprovechamiento, sino que también causales de

caducidad y de extinción para él. Es oportuno mencionar que, en virtud del artículo 1° transitorio del proyecto de reforma del Código de Aguas, tanto los derechos antiguos como los nuevos serán susceptibles de extinguirse por su no uso o de caducar por su falta de inscripción conservatoria, aunque los derechos de aprovechamiento antiguos mantendrán su carácter de indefinidos (no estarán sujetos a duración temporal). En otras palabras, la propietarización del derecho de aprovechamiento de aguas no ha impedido que el legislador introduzca profundas limitaciones en su configuración y restricciones a su ejercicio, relevando la función ecológica y social de las aguas⁵. En consecuencia, no existen argumentos suficientes para justificar la pérdida de la atribución dominical del derecho para los fines considerados por la propuesta.

V. CARACTERÍSTICAS ACTUALES DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Efectivamente, el derecho de aprovechamiento de aguas se ha revestido de caracteres que lo asemejan al derecho de propiedad. Se trata de una titularidad definida de manera abstracta (no afectada por su destino), establecida de forma autónoma (independiente de la propiedad raíz), exclusiva y permanente, ejercitable, perpetua, no sujeta a condiciones y de contenido eminentemente patrimonial (Celume, 2013, pp. 258-278).

Lo anterior se debe a que el objetivo de la publicación de las aguas de los años ochenta pretendió que estos derechos se subsumieran en la lógica de un mercado de aguas. La finalidad de ese mercado era conseguir que los usos de las aguas se reasignaran al de mayor valor. Como veremos, esta finalidad ha ido mutando y, hoy por hoy, con la aprobación de la reforma del Código de Aguas propiciada por la Ley N° 21.435, podemos sostener que los objetivos perseguidos con las propuestas constitucionales se encuentran en los términos que se explicarán a continuación.

(i) *Caudal mínimo para mantener los ecosistemas*

A partir del 2005, en virtud de la reforma introducida por la Ley N° 20.017, se incorporaron en el ordenamiento jurídico chileno diversas normas que fueron restringiendo el derecho de aprovechamiento. Una de ellas, tal vez la más importante, fue la introducción del “caudal ecológico”, el que limita los derechos de aprovechamiento superficiales que

⁵ Para Pardo (2011, p. 502), “[e]stos bienes que integran el dominio público natural se han visto extraordinariamente revalorizados –y, en consecuencia, su protección reforzada– por las muy relevantes funciones que cumplen en la actualidad. Esas funciones son esencialmente dos: La primera es la función estrictamente ecológica que muchos de esos bienes cumplen al tratarse de genuinos recursos naturales con un protagonismo fundamental en el desarrollo de los procesos ecológicos esenciales. La segunda función que cumplen se podría caracterizar como función socioambiental, puesto que muchos de estos bienes del dominio público natural están abiertos a un uso público, accesible a cualquier persona, para el contacto con la naturaleza y su disfrute, también como medio de esparcimiento, que tiene una importancia muy destacada en la sociedad postindustrial en la que vivimos”.

se otorgaron a partir de dicha fecha con fines de protección ambiental⁶. Esta limitación se puede definir como una “técnica mediante la que se persigue el mantenimiento de una corriente circulante mínima en los ríos” (Caro-Patón, 2007, p. 307). En otras palabras, se trata de una técnica de intervención utilizada por la Administración para la determinación de un máximo de caudal para ser puesto a disposición de los particulares para el aprovechamiento (extractivo) de las aguas y dejar el remanente en el propio caudal con el fin de velar por la preservación medioambiental (Celume, 2013, p. 314). El derecho de aprovechamiento, en virtud del caudal ecológico, deja de ser una titularidad exenta de obligaciones medioambientales.

