

MINERÍA Y AGUA. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

MINING AND WATER. CURRENT LEGAL REGIME

*Carlos Claussen Calvo**

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es realizar un análisis sintético del régimen constitucional y legal actual del agua, incluyendo las modificaciones introducidas a este en el presente año 2022 por la Ley n.º 21435, desde la perspectiva de considerar dicho recurso como suministro esencial para la actividad minera.

PALABRAS CLAVES: Agua, minería sustentable, derecho de aprovechamiento de aguas, bienes del dominio público, extractivismo, medio ambiente.

ABSTRACT: The objective of this work is to carry out a synthetic analysis of the current constitutional and legal regime of water, including the modifications introduced to it in the current year 2022 by Law No. 21435, from the perspective of considering said resource as an essential supply. for mining activity.

KEYWORDS: Water, sustainable mining, right to use water, public domain assets, extractivism, environment.

I. INTRODUCCIÓN

La industria minera requiere ingentes cantidades de agua, siendo un recurso estratégico para la misma, ya que es esencial para el procesamiento de los minerales, ya sea en la molienda misma; en el proceso de flotación, como transporte de residuos y mineral; en el proceso de lixiviación, como transporte del ácido

* Abogado, Magíster en Derecho de Minería y Medio Ambiente. Correo electrónico: contacto@claussenyvelasco.cl

y de la solución enriquecida; en el abatimiento de polvo, en instalaciones sanitarias, en agua potable, entre otros.

Ese uso del agua por parte de la industria minera –que ha sido el pilar histórico de nuestra economía– ha estado en la palestra pública durante las últimas décadas, pero con especial énfasis en estos dos últimos años, iniciado ya el proceso de aprobación o rechazo de una nueva Constitución en nuestro país. Ello ha sido empujado principalmente por movimientos sociales y ecologistas que propugnan la nacionalización o estatización del recurso hídrico, asumiendo implícita y, a veces, explícitamente, que ello desarticularía el modelo actualmente vigente que lo regula, sin proponer claramente, empero, uno que lo reemplace. De hecho, el trabajo en la Comisión de Medio Ambiente y en el Pleno de la Convención Constituyente ha tratado, al unísono, el tema del estatuto minero con el estatuto de las aguas, en ese mismo sentido.

Pese a que la industria minera está lejos de ser el principal consumidor de aguas terrestres, pues solo representa el 3,5 % en la demanda nacional de este recurso hídrico¹, normalmente en los discursos que propician ese “cambio de paradigma” en la explotación de los recursos naturales suele señalarse a la actividad minera como una de las principales causantes de la crisis hídrica.

Ello se debe, sin duda, a una extraña distorsión local de la “paradoja de la abundancia”, pues siendo la industria minera en nuestro país –con mucho– la actividad económica más importante y la que más ha contribuido al bienestar de sus habitantes, la percepción subjetiva que una parte importante de la sociedad civil tiene acerca de sus beneficios no es positiva ni proporcional a esos logros. Y ello se debe, en parte, a una intensa campaña comunicacional que lo califica persistentemente de “actividad extrativista”, identificándola no solo con un modo de apropiación de los recursos naturales –aquella que “remueve grandes volúmenes de recursos naturales, los cuales no son procesados o lo son limitadamente, y pasan rápidamente a ser exportados”, como lo definió originalmente Ernesto Gudynas²– si no que, derechamente, asociándola a una supuesta actitud de “saqueo ambiental”, despreciativa del im-

¹ Según señala el presidente del Instituto de Ingenieros de Minas de Chile, Juan Rayo, “para producir 1 kg de cobre como cátodo requiere un consumo entre 50 y 70 litros de agua. En comparación, producir 1 kg de palta Hass requiere más de 200 litros”, Portal Minero, Columna de Opinión de 11 de mayo de 2020. Disponible en www.portalminero.com/wp/el-agua-de-proceso-en-la-mineria/

² Eduardo Gudynas –a quien se le atribuye la autoría del término ‘extrativismo’– lo define como: “un tipo de extracción de recursos naturales, en gran volumen o alta intensidad, y que están orientados esencialmente a ser exportados como materias primas sin procesar, o con un procesamiento mínimo”. GUDYNAS (2015), p. 13.

pacto negativo para el país o para las comunidades donde realizan sus operaciones, en particular por la utilización de recursos naturales, como el agua³.

Si bien el término ‘extrativismo’ surgió en la década del dos mil, vinculado a lo que algunos intelectuales de izquierda latinoamericanos denominaron “la paradoja latinoamericana” –que consistiría en haber adoptado los gobiernos “progresista” y “revolucionarios” el modelo económico de la explotación de recursos naturales a gran escala, como modelo base de desarrollo de sus economías, a pesar de las experiencias de nacionalización desarrolladas⁴– lo cierto es que dicho término se entronca directamente con el concepto marxista de “modos de producción”, del cual se deriva la idea de que el capitalismo es “depredador” del trabajo y a la tierra⁵. Tal concepto marxista ha sido, posteriormente, hábilmente reinterpretado y acomodado “ecológicamente”⁶, habiendo ayudado a ello, también, el “estructuralismo” propuesto por la Cepal desde la década de 1950, como medio alternativo a la criticada estructura de “producción primaria” de los países subdesarrollados. Todo ello fue transmitido y adaptado posteriormente por las corrientes ecologistas, dentro del ámbito de lo que se llamó “economía ecológica”, sin advertir, algunos y sin importarles, a los más, dicho origen ideológico-político.

A nuestro juicio, esa carga ideológica primigenia no permite un adecuado análisis científico del tema, puesto que descansa –como todo el marxismo, según lo demuestran los porfiados hechos– en una descripción correcta de situaciones históricas, pero con una errónea interpretación de sus causas y proposición de soluciones. Así, siendo innegable que la actividad minera

³ ESPINOZA, RAMÍREZ, FERRANDO y ÁLVAREZ (2015). Asimismo, ACOSTA (2012).

⁴ WAGNER (2020).

⁵ Según Karl Marx: “El progreso aportado por el siglo XVIII consiste en que ahora la propia ley se convierte en vehículo de esta depredación de los bienes del pueblo, aunque los grandes colonos sigan empleando también, de paso, sus pequeños métodos personales e independientes” (pág. 486); “el trabajo no es, pues, la fuente única y exclusiva de los valores de uso que produce, de la riqueza material. El trabajo es, como ha dicho William Petty, el padre de la riqueza, y la tierra la madre”; y que “en la industria extractiva, en las minas por ejemplo, la materia prima no forma parte integrante del capital desembolsado. Aquí, el objeto trabajado no es producto de un trabajo anterior, sino regalo de la naturaleza. Es lo que acontece con el cobre en bruto, los minerales, el carbón de bulla, la piedra, etc. [...] (/) “[..] Aquí, aparece también como fuente inmediata de nueva acumulación la acción directa del hombre sobre la naturaleza, sin que se interponga para nada un nuevo capital”. MARX (1980), pp. 388 y 486.

⁶ Rafael Domínguez Martín señala: “[...] se pueden distinguir dos tradiciones teóricas sobre el extractivismo, a las que consideramos posible integrar en razón de su común filiación marxista (Grigera y Álvarez, 2013): [...] (/) “[...] El esquema, en todo caso, arranca directamente de Marx y la consideración de que el capitalismo tiende hacia la mercantilización de todo [...] a disolver las fuentes originales de la riqueza, la tierra y el trabajo, en una métrica que hace caso omiso de la diversidad de la vida”. DOMÍNGUEZ (2021).

comprende la remoción y extracción de grandes volúmenes de tierra donde se encuentran depositados los minerales, con impactos ecológicos significativos, ello debe juzgarse dentro del contexto histórico y político que ha afectado a cada país. Desde luego, es innegable que todos los países basaron parte de su desarrollo, en algún momento de su historia, en la explotación de recursos naturales. Ello se explica globalmente por la concepción antropocentrista que dominó el mundo hasta hace pocas décadas, lo cual ha hecho considerar a algunos que estamos viviendo una nueva era geológica, a que denominan “antropoceno”⁷. Sin embargo, ello ha cambiado vertiginosamente, generando la ya clásica definición de “desarrollo sostenible”, en la cual lo social, económico y ambiental deben confluir armoniosamente. Quienes motejan a la industria minera de “extractivistas” quieren tener “el presente” de los países desarrollados, sin pasar por su “pasado”, como si eso fuera posible. Propugnan, sin excepción, el abandono del actual modelo económico, proponiendo reemplazarlo por un modelo de desarrollo “más complejo”, sin querer advertir que ninguna otra actividad contribuye tanto PIB nacional como la minería (10 % y más del 55 % de todas las exportaciones).

En lo que respecta específicamente a la crítica por la utilización del agua en la minería, esta soslaya intencionalmente que la escasez del recurso hídrico es, sin duda, un fenómeno mundial, agravado por el cambio climático, siendo nuestro país uno de aquellos más afectados. También eluden mencionar que, incluso antes de evidenciarse de manera tan evidente esa escasez hídrica global, la minería en nuestro país debió enfrentar y superar esa extrema escasez en aquellas zonas donde la naturaleza fue pródiga en minerales, como es el norte de nuestro país, donde su consumo puede representar una parte importante del total del recurso consumido. Ello hace pensar, intuitivamente, que en tales zonas debiera existir una fuerte colisión de intereses entre los usuarios del agua no mineros y la industria minera, lo que es señalado, incluso, por autoridades públicas⁸, lo que, sin embargo, no resulta del todo cierto. Y ello, porque, a diferencia del resto del país y con excepción de los asentamientos indígenas ancestrales, los asentamientos humanos y ciudades en esas regiones áridas han surgido y medrado en razón, principalmente, de la actividad minera, de manera que, antrópicamente, la disponibilidad de agua para consumo humano se ha satisfecho siempre en la medida que ha sido necesaria para mantener la población que la consume. Inicialmente esa necesidad fue satisfecha con aguas superficiales provenientes de la cordillera o

⁷ CRUTZEN & STOERMER (2000), pp. 17-18.