Hoy por hoy, en virtud de la reforma introducida en el Código de Aguas por la Ley Nº 21.435, este caudal ecológico se extiende no solo a los derechos que se vayan a otorgar sino también a los derechos otorgados. En este sentido, se incorpora una norma al artículo 129 bis 1 del Código de Aguas que dispone que extiende el caudal ecológico mínimo a

[a]quellos derechos existentes en las áreas declaradas bajo protección oficial de la biodiversidad, como los parques nacionales, reservas nacionales, reservas de región virgen, monumentos naturales, santuarios de la naturaleza, los humedales de importancia internacional y los sitios prioritarios de primera prioridad.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, la Dirección General de Aguas siempre podrá establecer, en el nuevo punto de extracción, un caudal ecológico mínimo en la resolución que autorice el traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas superficiales. Podrá, a su vez, en su calidad de organismo sectorial con competencia ambiental y en el marco de la evaluación ambiental de un proyecto, proponer un caudal ecológico mínimo o uno superior al mínimo establecido en el momento de la constitución del o los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales en aquellos casos en que estos se aprovechen en las obras a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 294. Con todo, la resolución de calificación ambiental no podrá establecer un caudal ambiental inferior al caudal ecológico mínimo definido por la Dirección General de Aguas.

(ii) *Uso específico de las aguas*

Respecto de la necesidad de que los derechos de aprovechamiento sean otorgados conforme a un uso específico, podemos indicar que la Ley Nº 21.435 se hace cargo de esa inquietud al crear las concesiones destinadas al consumo humano y al saneamiento. Estos derechos quedan condicionados al disponerse en el nuevo artículo 5º bis que

⁶ Así, el artículo 129 bis 1, inciso primero, del Código de Aguas dispone que “Al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, el cual solo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial”.

[C]uando se concedan derechos de agua para el consumo humano y el saneamiento, solo podrá utilizarse dicha agua para fines distintos en la medida que se destinen a un uso no consuntivo y prevalezca la preferencia del consumo humano y el saneamiento.

Como se puede apreciar, la nueva legislación de aguas distingue las concesiones productivas de aquellas destinadas para el consumo humano. Una consideración similar se efectúa respecto de los derechos no extractivos de las aguas. En este sentido el nuevo texto señala en el artículo 129 bis 1 A que

[A] solicitarse un derecho de aprovechamiento de aguas o mientras se tramita dicha solicitud, el titular podrá declarar que las aguas serán aprovechadas en su propia fuente sin requerirse su extracción, ya sea para fines de conservación ambiental, o para el desarrollo de un proyecto de turismo sustentable, recreacional o deportivo.

Estos derechos, al igual que aquellos destinados al consumo humano, no pueden cambiar su uso, so pena de pagar la patente por no uso de las aguas, es decir, están destinados a un uso específico.

(iii) *Derechos temporales*

En cuanto a la temporalidad del derecho de aprovechamiento, la reforma al Código de Aguas de 2022 es explícita en disponer en el artículo 6º, que

[E]l 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.

El derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión será de treinta años, el cual se concederá de conformidad con los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento y/o de sustentabilidad del acuífero, según corresponda. En caso que la autoridad considere que el derecho de aprovechamiento deba otorgarse por un plazo menor, deberá justificar dicha decisión por resolución fundada.

Si bien su prórroga será automática (y podrá realizarse anticipadamente), el derecho de aprovechamiento quedará siempre sujeto a una revisión por parte de la Administración, la que podrá siempre reevaluar la disponibilidad de la fuente o la sustentabilidad del acuífero cada 30 años. Conviene destacar que, en la legislación comparada, como es el caso de España, las concesiones tienen una duración de hasta 75 años⁷. En el caso

⁷ El Artículo 134 letra a) del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas española dispone que “El plazo de la concesión para la construcción y explotación o solamente la explotación de las obras hidráulicas será el previsto en cada

chileno la duración temporal del derecho de aprovechamiento es más reducida, lo que permitirá hacer la revisión de la concesión con bastante frecuencia.