⁸ Según Cristian Cifuentes González: “La tensión radica en que muchas de las concesiones y operaciones mineras se ubican en zonas donde la escasez de agua es un factor limitante para el desarrollo regional”. CIFUENTES (2017).

aguas subterráneas, cuya recargada data de hace miles de años; pero en las últimas décadas una parte importante y creciente se ha satisfecho con aguas marinas desaladas. Por ello, no resulta del todo válido sostener que el uso de agua de la actividad minería rebaja la “escorrentía per cápita” en esas regiones, sino que, antes bien, el aumento de la actividad minera hace que aumente la población, a quien debe proporcionársele agua suficiente para su subsistencia, con los recursos obtenidos principalmente de la minería. De ello se sigue que el problema del consumo de agua para fines humanos en esas zonas de extrema aridez no es un tema de disponibilidad física del recurso, sino, más bien, de su valor.

Siendo ello así, la calificación de “extractivismo minero” a la industria minera, al menos en nuestro país, parece ser una caricatura del concepto de “desarrollo” que se ha logrado en las últimas décadas en la industria, la cual tiene como modelo a seguir el aprovechamiento racional y “sostenible” de los minerales y de los insumos que son necesarios para desarrollarla, siendo el agua uno de los principales.

Teniendo ese marco fáctico de fondo, el propósito de este trabajo es analizar sintéticamente el régimen constitucional actual del agua, destacando su calidad de ser suministro esencial para la actividad minera; y, asimismo, una descripción del actual régimen legal y reglamentario a dichas aguas, considerando las profundas modificaciones introducidas este año 2022 por la Ley n.º 21435. Así, el presente trabajo consta de dos partes diferenciadas. En la primera, se analiza el régimen constitucional actual de las aguas utilizadas por la industria minera, analizando la naturaleza jurídica de “bien del dominio público” y del derecho de aprovechamiento de los particulares sobre ella, bajo criterios de derecho público, como así también la relación de esos derechos con el derecho de dominio. En el segundo capítulo, se analiza el régimen legal del aprovechamiento privado de las aguas, con énfasis en la concesión como título constitutivo del respectivo derecho.

II. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LAS AGUAS UTILIZADAS POR LA INDUSTRIA MINERA

1. El dominio público sobre las aguas

A diferencia de lo que ocurre respecto de las minas, la actual Constitución no contiene una declaración expresa sobre el dominio estatal o nacional sobre las aguas. No existe una norma semejante al inciso 6.º del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política, que dispone el dominio “absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible” del Estado sobre todas las minas.

Ello se debe a que tal norma tuvo su origen en el proceso de nacionalización de la gran minería del cobre, autorizada por la Ley n.º 17450, la cual nunca tuvo como propósito el establecer un principio abstracto y fundamental respecto de la naturaleza jurídica de las minas ni su propiedad, sino uno concreto, preciso e instrumental, cual fue la de permitir fijar la indemnización que debía pagarse por dicha nacionalización sin considerar en la evaluación las reservas minerales contenidas en los yacimientos nacionalizados, que según ello siempre fueron del Estado, superando formalmente con ello los principios que sobre indemnización regían hasta ese momento. Fue, según declaró posteriormente Eduardo Novoa Monreal, uno de sus autores, un mecanismo para evitar el control jurisdiccional por parte de los tribunales ordinarios de justicia del proceso de nacionalización, elevando la norma a rango constitucional con el propósito de evitar con ello la invocación a “derechos adquiridos” emanados de los procesos de contratación de la Administración anterior con las empresas mineras de la gran minería, llamados de “chilenización” y de “nacionalización pactada”.

Tal discusión nunca se dio respecto de las aguas, pues estas no tienen, por sí mismas, la condición de ser generadora de riquezas como las minas, ni son –al menos, hasta ahora– tan escasas como estas.

La única norma constitucional que se refiere específicamente al estatus jurídico sobre las aguas es la del inciso 11.º del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución, la cual dispone:

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

Si bien se estima habitualmente que el propósito de dicha norma fue el de extender la “protección propietaria” a los “derechos reales administrativos de aprovechamiento”, en razón de no existir un régimen acabado de protección de estos, como sí lo hay respecto del dominio, lo cierto es que la mayor importancia de dicha norma es establecer, aunque lacónicamente, un “orden público económico hidráulico”, caracterizado por un “dominio público” sobre las aguas, por el acceso a ese recurso de los particulares por derechos “reconocidos” o “constituidos” por la Administración y, finalmente, por el dominio de los titulares sobre esos derechos. Y ello, porque pese a la mala técnica jurídica empleada por el Constituyente de 1980, tal norma reconoce que los particulares tienen un “derecho” sobre las aguas que no es de naturaleza dominical, pues no existe ni tiene sentido el derecho de dominio sobre el derecho de dominio. Esa exclusión del derecho de dominio sobre las aguas mismas coincide con una de las características que la doctrina reconoce a los “bienes de dominio público”, cual su inalienabilidad, de modo tal que, con tal declaración, la Constitución reconoce el dominio público de las aguas, del cual se constituye o por la ley o por

la figura de la “concesión”, otorgada por el Estado/Administración, como título habilitante para el aprovechamiento de ese bien público por los particulares.

A nuestro juicio, la norma del inciso 11.º del numeral 24, ya citado, no es una mera reiteración del derecho de propiedad establecido en el inciso 1.º del mismo numeral 24 –como lo sostiene Alejandro Guzmán Brito⁹, quien la califica, además, de “inútil”– puesto que, como señalamos, su finalidad no es solo garantizar el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento sobre las aguas, como cosa incorporal que es –lo que sí está cubierto previamente por la norma del inciso 1.º– sino que, además, establece claramente que ese derecho de aprovechamiento no tiene calidad dominical y que, para que este nazca, se requiere que la ley lo “reconozca” (sin intervención administrativa, como es el caso del artículo 56 bis del *Código de Aguas*) o “conceda” (con intervención administrativa, que otorga concesiones o mercedes). Señala Alejandro Vergara Blanco que esta clasificación no está consagrada con esta claridad en ninguna otra fuente de derecho interno, por lo que su ausencia en este texto constitucional podría haber significado una dispersión normativa, y una dificultad muy grande para la construcción dogmática y jurisprudencial de instituciones y principios de la disciplina¹⁰.

Por otra parte, algunos autores han creído que la norma del número 23 del artículo 19 de la Constitución –que establece la garantía de la libertad para adquirir toda clase bienes– es la que consagra la exclusión de las aguas del tráfico jurídico privado, pues impide que los “bienes nacionales de uso público” puedan ser adquiridos por particulares¹¹. Para ello, consideran que la remisión

⁹ Señala Alejandro Guzmán Brito: “Por otra parte, no obstante que el inciso 11º del Art. 19 N° 24 de la Constitución reza que: ‘Los derechos [...]’, tal disposición no es sino concretar la protección general que el constituyente otorga al derecho de propiedad en los primeros incisos del citado Art. 19 N° 24 de la Constitución. En efecto, la propiedad de los derechos de aguas ya queda, asimismo, garantizada en el inciso 1º del Art. 19 N° 24, toda vez que los derechos sobre aguas son bienes incorporales, ya protegidos entonces por el citado inciso 1º. Como la norma (Art. 19 N° 24, inciso 11º de la Constitución) tutela la propiedad de “los derechos sobre las aguas” y la forma de expresarse es genérica, no cabe duda, entonces, que cubre al derecho real de aprovechamiento de aguas como a cualquiera otro derecho que pueda decirse que es sobre las aguas (v. gr. servidumbres)”. GUZMÁN (1995), p. 245 y ss. El mismo autor señala que el artículo 19 n.º 24 que la Constitución dedica a las aguas es ‘superfluo’”. GUZMÁN (2001), p. 276.

¹⁰ VERGARA (2004a), pp. 495-524.

¹¹ Así, Laura Novoa señala: “Tema aparte es resolver si los derechos de agua deben ser reconocidos como bienes nacionales de uso público a nivel constitucional como se propone en el artículo segundo del mensaje presidencial. Nos parece que este reconocimiento no es necesario y que basta que los derechos de agua queden regidos por el artículo 19 N° 23 de la Constitución en el que se dispone que la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes que consagra no se extiende a aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deben pertenecer a la nación toda”. NOVOA (2014).

que el constituyente hace al legislador para la declaración de bien nacional de uso público basta para que relaciones jurídicas vinculadas a las aguas deban configurarse entre el Estado-Administración y los particulares, al contrario de lo que sucede con el resto de los bienes de carácter apropiables, consagrando su naturaleza pública” y no “privada”¹². Ello parece haber inspirado, en su momento, al Ejecutivo, pues en el Mensaje de la Presidenta de la República Michelle Bachelet a la Cámara de Diputados, 7 de enero de 2010 (*Boletín* 6816), y explicando el fundamento de elevar al ámbito constitucional la calidad de “bien nacional de uso público” a las aguas, señaló que ello no conllevaba una novedad, ya que se trataba únicamente de un “traslado” de regulación desde el n.º 24 al n.º 23 del artículo 19 de la Constitución, agregando que, en definitiva, con la reforma se perfeccionaría la actual regulación, pero que en ningún caso se estarían afectando los derechos ya adquiridos.

Creemos que esa posición es también errada, puesto que, de acuerdo con la doctrina ya instalada en materia constitucional, la interpretación de las normas constitucionales debe hacerse “conforme a la Constitución”, esto es, no puede realizarse desde el derecho puramente legal al constitucional¹³. En virtud de ello, el hecho de que el constituyente haya establecido, en el numeral 23 del artículo 19 comentado, la existencia de cosas que “la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda”, estatuyendo su inapropiabilidad, no eleva a rango constitucional las cosas o bienes que el legislador califique en una de esas dos categorías, conforme a dicho mandato, pues para aquello se requerirá que el constituyente lo señale expresamente. No existe duda de ello respecto a la categoría de bienes “que deban pertenecer a la nación toda” –la cual, si bien no se contrapone con el concepto privatista de “bienes nacionales de uso público”, como señala titubeantemente Eduardo Cordero Quinzacara¹⁴, tampoco la satisface íntegramente–, pues eso dependerá de lo que el Estado/Legislador decida considerar como tal en un momento determinado; pero también es posible concluir aquello respecto de la otra categoría mencionada en el numeral 23 –los que “la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres”–, pues, como señala Luis Claro

¹² Francisco Zúñiga Urbina señala: “Aunque el Código Civil Chileno no recoge explícitamente la expresión ‘dominio público’, en nuestro ordenamiento jurídico hay elementos suficientes que acercan las consideraciones expuestas en torno a los bienes pertenecientes al dominio público a los bienes llamados «nacionales de uso público”. ZÚNIGA (2005), pp. 65-101.

¹³ Véase FERNÁNDEZ (2016), pp. 53-188. En sentido semejante, VERGARA (2010), pp. 115-128.

¹⁴ CORDERO (2017), p. 129. Dicho autor señala: “[...] la doctrina del dominio público [...] no se contrapone con la concepción del CCCh respecto de los bienes nacionales de uso público y se aprecia en los trabajos de los civilistas Leopoldo Urrutia y, de forma más expresa, en Luis Claro Solar, aunque recogiendo simultáneamente y no de forma armónica el pensamiento de Proudhon y de Hauriou”.

Solar respecto del artículo 585 del *Código Civil*, en esa descripción cabe el concepto íntegro de “medio ambiente” y de “naturaleza”, de tal manera que igualmente requiere de una precisión legislativa. Así, nuestra opinión es que la declaración de “bien nacional de uso público” de las aguas terrestres que hace la ley (en los artículos 589 y 595 del *Código Civil* y artículo 5.º del *Código de Aguas*) no implica que esa calificación tenga reconocimiento constitucional.

De allí se sigue la conclusión que, en nuestra Constitución, las aguas solo tienen reconocimiento como bienes pertenecientes al “dominio público” –en su sentido administrativo– en virtud de la norma contenida en el inciso 11.º del numeral 24 del artículo 19, y ello de manera implícita.

Adicionalmente a lo anterior, estimamos que resulta erróneo estimar sinónimos a los términos “bien del dominio público” con el de “bien nacional de uso público”, puesto que son distintos en origen, naturaleza y efectos.

En cuanto a su origen, uno y otro surgieron en épocas y ambientes diferentes. El concepto de “bien del dominio público” reconoce su fuente en el derecho público francés (*domaine public*), complementado por Mayer y otros autores europeos, nutriéndose de principios de derecho administrativo, siendo su esencia la “afectación” de una categoría de bienes que el Estado/Administración estima relevante; en tanto que el concepto de “bien nacional de uso público” corresponde a una categoría de bienes propia del derecho privado, que siendo también originaria del derecho francés, es muy precedente (Ley revolucionaria de 1790), que luego pasó al *Código Civil* de 1804, y que, en términos semejantes, fue replicado por nuestro legislador del siglo XIX, en el *Código Civil* (artículo 589)¹⁵.

Se ha discutido, en doctrina administrativista, acerca de cuál es el motivo que ha llevado a considerar las aguas como bienes de dominio público. Al respecto, se ha estimado tradicionalmente que su justificación está en la propiedad de todos los ciudadanos sobre dichos bienes. Para otros, el foco está en su dimensión económico-social, atendido su papel determinante en el desarrollo económico. Más recientemente, se ha señalado que su fin último es servir como herramienta de protección ambiental¹⁶. Al respecto, nos parece que la posición correcta es la que señala Alejandro Vergara Blanco, para quien, tratándose de los bienes comunes, el foco no está en defender una propiedad estatal, o de todos los ciudadanos, pues ello implica introducir una lógica patrimonialista, de repartición de titularidades de estos bienes, propia del derecho civil, siendo que lo importante para el derecho vigente es que estos bienes estén “al alcance” de todos, siendo su finalidad, su destino público, del público, del pueblo, lo que pareciera importar más¹⁷, lo que no implica, a nuestro juicio, que su

¹⁵ Sobre el tema, véase VERGARA (1992a), p. 177 y ss.

¹⁶ BETANCOR (2001), p. 615.

¹⁷ VERGARA (1999a), pp. 82-83.

“uso” sea exclusivo del pueblo, pues admite un *uti singuli* de particulares, cumpliéndose los requisitos para ello. Nos parece que ello no se contradice, antes bien se compatibiliza, con la función, concretamente respecto de las aguas, de contribuir al desarrollo económico y de servir de herramienta de protección ambiental, pues solo así aquel objetivo podrá cumplirse efectivamente.

En cuanto a su naturaleza, ya señalamos que la de aquel es administrativa, dominada por el concepto de ‘afectación’; en tanto que la de esta última, de derecho privado, siendo su elemento esencial la propiedad de todos los ciudadanos sobre dichos bienes.

Se ha debatido en doctrina si la ‘afectación’ que conlleva “el dominio público” debe admitir y respetar la existencia de un dominio público creado por la naturaleza, preexistente a un reconocimiento jurídico, como el mar y los ríos, denominado doctrinariamente como “dominio público natural”, en oposición al “dominio público artificial”, que siempre requiere declaración¹⁸. Adherimos a la posición de negar aquella categoría, estimando –siguiendo a Lavialle– que el dominio público natural es público no a causa de su afectación natural al uso público, sino porque el legislador lo ha decidido así¹⁹. De tal forma, serán bienes adscritos al “dominio público” aquellos que pertenecen a las personas públicas y que están condicionados por la afectación de los mismos que hace la autoridad al uso o servicio público.

Ello conlleva importantísimas consecuencias, pues, *u. gr.*, bajo el concepto civilista, los bienes “que pertenezcan a la nación toda” –calificados por el legislador privado como “bienes nacionales de uso público”– no pueden ser gravados con derechos reales que importen un desmembramiento del dominio, como lo ha establecido la jurisprudencia civil chilena desde hace mucho²⁰ e, incluso, dando pábulo para estimar que ello impide la venta de aguas²¹; en

¹⁸ En esa posición se sitúa Santiago Montt, quien señala: “Las aguas se encuentran dentro de la categoría de bienes de dominio público natural o necesario (por ejemplo: ríos, playas, mar, aire, espectro radioeléctrico)”, MONTT (2002), p. 2. Por su parte, José Saavedra –siguiendo a Santiago Montt–, señala: “En el caso particular del recurso hídrico, el dominio público de las aguas se justifica a cabalidad, toda vez que sus finalidades públicas son múltiples y esenciales [...]. De hecho, según la doctrina, las aguas se encuentran dentro de la categoría de bienes de dominio público natural o necesario (por ejemplo: ríos, playas, mar, aire, espectro radioeléctrico)”, SAAVEDRA (2009).

¹⁹ Ch. Lavialle, citado por BARCELONA (2000), p. 2091. En contra de esa posición Aurelio Guaita señala: “Es innegable que lo que se declara *ex lege* dominio público, la materia prima de éste, puede ser natural, proporcionado por la naturaleza y, en suma, que existe un dominio público natural, que la ley, quizás nunca por capricho, antes bien forzosamente casi siempre, declara, consagra y positiviza”, GUAITA (1982), p. 34.

²⁰ CORTE SUPREMA, 4 de julio 1938. Extracto contenido en el *Repertorio de legislación y jurisprudencia*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica. de Chile, 1996), p. 48.

²¹ Véase comentario en párrafo 3 de este trabajo, en que se comenta el Ord. n.º 1051, de 4 de mayo de 2011, del director del Servicio de Impuestos Internos.

tanto que, bajo el concepto de bien “de dominio público”, aquellos admiten la Constitución de cualquier derecho real administrativo, como lo es el “derecho real de aprovechamiento” de minas y aguas. Asimismo, uno y otro concepto se diferencian esencialmente en que un bien “del dominio público” puede no cumplir con la exigencia que el derecho privado exige a todo “bien nacional de uso público”, como lo es el que “su uso” pertenezca a todos los habitantes de la nación, como si puede ocurrir con las minas, los montes y, a nuestro juicio, con las aguas, sin perder su condición de “bien público”²². Tal criterio es el que ha sostenido, entre otros, el Tribunal Constitucional español, interpretando el artículo 132 de la Constitución de 1978, que trata acerca de “los bienes de dominio público”²³.

Lamentablemente, en nuestro derecho se ha continuado con la utilización del concepto privatista de “bien nacional de uso público” en lugar de desarrollar adecuadamente el tema sobre la base del concepto administrativo de “bien de dominio público”, por lo que, en esta materia, estimamos que no se ha cumplido con la *summa divisio iuris* público/privado de las disciplinas jurídicas, a las cuales se refiere Alejandro Vergara Blanco. Así, la mayoría de la doctrina, reconociendo, incluso, que esta materia se rige por principios de derecho administrativo, continúan utilizando indistintamente la calificación de “bien nacional de uso público” para las aguas²⁴, error en el cual también ha caído nuestro Tribunal Constitucional²⁵.

²² Al respecto, Aurelio Guaita señala: “Es la ley la que califica de dominio público a determinados bienes, y en ese sentido todos ellos lo son legalmente, pero es innegable que lo que se declara ex lege dominio público, la materia prima de éste, puede ser natural, proporcionado por la naturaleza y, en suma, que existe un dominio público natural, que la ley, quizás nunca por capricho, antes bien forzosamente casi siempre, declara, consagra y positiviza”, GUAITA (1982), p. 34.

²³ “El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: Típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional [...], garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia 227/88, de 29 de noviembre de 1988, sobre la Ley de Aguas. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1168>

²⁴ En este sentido, José Saavedra señala: “En primer lugar, tal como dispone el artículo 595 del Código Civil, ‘Todas las aguas son bienes nacionales de uso público’, agregando: ‘esta afirmación categórica, inspirada en la Constitución Política de la República, consagrada legalmente en el Código Civil y, reafirmada positivamente en el Código de Aguas, constituye el punto de partida de la regulación de las aguas [...]’, para luego, sin dar mayor explicación, cita a Santiago Montt, quien sostiene que la naturaleza jurídica del dominio público ‘sólo puede ser desentrañado en términos positivos y en su real dimensión del Derecho Público, y más específicamente en el del Derecho Administrativo’”. SAAVEDRA (2009), p. 206.

²⁵ STC, rol n.º 260, de fecha 13 de octubre de 1997, en que declaró: “En otras palabras, y aunque resulte obvio expresarlo, la Constitución asegura el dominio no sobre las aguas mismas,

La modificación introducida al *Código de Aguas* por la Ley n.º 21435, de 6 de abril de 2022, consideró una modificación al texto del artículo 5.º, agregándole un inciso 2.º que dispuso:

“En función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las *aguas, los que podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código*”;

y, asimismo, en su nuevo inciso 3.º, se dispuso:

“Para estos efectos, se entenderán comprendidas bajo el interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuifera y, en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas”.