(iv) Derechos susceptibles de extinguirse

Las características del derecho de aprovechamiento también han variado sustancialmente con la Ley N° 21.435. En este sentido, tanto los derechos de aprovechamiento ya otorgados como los nuevos derechos serán susceptibles de extinguirse en caso de que no se haga un uso efectivo de las aguas. La reforma dispone en el artículo 6° bis que

[L]os derechos de aprovechamiento se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del recurso en los términos dispuestos en el artículo 129 bis 9°. En el caso de los derechos de aprovechamiento consuntivos el plazo de extinción será de cinco años, y en el caso de aquellos de carácter no consuntivos será de diez años. Estos plazos de extinción comenzarán a correr desde la publicación de la resolución que los incluya por primera vez en el listado de derechos de aprovechamiento afectos al pago de patente por no uso, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 129 bis 7°. A este procedimiento de extinción se le aplicará lo dispuesto en el artículo 134 bis.

Por su parte, en el caso de los derechos ya constituidos, la reforma dispone en los artículos 129 bis 4 y 5 que

[E]l titular de un derecho de aprovechamiento constituido con anterioridad a la publicación de esta ley que no haya construido las obras descritas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, habiendo transcurrido diez años [si es un derecho no consuntivo y cinco años si es un derecho consuntivo] contados desde dicha fecha de publicación, quedará afecto a la extinción de su derecho de aprovechamiento en aquella parte no efectivamente utilizada, de conformidad con las disposiciones y las suspensiones señaladas en el artículo 6 bis y sujeto al procedimiento descrito en el artículo 134 bis.

De esta forma el uso efectivo de las aguas ha pasado a ser uno de los pilares en los que se sustenta la reforma del Código de Aguas. El uso efectivo constituye un bastión en contra de la tenencia ociosa de los derechos y su acaparamiento. Se trata, en definitiva, de que el concesionario de las aguas tenga construidas las obras suficientes y aptas para hacer uso de su derecho de aprovechamiento, de lo contrario, su derecho se verá expuesto a extinguirse.

pliego de cláusulas administrativas particulares para lo que se tendrá en cuenta la naturaleza de las obras y la inversión a realizar, sin que pueda exceder en ningún caso de 75 años”.

(v) *Priorización del uso para el consumo humano y el saneamiento*

La reforma al Código de Aguas contempla una verdadera priorización para el consumo humano al eximirlo del mecanismo de remate creado para los demás usos productivos. En este sentido, se incorpora un inciso final al artículo 142 el que dispone:

[E]l procedimiento de remate de que dan cuenta los incisos anteriores no podrá aplicarse en los casos en que las solicitudes presentadas se refieran a los usos de la función de subsistencia. La preferencia para la constitución de los derechos de aprovechamiento originados en dichas solicitudes se aplicará teniendo en consideración la relación existente entre el caudal solicitado y el uso equivalente, respecto de una misma persona, de conformidad con la normativa en vigor.

Por su parte, la reforma también contiene normas específicas de protección de los usos ecosistémicos de las aguas. A este respecto, conviene destacar la disposición que permite a la Administración reservar aguas con esta finalidad, la que dispone que “Para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 bis” (artículo 5° ter). Las reservas de agua también han sido modificadas por la reforma del Código de Aguas, al permitir al Estado reservar aguas disponibles sin que sea necesario que exista una solicitud pendiente que denegar. Se sustituye el inciso tercero, primera parte, del artículo 147 bis por el que dispone que

[A]simismo, cuando sea necesario reservar el recurso para satisfacer los usos de la función de subsistencia o para fines de preservación ecosistémica, de conformidad con el artículo 5 ter, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, previo informe de la Dirección General de Aguas, reservar el recurso hídrico.

La reforma al Código de Aguas crea una priorización efectiva para el consumo humano frente a las demás solicitudes de derechos de aprovechamiento. Además, brinda mayor protección a los usos de la función ecosistémica al permitir la creación de reservas estatales y extender el caudal ecológico a los derechos otorgados en los supuestos previstos. La propuesta constitucional, en cambio, no establece una adecuada priorización ni una prelación de usos. Además, intenta, sin fundamentos, precarizar el estatuto concesional reconociendo la existencia de autorizaciones para aprovechar el agua (punto explicado en el apartado 1.3.1 anterior). La reforma del Código de Aguas contiene los cambios propuestos por los convencionales constituyentes. Es más, esta reforma crea una verdadera priorización del uso de las aguas y una real protección de los usos ecosistémicos que estas proveen. Además, configura un derecho de aprovechamiento sujeto a restricciones y limitaciones muy intensas. No se ven motivos plausibles para debilitar la configuración del derecho de aprovechamiento si este, en virtud de la reforma al Código de Aguas, va a sujetarse a estas modificaciones.