De tal modo, para el legislador del año 2022 hay un “interés público” que justifica la “constitución” de los derechos de aprovechamiento de aguas a favor de los particulares y otro “interés público” que permite a la autoridad implementar acciones que limiten dichos derechos, lo que abre la interrogante si ello consagra intereses distintos, que pueden ser jerarquizados o, simplemente, se trata de una mala redacción legislativa. Nos inclinamos por esta segunda alternativa, pues nos resulta obvio que la autoridad, al momento de otorgar el derecho de aprovechamiento de aguas al particular que así lo solicite y cumpla con los requisitos legales, deberá ponderar que ese derecho concedido no perjudique el uso común de las aguas, considerando los elementos allí mencionados, todos ellos en resguardo del “interés público”.

Definido que las aguas forman parte del “dominio público”, surge de allí una nueva interrogante: ¿De quién son esos bienes?

En nuestro derecho, Fernando Atria y Constanza Salgado señalan que el “dominio público” está compuesto por bienes que, reservados por ley, han quedado sujetos a la titularidad del Estado con el fin de satisfacer una necesidad pública, evitando que esta quede condicionada a la voluntad de los particulares, agregando que “el Estado es la personificación jurídica de la Nación”²⁶.

que constituyen bienes nacionales de uso público, sino sobre el derecho de aprovechamiento de ellas constituido en conformidad a la ley” (considerando 8.º). Asimismo, en STC, n.º 1281, de fecha 13 de agosto de 2009, declaró, en el considerando 18.º: “[...]Las aguas, como se verá, son bienes nacionales de uso público, incluidas las aguas subterráneas. Sobre ellas no hay propiedad sino que se constituyen derechos de aprovechamiento. Enseguida, porque el empleo de este concepto jurídico no es para describir una realidad sensorial sino para determinar el objeto de protección [...]”.

²⁶ ATRIA y SALGADO (2015), p. 11.

Contra esa estimación, Alejandro Vergara Blanco –con quien concordamos– sostiene que los bienes de “dominio público” deben pertenecer a la nación toda, en quien reside la soberanía, y que por eso mismo la aleja de cualquier titularidad estatal. Señala que, cuando al legislador ha querido asignar la titularidad de un bien de dominio público al Estado, lo ha hecho expresamente, como ocurre con las minas en el artículo 19 n.º 24 inciso 6.º. De tal manera, las aguas, como bienes del “dominio público”, son recursos o nacionales –o de todos, o comunes, si se quiere–, pero no estatales, por lo que, en definitiva, cabe considerarlas como un bien común autogestionado por sus usuarios²⁷.

2.- *El acceso de los particulares al aprovechamiento de las aguas, mediante el ejercicio de un derecho real administrativo de aprovechamiento; y el nacimiento del derecho de dominio sobre las aguas aprovechadas*

Como hemos señalado, en nuestro concepto, las normas del artículo 595 del *Código Civil* y 5.º del *Código de Aguas*, en cuanto disponen que todas las aguas (terrestres) son “bienes nacionales de uso público”, no expresan adecuadamente la condición de “bien de dominio público” establecido implícitamente en la norma del inciso 11.º del numeral 24 del artículo 19.º de la Constitución, pues aquel concepto involucra la aplicación de un estatuto privado al campo del derecho público. No obstante, al menos coincide en la necesidad de un título “reconocido” u “otorgado” por el Estado/Administración para su aprovechamiento.

De tal forma, es posible concluir que el constituyente ha permitido al legislador “reconocer” o “constituir” derechos sobre las aguas, a favor de los particulares, los cuales, bajo la doctrina del “dominio público”, tendrán la condición de “derecho real de aprovechamiento”, pues solo esta figura explica adecuadamente la convivencia de un dominio público de las aguas y un *uti singuli* o utilización singular de ellas por los particulares, en una relación que no se agota con el acto de reconocimiento o de constitución del mismo derecho por la autoridad, sino que se extiende a toda la relación posterior.

El artículo 6.º del *Código de Aguas* declara formalmente la calidad de “real” del derecho del concesionario, haciéndolo consistir “en el uso y goce temporal de ellas”, y supeditándolo a las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe el *Código*. Agrega dicha norma que el derecho de aprovechamiento se origina de dos formas: en virtud de una concesión, de acuerdo con las normas del presente *Código* o por el solo ministerio de la ley.

Ni en el texto original del *Código de Aguas* de 1981, ni en la modificación introducida por la Ley n.º 21435 al artículo 6.º de dicho *Código*, se es-

²⁷ VERGARA (2014).

pecificó qué tipo de derecho “real” era el de aprovechamiento sobre las aguas, pese a la Ley n.º 16640 –conocida como de la “reforma agraria”– introdujo expresamente al *Código de Aguas* vigente en aquel año 1967 el concepto de “derecho real administrativo” de las aguas, aplicado al “derecho de aprovechamiento” que nacía del acto concesional. Ello, sin embargo, no implica desconocer dicha calidad de “derecho real administrativo”, la cual está dada por su naturaleza.

Ahora bien, aunque el constituyente implícitamente ha establecido que sobre las aguas, considerada como una categoría de bienes de “dominio público”, los particulares no pueden tener “dominio”, sino solo un derecho de aprovechamiento respecto del cual si reconoce dominio, ¿es posible concebir un derecho de dominio sobre las aguas que han sido “aprovechadas” por el titular de ese derecho?

Para contestar dicha pregunta es necesario precisar que la existencia de un “derecho de aprovechamiento” sobre las aguas implica que, antes de su reconocimiento o constitución, el legislador ha desechado las consecuencias más gravosas que su ejercicio pudiera provocar en la utilización que el pueblo/nación tiene derecho a realizar colectivamente sobre esas aguas, en su condición de “bien de dominio público”. En los usos comunes que un particular pueda realizar en o sobre las aguas, la Administración regula el ejercicio de ese derecho, con permisos o autorizaciones, cuidando que ello no impida ese uso común. Pero cuando lo deseado es un uso privativo del agua, la autoridad, entonces, debe constatar que este no afecte significativamente a aquel otro uso, colectivo, compatibilizando el *uti singuli* con el “dominio público” que sobre las aguas tiene el pueblo/nación/usuarios. Así lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional²⁸

De manera semejante a lo que ocurre con las minas, sobre las aguas convivirán dos derechos sobre el mismo objeto de “dominio público”, cual es el dominio público del pueblo/nación/usuarios, por un lado, y el derecho de aprovechamiento del particular a quien se le ha reconocido o constituido, siendo ambos perfectamente compatibles. La “inalienabilidad” de las aguas, como “bien de dominio público”, se entiende como una prohibición absoluta de transferir

²⁸ STC, rol n.º 1281, de 13 de agosto de 2009: “[...] Asimismo, estos son bienes cuyo uso pertenece a todos los habitantes; son bienes sobre los cuales no hay propiedad sino uso. Dicho uso puede ser común o especial. El uso común significa que corresponde en general a todos, aunque se haga individualmente. Dicho uso es anónimo, temporal y no requiere título alguno. [...] El uso privativo, por su parte, implica que la autoridad encargada de su administración entrega por actos específicos la ocupación del bien, temporalmente con un propósito de interés público, generalmente a título oneroso a un particular, quien puede excluir al resto de las personas que accedan a él. El uso privativo implica un uso exclusivo y excluyente del bien. Por eso, exige un título habilitante, que puede ser el permiso o la concesión”.

a los particulares las facultades que aquella condición le otorgan al pueblo/nación/usuarios, pero no se refiere a las aguas cuyo aprovechamiento fue permitido, separado de su caudal mayor y efectivamente extraído, pues respecto de estas se produce una “desafectación”. Como señalamos supra, el concepto de ‘afectación’ explica la condición de *dominio público* de las aguas, puesto que dicha condición no está dada por “su naturaleza”, sino por un acto jurídico emanado de la autoridad que, motivado por un interés público ha declarado tal condición demanial. *A contrario sensu*, la “desafectación” consiste en sustraer un bien de su destino de bien de dominio público, haciéndolo salir de ese dominio para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los particulares.

De tal modo, ya sea que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas sea “reconocido” o “constituido” por la autoridad, tal acto entraña, también, la declaración de “desafectación” de aquella porción, parte o cantidad de dicho caudal de agua de dominio público que es extraída materialmente por el particular titular del derecho, que hace posible la apropiación por parte de este del agua desafectada, dejando subsistente el dominio público sobre el caudal de “aguas” del que procede.

Así, no es la esencia material del agua la que cambia al ser aprovechada por el particular, separándola de su caudal mayor, sino su condición jurídica, al haber operado respecto de esta parte una “desafectación” de su condición de bien demanial, por lo que resulta perfectamente posible atribuir un derecho de propiedad a los particulares sobre el agua desafectada, sin por ello negar o contradecir el dominio público que sobre “las aguas” de que aquella formaba parte mantenga el pueblo/nación/usuarios. La doctrina extranjera señala que la “desafectación” de un bien de dominio público ha dejado de ser excepcional, señalándose:

“Ya que el principio de la inalienabilidad tiene hoy en día por función garantizar la afectación del bien a la utilidad general, basta con que un bien determinado no quede más afectado a la utilidad general, para que él pueda ser enajenado”⁶⁵.

Desde el punto de vista formal, la “desafectación” comentada se produce en virtud de lo dispuesto en los artículos 5.º y 6.º del *Código de Aguas*, que establecen el derecho para usar y gozar de las aguas objeto del derecho de aprovechamiento, el cual puede ser “reconocido” o “constituido” por la autoridad conforme a la ley, según lo dispuesto en el artículo 19 n.º 24 inciso 11.º de la Constitución; conllevando ese “uso y goce” el aprovechamiento del agua que se ha autorizado a extraer, que pasa con ello a “desafectarse” de su condición de bien de dominio público.

Como corolario de lo anterior, puede afirmarse que, a diferencia de lo que ocurre entre el “dominio público” y el “derecho real administrativo” que pueda

existir sobre las aguas –los cuales se ejercen sobre un mismo bien afectado al dominio público, como son “las aguas”, coexistiendo ambos de manera independiente– el derecho de dominio que puede invocar el titular de un derecho de aprovechamiento sobre el agua aprovechada (extraída) no coexiste con otro, ya que se ejerce sobre un bien privado, cuya desafectación es declarada por la ley o el acto concesional que reconoce o constituye ese derecho de aprovechamiento. El “derecho real administrativo de aprovechamiento” que el titular ejerza terminará parcialmente, entonces, en el instante preciso en que dicho titular, o quien este autorice, extraiga el agua que se le ha permitido aprovechar, quien será “propietario” solo respecto de ese caudal extraído, conservando sus plenas facultades de aprovechamiento sobre todo el resto del caudal reconocido o concedido, que aún no ha sido extraído. A partir de esa extinción parcial del derecho de aprovechamiento comenzará el ámbito del derecho de dominio sobre las aguas aprovechadas. Donde aquél termina comienza este, no siendo válido, en consecuencia, estimar que uno “comprenda” a otro.

La existencia de la norma del inciso 11.º del número 24 del artículo 19 de la Constitución corrobora todo lo anterior, pues ningún sentido tendría el haber extendido la garantía de protección de la propiedad a un derecho real que comprendiera también el dominio.

III. RÉGIMEN LEGAL DE LAS AGUAS UTILIZADAS POR LA INDUSTRIA MINERA

1. *El régimen legal de las aguas se refiere únicamente a las aguas terrestres*

Como señalaremos infra, en nuestro país el aprovechamiento de aguas para fines productivos solo tiene un régimen legal tratándose de las aguas terrestres, ya sean superficiales o subterráneas, teniendo todas la naturaleza jurídica de “bien público”, según lo define el artículo 5.º del *Código de Aguas*. Así lo señala expresamente el artículo 1.º del *Código de Aguas*, al señalar que las disposiciones de ese *Código* solo se aplican “a las aguas terrestres”.

Las aguas marítimas, que también son utilizadas en la industria minera, saladas y desaladas, no tienen aún un régimen legal que regule su aprovechamiento para fines productivos. Por tal razón, en este trabajo nos referiremos solo al régimen legal actual relativo a las aguas terrestres utilizadas por la industria minera, reservando el estudio de aquellas otras para un siguiente artículo.

2. *La concesión minera, como requisito habilitante para el ejercicio de la actividad minera y su posterior acceso al aprovechamiento de aguas*

Según COCHILCO, el consumo de agua terrestre por parte de la minería de cobre –es decir, la que proviene de fuentes subterráneas, superficiales y de terceros–, fue de 12,09 de m³ por segundo²⁹, dato al cual debe sumársele el consumo de agua para el procesamiento de otros minerales metálicos y no metálicos, de 1,68 m³ por segundo, lo que arroja un resultado total de 13,77 m³ por segundo, revelando una tendencia a la baja respecto de los años anteriores.

Como ya señalamos, las aguas terrestres, sean superficiales o subterráneas, tienen una naturaleza jurídica de “bien de dominio público”, lo cual exige, para su aprovechamiento, de un título de explotación, el cual, a diferencia de lo que ocurre con las minas, puede ser una concesión administrativa (régimen general) como, así también, el solo ministerio de la ley (estatuto especial para la minería).

En ambos casos, para que una persona natural o jurídica utilice aguas en faenas o propósitos mineros se requiere, de perogrullo, que a lo menos la empresa mandante o titular del proyecto sea titular de una o más concesiones mineras. La actividad minera, como destino específico de las aguas aprovechadas, se distingue de las demás actividades productivas, que también las consumen, por sus especiales características y, además, por su especial estatuto jurídico. Pese a ello, la actividad minera integra la función “productiva” que establece genéricamente el artículo 5.º bis del *Código de Aguas*, introducido por la Ley n.º 21435, la cual expresamente se ubica en el último lugar de la priorización allí establecida.

Como bien se sabe, la industria minera requiere que, quien la desarrolle, tenga acceso a la riqueza minera que se encuentra en las entrañas de la tierra, las minas, sobre las cuales históricamente también se les ha reconocido un “dominio público” del Estado o nación, en sus distintas manifestaciones político-jurídicas. La llave de acceso a esa riqueza ha sido históricamente, también, la “concesión”, que consiste en un acto de autoridad que permite la utilización singular de parte de esa riqueza minera a un particular, cumpliendo determinados requisitos.

Otorgada dicha concesión sobre las minas, nace para el concesionario un derecho, que al igual que aquel otro que se reconoce sobre las aguas, tiene la calidad de un “derecho real administrativo de aprovechamiento”³⁰.

En consecuencia, para acceder a la utilización de las aguas en la producción minera, las empresas deben ser titulares, previamente, de derechos mineros emanados de las concesiones que le sean otorgadas.

²⁹ MONTES y RAMÍREZ (2021).

³⁰ VERGARA (2004b), p. 112 y (1992a), p. 260. También en CLAUSSEN (2010), pp. 1-34.

Con ese título concesional habilitante previo, las empresas mineras están sometidas, para aprovechar las aguas, al régimen general establecido en el inciso 11.º del numeral 24 del artículo 19.º de la Constitución, esto es, pueden aprovecharlas aquellas que la autoridad le “reconozca” y también aquellas que “constituya”, estando protegido su derecho, en ambos casos, con la garantía de dominio.

3. *La utilización de aguas terrestres a través del régimen concesional*

3.1. Origen histórico del aprovechamiento por vía concesional

Para sus fines productivos, las empresas mineras han utilizado las aguas terrestres principalmente a través del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados por la autoridad administrativa competente (Dirección General de Aguas), tanto los otorgados de manera originaria a las respectivas empresas mineras como aquellos adquiridos de otros titulares, todo ello conforme a la legislación general aplicable a todas las actividades productivas, sujeto al régimen concesional general.

De manera semejante a lo ocurrido con las minas, la vertiente histórica del actual régimen legal sobre las aguas terrestres se entronca con el derecho romano clásico y posclásico –y en particular, respecto a su utilización para fines mineros, con el derecho provincial romano– el que fue recogido posteriormente por el derecho medieval hispánico, luego al derecho indiano y finalmente hasta nosotros, en nuestras leyes republicanas.

En el derecho romano clásico, seguido después por el justiniano, se estableció la noción de “*res publicae*” para referirse a los ríos, sin que fuera necesario un acto especial de publicación que así lo declarara, ya que, según Ulpiano, tal carácter lo daba exclusivamente su perennidad³¹, es decir, que no fuera intermitente. Las corrientes menores y los ríos intermitentes se consideraron “*res privata*”. Sobre esas aguas públicas la doctrina estima que se reconoció un derecho de aprovechamiento libre para uso humano y animal, en tanto que para otros fines –normalmente para beneficio de un predio– como una “derivación”, que requería de concesión otorgada por la autoridad³².

En el derecho provincial romano se encuentra una norma vinculada a las aguas para fines específicamente mineros, que reconocía implícitamente el aprovechamiento de aguas en favor de los concesionarios mineros (así con-

³¹ LAZO (1999), pp. 65-74.

³² *Op. cit.*, capítulo IV.

siderados por vez primera en ese derecho), que eran conducidas a través de un canal de agua denominado “*cuniculus*”³³.

En el derecho foral español se conservaron las disposiciones de la legislación romana, más o menos adaptadas a las regiones sobre las que regía, destacando la recepción en las Leyes 3, 4, 6, 7, 8, 13 y 15 de *Las Siete Partidas*³⁴, la cual fue enriquecida por el aporte del derecho musulmán³⁵.

En el derecho indiano, la fuente más importante de textos jurídicos en relación con el derecho de aguas se encuentra en la *Recopilación de Leyes de las Indias*, en la *Nueva Recopilación de Leyes de Castilla* y en la *Novísima Recopilación de Leyes de España*, además de algunos ordenamientos locales –como las *Ordenanzas de Don Francisco de Toledo* acerca de la distribución y conservación de las aguas– y el derecho consuetudinario. Alejandro Vergara Blanco señala que, en un inicio, los textos indianos parecen separarse de sus precedentes castellanos (y aun romanos por la vía de las *Partidas*), considerando a todas las aguas como comunes, destinadas a un uso común, pero, posteriormente, se consideran las aguas son *ius regalia*, que conllevaba la existencia de un procedimiento concesional para el acceso de los particulares al aprovechamiento de las aguas, que recibió una variedad de usos terminológicos, siendo la expresión ‘merced’ la más generalizada³⁶.

En la legislación republicana chilena, desde los albores de nuestra independencia los particulares pudieron siempre acceder al agua, a través de derechos otorgados por la autoridad. Así, siguiendo la tradición indiana, ya en el año 1819 fue permitido que los “regadores” en manos de particulares pudieran ser transados; lo que fue complementado por ordenanzas municipales posteriores, que regulaban las “mercedes o permisos” para sacar agua de un río o estero. En el año 1857 el *Código Civil* reconoció el carácter de “bien nacional de uso público” a “los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales”,

³³ Nos referimos a unas tablillas de bronce descubiertas en las postrimerías del siglo XIX y comienzos del siglo XX, que datan del siglo II d.C, denominadas habitualmente como Vipasca I y Vipasca II (del topónimo Vipasca, distrito minero provincial ubicado en la localidad de Aljustrel, actual Portugal), las cuales aportaron claridad sobre el sistema de adjudicación de pozos y explotaciones mineras provinciales de aquella época. Tales tablillas contienen la reglamentación fiscal romana en tiempos del emperador Adriano, las que, según Álvaro D’ors, adoptan la forma de una *Lex Dicta*, es decir, de una norma pública dada por el Emperador (o, incluso, por el municipio) para la administración de sus bienes patrimoniales. En los párrafos 14 a 18 de Vipasca II se menciona la existencia de un canal de agua de las minas o *cuniculus*, del cual Álvaro D’ors comenta que se trataría de un canal de traída del agua a Vipasca (qui aquam metallis subducet) para fines propiamente mineros, pudiendo ser, incluso, una instalación para el lavado del mineral. D’ORS (1991), p. 9.

³⁴ HERRERA (1960), p. 6.

³⁵ GUZMÁN y RAVERA (1998), p. 15.

³⁶ VERGARA (1992), pp. 311-332.

lo que fue modificado en el año 1967, al extenderse esa condición a “todas las aguas”; lo que fue reiterado en el *Código de Aguas* de 1948, 1951 y el actual, de 1981.

El *Código* actual estableció, en su texto original, un sistema de constitución de derechos de aprovechamiento a quien lo solicitara y cumpliera con los requisitos que allí mismo se establecían, sin establecer priorización en el uso del agua; y reconoció a los titulares de los derechos de aprovechamiento el “dominio” sobre los mismos, lo que se encontraba en perfecta armonía con lo dispuesto en el inciso 11.º del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución. También estableció aquellos derechos que no eran constituidos por la autoridad, sino reconocidos por esta, por haber nacidos por el solo ministerio de la ley, cumpliendo de ese modo también el precepto constitucional antes mencionado.

El *Código de Aguas* fue modificado en el año 1991 y en el año 2005, introduciendo en esta última importantes reformas, cuales fueron el asegurar caudales mínimos ambientales en las cuencas y crear patentes por no uso de las aguas.