VI. CONCLUSIONES

Los bienes nacionales de uso público se caracterizan por su inapropiabilidad y su consecuente in comerciabilidad. Están dispuestos para el uso público de los administrados. Su regulación constitucional parte de la base de una “antigarantía” por cuanto están al margen de la lógica de la apropiación.

La connotación pública de las aguas satisface el requerimiento de la insusceptibilidad de apropiación. No se verifican motivos plausibles para modificar el actual régimen por el de recurso común natural. Los recursos comunes se fundan en la lógica de la exclusión de la relación persona-bienes y suponen la exclusión de la propiedad sobre los recursos. Esta condición, la insusceptibilidad de apropiación de las aguas, se satisface mediante su configuración como bien nacional de uso público.

La *publicatio* o publicación de los bienes nacionales de uso público se sustenta sobre la base del elemento teleológico o finalista. El estudio del dominio público en Chile prescinde del vínculo subjetivo o patrimonial. La nación no es dueña de las aguas, lo que ocurre es que el Estado interviene regulándolas para satisfacer el interés nacional que justifica su publicación. Esta justificación puede ir variando y por ello es por lo que mutan o se modifican los supuestos que justifican la *publicatio*. No se avizoran motivos para sustituir la consideración de las aguas como bienes nacionales de uso público por bienes de dominio público.

El título para aprovechar las aguas lo constituye un derecho de aprovechamiento nacido de un proceso concesional. La “concesión” es el instrumento jurídico que habilita a la Administración para crear *ex novo* un derecho, que no era preexistente, con la finalidad de que ingrese al patrimonio de su titular. La autorización, si bien es constitutiva y declarativa, supone la existencia de un derecho preexistente.

La propiedad sobre el derecho de aprovechamiento se ha articulado como un medio para protegerlo mediante el establecimiento de una reserva legal para imponerle limitaciones u obligaciones basadas en la función social de la propiedad. Dicha protección se ha estatuido, asimismo, para proteger el núcleo esencial de este derecho. Sin embargo, ello no ha obstado para que la configuración de tal derecho haya variado a medida que cambia la finalidad de la publicación.

REFERENCIAS

- ARANCIBIA, J. (2020). Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 5-36.
- CARO-PATÓN, I. (2007). Caudal ecológico. En *Diccionario de Derecho de Aguas* (pp. 307-322). Madrid: Iustel.
- CASTILLA, J. C. (2015). Tragedia de los recursos de uso común y ética ambiental responsable frente al calentamiento global. *Acta Bioethica* (21), 65-71.
- CELUME, T. (2013). *Régimen público de las aguas*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

- CELUME, T. (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* (37), 15-58.
- CELUME, T. Y GOLDENBERG, JUAN LUIS (2021). El libre acceso a las aguas del mar: una aproximación a su calificación jurídica y económica. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (34), 131-156.
- CORDERO, E. (2019). *Dominio público, bienes públicos y bienes nacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FUENTES, J. (2012). Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (38), 543-571.
- GUZMÁN, A. (1995). *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HARDIN, G. (2005). La tragedia de los comunes. *Polis Revista de la Universidad Bolivariana*, 4(10), 0
- MADDALENA, P. (2014). *Il territorio bene comune degli italiani*. Roma: Donzelli Editore.
- MATTEI, U. (2011). *Recursos Comunes*. Madrid: Editorial Trotta.
- MÍGUEZ, R. (2014). De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate. *Revista Chilena de Derecho* 41(1), 7-36.
- MONTT, S. (2002). *El dominio público*. Santiago, Chile: Legal Publishing.
- OSTROM, E. (2000). *El gobierno de los bienes comunes: La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- PARDO, J. (2011). *Lecciones de Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- VERGARA, A. (1992). *Principios y sistema del Derecho minero*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA, A. (1998). *Derecho de Aguas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