En el presente año 2022, y luego de once años de tramitación en el Congreso Nacional, se dictó la Ley n.º 21435, que reformó el *Código de Aguas*, uno de cuyos declarados propósitos fue el de reforzar el carácter de bien público del agua (en teoría privatista, “bien nacional de uso público”), a través de la modificación de los artículos 5 y 6, en cuyos nuevos textos se elude intencionalmente mencionar el derecho de dominio que los titulares tienen sobre sus respectivos derechos de aprovechamiento, lo que, sin embargo, resulta inocuo, debido a que tal protección está garantizado en la actual Constitución, estando pendiente la determinación que la ciudadanía haga al respecto, en la gestión de aprobación o rechazo de un nuevo texto constitucional. Por lo demás, resulta llamativo que el legislador, en la referida modificación, no solo haya mantenido la facultad de “expropiar” los derechos de aprovechamiento de aguas para satisfacer menesteres domésticos que se establecía en el texto original del artículo 27, sino que la haya ampliado, permitiendo al Ministerio de Obras Públicas no solo expropiar por dicha causal, sino, también, para satisfacer la conservación de los recursos hídricos, cuando no existan otros medios para obtener el agua, ordenando aplicar, en ambos casos, el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, o la norma que la reemplace. La conclusión que se sigue de ello es clara, cual es que si no existiera “dominio” de los titulares sobre su derecho, no podría existir “expropiación” del mismo.

La modificación legislativa recientemente introducida, además, privilegia el consumo humano, el saneamiento y uso humano de subsistencia y la preservación ecosistémica, antes de que las productivas, las cuales quedan re-

legadas al último lugar. Establece también la temporalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados por la autoridad, excluyendo los reconocidos por el solo ministerio de la ley y los ya constituidos al momento de la vigencia de la modificación (disposiciones transitorias).

3.2. Objeto del derecho de aprovechamiento concesional

El objeto del derecho de aprovechamiento de aguas son las aguas mismas, lo que no se contrapone al “dominio público” que tiene el pueblo/nación/usuarios sobre las mismas, precisamente porque ese carácter permite que, junto con dicho dominio público, coexistan derechos reales de aprovechamiento de particulares, a quienes se les ha reconocido o constituido un *uti singuli* sobre dicha categoría de bienes públicos.

Como ya señalamos, el actual *Código de Aguas* –más aún con las modificaciones introducidas por la Ley n.º 21435, de abril de 2022– recoge muy pálidamente esa condición de “bien de dominio público” en armonía con los derechos reales administrativos que se les reconocen o constituyen a los particulares, conforme a la Constitución, pues utiliza una concepción civilista decimonónica de “bienes nacionales de uso público”, que no recoge toda la riqueza del concepto desde el punto de vista del derecho público y que el *aggiornamento* introducido por la Ley n.º 21435 no logró superar.

El análisis completo de esa última reforma escapa al alcance de este trabajo, mas nos detendremos en un aspecto esencial, cual es el alcance dado al término ‘agua’, objeto del derecho de aprovechamiento cuyo otorgamiento se le reconoce a los particulares.

Así, al artículo 5.º del *Código* –cuyo texto original disponía que las aguas son bienes nacionales de uso público y que se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas– fue modificado de manera de precisar que tales aguas comprende “cualquiera de sus estados”, lo que introduce una incertidumbre respecto de si aquellos estados que no son el líquido –esto es, el sólido y el gaseoso– también estarán sometidos al procedimiento concesional o, incluso, el de reconocimiento por el solo ministerio de la ley. Si bien la modificación prohibió constituir derechos de aprovechamiento sobre los glaciares –que son efectivamente aguas sólidas– no excluyó a las otras formaciones de agua sólida existentes, como lo es la nieve, icebergs, permafrost, etc. Tampoco excluyó expresamente el agua en estado gaseoso, como lo son las nubes. Por lo tanto, en virtud de dicha modificación, hipotéticamente se podría constituir derechos de aprovechamiento sobre todas esas aguas sólidas (que no sean glaciares) y las gaseosas, lo que, sin embargo, se estrella con otras normas del *Código* –como los artículos 2.º; 129 bis 6, 7 y 8; 140 n.º 3 y 263 n.ºs 4 y 5– que discurren sobre el agua solo en su estado líquido.

3.3. Procedimiento y autoridad encargada del procedimiento concesional

Conforme lo disponen el inciso final del artículo 142 e inciso primero del artículo 147 bis del *Código de Aguas*, el derecho de aprovechamiento se constituye mediante resolución de la Dirección General de Aguas (DGA), siempre que exista disponibilidad del recurso y fuere legalmente procedente o, bien, mediante decreto supremo del Presidente de la República, en el caso de que existan dos o más solicitudes sobre las mismas aguas.

Según lo dispone el artículo 298 del *Código de Aguas*, la DGA es un servicio público que forma parte de la Administración Central del Estado y depende del Ministerio de Obras Públicas. Es un servicio público centralizado, donde las atribuciones radican en el Director General de Aguas, quien tiene la representación legal del Servicio ante los tribunales de justicia (artículos n.º 300, 301 y 302). En la actualidad, la gran mayoría de las funciones y atribuciones que le entrega el *Código de Aguas* se radican en los directores regionales, quienes actúan por delegación de funciones del Director General de Aguas, manteniéndose en el nivel central la resolución de los recursos de reconsideración, los aspectos normativos, la supervigilancia y dirección general de su labor.

El procedimiento para constituir el derecho de aprovechamiento está contenido en el párrafo 2.º del título I, del libro II del *Código de Aguas*, a cuyo cumplimiento lo somete el artículo 23 del mismo cuerpo. Escapa del objetivo de este trabajo el análisis de dicho procedimiento, no obstante lo cual destacaremos un aspecto que ha generado críticas, cual es el plazo para su tramitación.

Conforme lo dispone el artículo 134 del *Código de Aguas*, la DGA debe emitir un informe técnico y dictar resolución fundada que dirima las solicitudes de aprovechamiento elevadas por los particulares en un plazo máximo de cuatro meses, a partir del vencimiento del plazo de treinta días concedido para oponerse a la presentación, lo que muy rara vez se cumple, siendo habitual que los procedimientos se extiendan, incluso, por años. A la luz de ello, Alejandro Vergara Blanco ha criticado el desempeño que ha tenido la DGA, señalando que esta domina con absoluto voluntarismo la administración del recurso hídrico a través de facultades y atribuciones que ella misma se otorga en virtud de su actividad regulatoria; y que ejerce la potestad regulatoria de manera exorbitante, toda vez que los órganos llamados a ejercer un control sobre ella, Contraloría General de la República y tribunales ordinarios de justicia, actúan con absoluta deferencia, dejando indefensos a los administrados³⁷.

³⁷ VERGARA (2011), pp. 253-264.

Por su parte, Alberto Tala Japaz ha señalado que el procedimiento concesional que tiene a su cargo la DGA se caracteriza por la lentitud, burocracia y falta de claridad, lo que hace que los recursos hídricos queden cautivos en el farrago de la burocracia estatal³⁸.

Ello ha sido declarado también por la jurisprudencia, quien ha concedido amparos económicos y acciones de protección, por la vulneración de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, en contra de la DGA, al haber omitido resolución y haberse demorado excesivamente en los procedimientos sometidos ante dicho organismo, por cuanto “mantiene en la incertidumbre a los recurrentes al no otorgar el debido pronunciamiento a la solicitud”, más aún si en situaciones similares se han resuelto en plazos menores a los que la autoridad ha otorgado al caso de los recurrentes³⁹.

La Contraloría General de la República, en reciente dictamen, acogió una reclamación en contra de la DGA ante retardo en la tramitación del respectivo procedimiento, señalando que, si bien los plazos contemplados en la ley para las actuaciones de la Administración por regla general no son fatales, los artículos 3.º, inciso 2, y 8.º de la Ley n.º 18575 imponen a los órganos de la Administración el deber de observar los principios de eficiencia, eficacia y de accionar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites, como también la agilidad y expedición de los procedimientos administrativos (dictamen n.º 125384, de fecha 29 de julio de 2021)⁴⁰.

3.4. Carga impuesta al concesionario

Se suele señalar, como acerva crítica, que la constitución del derecho de aprovechamiento es gratuita, y que ello contraría su condición de “bien nacional de uso público”⁴¹.

³⁸ TALA (1999), p. 52.

³⁹ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO, causa rol n.º 3770/2015 (Protección), sentencia de 19 de noviembre de 2015; CORTE SUPREMA, causa rol n.º 35483/2015 (Apelación). Sala Tercera (Constitucional) de 3 de marzo de 2016.

⁴⁰ El dictamen agrega: “Considerando que el recurso de que se trata fue deducido en el año 2013 y resuelto recién el presente año 2020, sin que se adviertan razones que justifiquen tal dilación, procede que esa Dirección, además de adoptar las medidas necesarias a fin de que los asuntos que se le presenten en lo sucesivo sean resueltos oportunamente, instruya un procedimiento disciplinario tendiente a establecer las responsabilidades administrativas comprometidas”.

⁴¹ Para Pablo Jaegger, uno de los rasgos principales del derecho de aguas chileno es la “Gratuidad en la obtención de los derechos de aprovechamiento y durante la permanencia de ellos en el patrimonio particular”. JAEGER (2004). Por su parte, John Anthony Allen, geógrafo del King’s College London, estima: “A los privados en Chile se les regaló el agua, básicamente”, en entrevista al *Diario Financiero*, Santiago, 14 de mayo de 2010.

A nuestro juicio, ello no es efectivo, tanto porque no es completamente cierto que para los privados la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas haya sido y sea totalmente gratuito, como también porque el sistema original del *Código* de 1981 sufrió una poderosa modificación en el año 2005, que introdujo una carga permanente para el titular de los derechos, que hace que estos estén condicionados a su utilización, bajo sanción de caducidad.

Sostenemos que no es totalmente cierto que para los privados la constitución de un derecho de aprovechamiento haya sido gratuito, ya que, tratándose de constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas corrientes, las más de las veces ello requiere de la investigación, planificación y construcción de numerosas obras de captación, conducción, al almacenamiento y distribución de dichas aguas, a cuyo costo inicial se sigue el costo de su posterior mantención. Bajo el argumento de que el agua es un “bien de dominio público” –y más aún con la tesis privatista de que es un “bien nacional de uso público”, de propiedad del Estado– todas esas obras, al menos en su mayor parte, debieran ser de costo de la nación o Estado, lo que la historia de nuestro país demuestra que no ha sido así⁴². Así, es un hecho que en nuestro país el Estado ha promovido la inversión de los particulares en ese tipo de infraestructura, eludiendo incurrir en gastos él mismo, lo que ha logrado a través de una serie de normas, incluyendo, en primer lugar, al *Código de Aguas* (que asume por cierta la existencia de tales obras) y, después, con una serie de otras normas que promueven e incentivan esa inversión privada, en lugar de la pública. En materia minera ello se vuelve tanto más evidente, puesto que, a pesar de que las minas son de propiedad del Estado/nación y que en su explotación existe un “interés público”, el Estado nunca ha invertido en infraestructura hidráulica para proveer de agua a esa industria y a las comunidades cercanas a ella, ni menos la ha subsidiado, como sí lo ha hecho con la agricultura (como con la Ley n.º 18450, que fomenta la inversión privada en obras menores de riego y drenaje y promueve el desarrollo agrícola de los productores de las áreas beneficiadas).

Tratándose de la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas, lo anterior se hace aún más evidente, pues –como acerta-

⁴² Existen casos emblemáticos, como lo ocurrido con Arturo Villalón Sieulanne, quien en las primeras décadas del siglo XX destinó toda su fortuna al desarrollo del regadío en el Valle del Limarí, que incluyó la construcción de canales y embalses de la zona. De él se dice: “Fue un hombre de muy buena posición económica, que lo dio todo por la prosperidad de la zona y que murió en la ruina por llevar su sueño adelante”. Artículo “El legado de un visionario: Arturo Villalón Sieulanne”, publicado en la página de Embalse Recoleta www.embalserecoleta.cl/el_legado_de_un_visionario.html

damente señala Alberto Tala Japaz– el sistema jurídico discurre, en relación con tales aguas, bajo el predicamento conforme al cual, no teniendo el Estado recursos financieros suficientes para la exploración y consecuente hallazgo de las mismas, cuestión de interés general o público, los mismos fines públicos deben ser conseguidos con medios privados⁴³, lo que obviamente no tiene ninguna compensación económica.

Señalamos que, además de la existencia de costos invisibles y previos al otorgamiento de los derechos de aprovechamiento, está el hecho de que a contar de la reforma del año 2005 el sistema original del *Código* de 1981 sufrió una poderosa modificación, que introdujo una carga permanente para el titular de los derechos, que hace que estos estén condicionados a su utilización, bajo sanción de caducidad. De esa forma, el Estado incorporó una carga a los particulares de utilización de las aguas concedidas, que claramente destruye cualquier atisbo de gratuidad en la conservación de sus respectivos derechos. Así lo considera también parte de la doctrina nacional⁴⁴.

3.5. Transferibilidad del derecho

de aprovechamiento de aguas constituido y validez
de la venta del agua aprovechada

El derecho de aprovechamiento de aguas es transferible, conforme lo autorizan expresamente distintas normas del *Código de Aguas* vigente. Así, conforme lo dispone el inciso 1.º del artículo 20 del *Código de Aguas* el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad y la posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente, habiendo incorporado la Ley n.º 21435 una frase final al referido inciso primero, la cual dispone:

“El titular de un derecho de aprovechamiento inscrito podrá disponer de él con los requisitos y en las formas prescritas en este Código y demás disposiciones legales”.

Ello es concordante con lo dispuesto en el artículo 6.º del *Código*, al señalar que el derecho de aprovechamiento “consiste en el uso y goce temporal de ellas” y, más explícitamente, en el artículo 21 del mismo, el cual dispone que la transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción

⁴³ TALA (1999), p. 52.

⁴⁴ Para Camila Boettiger: “En la reforma al Código de Aguas del año 2005, la característica de la gratuidad “se reformó”, incorporando el Código costos de conservación del derecho, al establecer el pago de una patente por la no utilización total o parcial del derecho de aprovechamiento, la que si no es pagada puede llevar al remate y pérdida del mismo”. BOETTIGER (2019), p. 43.

de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del *Código Civil*, salvo en cuanto estén modificadas por el mismo *Código*. Ello está, además, en perfecta armonía con lo dispuesto en el inciso 11.º del numeral 24.º del artículo 19 de la Constitución, que reconoce el dominio del titular del derecho sobre su derecho.

Al poder transferirse el derecho de aprovechamiento, el nuevo titular puede destinar las aguas a cualquier lugar que él lo desee y, asimismo, destinarlo a cualquier uso, aunque el destinado previamente por su tradente hubiese sido diferente. Ello es posible porque, pese a que el artículo 140 del *Código de Aguas* exige que la solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento contenga, entre otras exigencias, “el uso que se le dará a las aguas solicitadas”, el inciso final del artículo 149 del mismo *Código*—introducido por la Ley n.º 20017, del año 2005— dispone:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 147 bis, el derecho de aprovechamiento constituido de conformidad al presente artículo, no quedará en modo alguno condicionado a un determinado uso y su titular o los sucesores en el dominio a cualquier título podrán destinarlo a los fines que estimen pertinentes”.

Su nuevo titular debe informar a la autoridad de ese nuevo uso, pero su omisión es sancionada solo con multa, según lo dispone el inciso 5.º del artículo 6 bis del *Código de Aguas*.

Si bien no existe duda alguna, entonces, que resulta perfectamente posible transferir el derecho de aprovechamiento, hay quienes han cuestionado que su titular pueda vender las aguas aprovechadas en virtud de su respectivo derecho de aprovechamiento, lo que, según veremos, no tiene fundamento alguno.

Según hemos señalado supra, ya sea que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas sea “reconocido” o “constituido” por la autoridad, tal acto entraña, también, la declaración de “desafectación” de aquella porción, parte o cantidad de dicho caudal de agua de dominio público que es extraída materialmente por el particular titular del derecho, que hace posible la apropiación por parte de este del agua desafectada, dejando subsistente el dominio público sobre el caudal de “aguas” del que procede. Por lo demás, si el ordenamiento ha permitido la venta del derecho de aprovechamiento, no se entiende la razón por la cual podría haber restringido la venta del agua aprovechada.

La falta de claridad del legislador en la determinación correcta de la naturaleza de las aguas ha llevado, incluso, a que algunos órganos de la Administración hayan estimado que la enajenación de aguas por parte del titular del

derecho “adolezca de objeto ilícito”⁴⁵. Ello no tiene fundamento válido alguno, y solo refleja la profunda confusión que existe en esta materia.

4. La utilización de aguas terrestres a través del reconocimiento legal (no concesional o “por el solo ministerio de la ley”)

En el *Código de Aguas* existen variadas disposiciones que establecen lo que la doctrina ha denominado “derechos de aprovechamiento adquiridos por el solo Ministerio de la Ley”, y que corresponden a aquellos “reconocidos” por el legislador a los cuales alude el inciso 11.º del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución. Estos son los siguientes:

- i. El establecido en el artículo 10 del *Código de Aguas*, sobre las aguas pluviales que caen o se recogen en un predio de propiedad particular, que corresponde al dueño de este;
- ii. El establecido en el inciso segundo del artículo 20, sobre las aguas que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad, que le corresponden al dueño del predio; y sobre las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas; y de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos en favor de terceros, que se le reconoce al propietario de las riveras;
- iii. El establecido en los artículos 44, sobre derrames que escurren en forma natural a predios vecinos, cuyo uso se autoriza sin necesidad de obtener un derecho de aprovechamiento, y 48, sobre drenajes, cuyo aprovechamiento se reconoce a favor de los beneficiarios del sistema; aunque la doctrina mayoritaria les niega el carácter de “derecho”, si no solo de “uso”;
- iv. El establecido en el artículo 56, sobre el agua para las bebidas y usos domésticos de subsistencia, obtenido de un pozo cavado en suelo

⁴⁵ Nos referimos al Ord. n.º 1051, de 4 de mayo de 2011, del director del Servicio de Impuestos Internos, en respuesta hecha por la Universidad del Desarrollo y la Pontificia Universidad Católica de Chile sobre la aplicación del IVA a transacciones en la organización “Mercado Electrónico de Aguas” (MEDA), en la cual sostiene dicha autoridad: “[...] esta distinción (entre consuntivos y no consuntivos) importa porque, según la doctrina (citando a GUZMÁN (1995)), el derecho consuntivo, al permitir la disposición material de su objeto –el agua– presentaría problemas para conciliarse con el dominio de la Nación toda, sobre las aguas”; agregando: “[...] dada su naturaleza de bien nacional de uso público, a pesar que el derecho real de aprovechamiento de aguas habilita a su titular para usar y gozar de determinadas dotaciones de aguas expresadas en volúmenes por unidad de tiempo y disponer del derecho real mismo, la enajenación del recurso hídrico adolecería de objeto ilícito”.

propio, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo, asignándosele al propietario del terreno, pero estableciendo que si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cerrarlo; y

- v. El establecido en el artículo 56 bis del *Código*, creado por la Ley n.º 21435, sobre las aguas halladas por los concesionarios mineros en las labores de exploración y de explotación minera, en la medida que sean necesarias para las faenas de explotación y sean informadas para su registro a la Dirección General de Aguas.

Estando focalizado el presente trabajo en los derechos de agua que la industria minera requiere para su operación, nos centraremos en analizar solo este último derecho de aprovechamiento, llamado habitualmente “aguas del minero”.

Adicionalmente a ello, analizaremos también el caso de los derechos de aprovechamiento que el artículo 88 del *Código de Minería* del año 1932 reconocía a los concesionarios mineros el:

“Aprovechase de las causas que corren por cauces artificiales o naturales, para la bebida de los operarios y animales y para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio”

y el uso de aguas “que corran por cauces naturales, en el beneficio de los productos de su mina”, el cual podía extenderse a los cauces artificiales “si estuvieran agotadas las aguas de los cauces naturales”; pues respecto de ellos se ha planteado la posible subsistencia de los mismos, con posterioridad a la promulgación del *Código de Aguas* actualmente vigente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 111 del *Código de Minería* y artículo 1.º transitorio de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

4.1. Las “aguas del minero”

4.1.1. Justificación

Es usual que en la explotación de las minas aparezcan fortuitamente aguas subterráneas, las que, la mayor parte del tiempo, representan una carga, pues ello obliga a desaguarlas, por razones operacionales y de seguridad; pero históricamente el legislador ha permitido su aprovechamiento, estableciendo un derecho sobre las mismas. La justificación de ello es que, si bien el afloramiento de esas aguas en las labores mineras puede generar inconvenientes, tanto en operaciones a rajo abierto como subterráneas (seguridad, operacionales, medioambientales), también su uso puede permitir el desarrollo de

esas operaciones de mejor manera, incorporándolas a los distintos procesos. Se tratan de aguas no buscadas, que surgen espontáneamente. Su caudal es variable y su calidad también es variable. Estas aguas representan poco más del 10 % de la extracción total de agua que realiza la minería.

Actualmente, se encuentran reglamentadas en dos normas contenidas en dos distintos *Códigos*, como son el artículo 56 bis del *Código de Aguas* (introducido como tal por la Ley n.º 21435) y el artículo 110 del *Código de Minería*, estando este último conectado con el artículo 8.º de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, el cual dispone en su inciso final que “los titulares de concesiones mineras tendrán los derechos de agua que en su favor establezca la ley”.

4.1.2. Origen histórico⁴⁶

Esta figura tuvo su origen en el artículo 945 del *Código Civil*, que estaba contenido en el título XIV, sobre “Algunas acciones posesorias especiales”, del libro segundo, que estuvo vigente hasta el año 1951. Dicho artículo disponía:

“Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo: pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegar”.

Este artículo, a su vez, tuvo su inspiración en reglas romanas y medievales.

En el *Código de Minería* de 1874 se dispuso, en su artículo 9º: “Las aguas procedentes de los trabajos subterráneos de las minas pertenecen a éstas”.

Tanto el *Código* de 1888 como el del año 1932 mantuvieron esa misma norma, en sus artículos 9.º y 85, respectivamente.

En el año 1951 se dictó el primer *Código de Aguas* nacional, en cuyo artículo 54 se estableció:

“Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, carboníferas, salitreras o petrolíferas, dentro de ellas, el aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación”.

El *Código de Aguas* de 1967 mantuvo, en su artículo 67, casi inalterado el antiguo artículo 54 del *Código* anterior, modificando solo la palabra ‘aprovechamiento’ por la expresión ‘uso’.

⁴⁶ Un completo análisis del origen histórico de esta institución se encuentra en VERGARA (1999b), p. 162. En este trabajo expondremos un breve resumen de lo allí indicado.

El *Código de Aguas* de 1981 estableció, en el inciso 2.º del artículo 56:

“Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación”.

En el año 1983 se dictó el *Código de Minería*, en cuyo artículo 110 –vigente hasta hoy– dispone:

“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”.

En virtud de tales normas, el titular de una concesión minera que encontrare (“hallara”) aguas en sus labores adquiriría el derecho de aprovechamiento sobre ellas por el sólo ministerio de la ley, sin intervención de la Administración, en la medida que ellas fuesen “necesarias”.

Sobre los problemas surgidos con ocasión de la aplicación de esta norma, nos remitimos a los completos análisis jurisprudenciales que en nuestro derecho ha realizado por Daniela Rivera y Alejandro Vergara⁴⁷.

4.1.3 Modificación introducida por la Ley n.º 21435

Hasta antes de la modificación al *Código de Aguas* las “aguas del minero” los textos de los artículos 56 del *Código de Aguas* y 110 del *Código de Minería* coincidían en lo fundamental, diferenciándose únicamente en que el artículo 56 del *Código de Aguas* asignaba ese derecho de aprovechamiento a “los dueños de pertenencias” –que, como bien sabemos, corresponde a una de las dos clases de concesión minera existentes, de exploración y de explotación, también llamada “pertenencia”– en tanto que el artículo 110 del *Código de Minería* reconoce ese mismo derecho al titular de ambos tipos de concesión y, por lógica consecuencia, extiende la necesidad requerida no solo a la explotación, sino, también, a la exploración, agregando adicionalmente al “beneficio” que pueda realizar. Sobre dicha diferencia entre textos surgió discusión doctrinal, que la mayoría interpretó a favor del artículo 110, por ser este posterior al artículo 56 del *Código de Aguas*, ya que versando ambas sobre la misma materia, no

⁴⁷ RIVERA y VERGARA (2015).

podía aplicarse al caso la regla de la especialidad⁴⁸. En igual sentido lo interpretó la jurisprudencia⁴⁹.

La Ley n.º 21435 eliminó el inciso segundo del artículo 56 del *Código de Aguas*, e introdujo un nuevo artículo dedicado exclusivamente a las “aguas del minero”, el artículo 56 bis, cuyo texto es el siguiente:

“ARTÍCULO 56 BIS. 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. Deberán indicar su ubicación y volumen por unidad de tiempo y las actividades que justifican dicha necesidad. En caso de haber aguas sobrantes, igualmente deberán informarlas. El uso y goce de estas aguas se extinguirá por el cierre de la faena minera, por la caducidad o extinción de la concesión minera, porque dejen de ser necesarias para esa faena o porque se destinen a un uso distinto.

El 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, la que deberá emitir un informe técnico en el plazo de noventa días corridos, contado desde la recepción de la información señalada en el inciso anterior. El referido informe deberá considerar la evaluación ambiental a la que se refiere el inciso cuarto de este artículo. Dicho plazo podrá ser prorrogado

⁴⁸ ALBURQUENQUE (1999), pp. 19-24. En igual sentido, RIVERA y VERGARA (2015), informe en derecho para la colecciones jurídicas de la Corte Suprema.

⁴⁹ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013, causa rol n.º 6997/2012 (Otros). Sala Primera, la que señala: “Que del sólo tenor de las disposiciones contenidas en el artículo 56 inciso segundo del Código de Aguas y 110 del Código de Minería, se constata que la situación regulada en el primero queda comprendida en el segundo, en razón que este último es más amplio que el primero, en cuanto al contenido del derecho que reconoce, pero no en relación a su ejercicio –que continúa regido por el estatuto de aguas y los principios que lo informan [...]”; (/) y “[...] que, si bien el artículo 244 del Código de Minería, posterior al Código de Aguas, contempla la derogación de toda disposición contraria o incompatible con sus preceptos, tal efecto no se advierte en la especie en relación a la regulación contenida en el artículo 56 inciso segundo del Código de Aguas, desde que no se aprecia una antinomia o contradicción entre ellas, sino únicamente que el artículo 110 del cuerpo legal que rige la actividad minera reconoce título sobre las aguas halladas en las labores mineras de exploración, explotación o beneficio [...] En sustento de dicha posición, se ha entendido que el artículo 110 del Código de Minería, al señalar que el derecho de aprovechamiento se tiene ‘según el tipo de concesión de que se trate’, inequívocamente reconoce que comprende las de exploración, explotación y beneficio [...]”.

solo por una vez y justificadamente. En caso que se verificare una grave afectación de los acuíferos o a los derechos de terceros a consecuencia de estos aprovechamientos, la Dirección General de Aguas limitará su uso.

La Dirección General de Aguas, por resolución, determinará las formas, requisitos y periodicidad en que se deberá entregar la información, incluyendo un procedimiento simplificado para la minería artesanal y pequeña minería, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 142 del Código de Minería.

Lo expresado en el presente artículo, no obsta que en la exploración o explotación se aplique la correspondiente evaluación ambiental, conforme a la ley N° 19.300 y su reglamento, como también respecto de su seguimiento y fiscalización, con el propósito de evaluar la sustentabilidad de la explotación del recurso”.

A partir de ese momento, la correspondencia que existían en esos dos cuerpos normativos se rompió, pues el legislador de aguas introdujo una serie de exigencias adicionales, distintas a la del texto del artículo 110, que se mantuvo sin modificación. Aplicando el mismo criterio que fue utilizado por la doctrina y la jurisprudencia para resolver cual norma prevalecía (entre el artículo 56 del *Código de Aguas* y el 110 del de *Minería*), ya analizado, entendemos que la norma del artículo 56 bis del *Código de Aguas* prevalece por sobre el artículo 110 del *Código de Minería*, por ser aquel posterior y no aplicarse la regla de la especialidad.

4.1.4. Contenido del nuevo artículo 56 bis y críticas al mismo

Como se señaló, el nuevo artículo 56 bis eliminó el carácter de “derecho por el sólo ministerio de la ley” que el anterior inciso 2.º del artículo 56 establecía respecto de las aguas de minero, y lo reemplazó eufemísticamente por una mera “utilización”, con el claro propósito de precarizar el estatus que la legislación anterior le reconocía, fundado en el “reconocimiento” que el inciso 11.º del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución le encomendó al legislador.

Los derechos por el solo ministerio que los mineros tenían sobre las aguas halladas en las labores de sus respectivas concesiones a la fecha de entrada en vigencia de la Ley n.º 21435, 6 de abril de 2022, tienen la calidad de “derechos reconocidos” a que alude el inciso 11.º del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución, por lo que a ellos también les resulta aplicable lo dispuesto en el artículo primero transitorio de la Ley n.º 21435, el cual dispone: “Los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley [...] continuarán estando vigentes”. Por tal razón, es-

timamos que el cambio de estatus jurídico de las “aguas del minero” establecido en el nuevo artículo 56 bis solo resulta aplicable a las concesiones mineras constituidas con posterioridad a la vigencia de dicha modificación, pues las concesiones mineras anteriores a ello ya tienen incorporadas, dentro de su estatuto legal, el “derecho de aprovechamiento” sobre las aguas halladas en sus labores.

El nuevo artículo 56 bis condiciona el “uso” de tales aguas halladas a que estas sean “necesarias para las faenas de explotación” y, además, que sean informadas a la Dirección General de Aguas (DGA) dentro de un plazo de noventa días, indicando su ubicación y volumen por unidad de tiempo y las actividades que justifican dicha necesidad. Así, la norma no considera la utilización de esas aguas para la “exploración” del yacimiento ni para el “beneficio” de los minerales ya arrancados, que son partes integrantes de la actividad minera, siendo precisamente el “beneficio” de los minerales a parte industrial de la actividad minera, que más ocupa agua sus procesos.

Asimismo, la norma obliga al concesionario minero a informar las aguas “sobrantes” (las que no se necesitan para la faena), lo que permitiría que cualquier tercero pudiera constituir derecho de aprovechamiento, sin otorgar al concesionario minero un derecho preferente ante la solicitud de ese tercero, como si lo hace respecto al titular de derechos de aprovechamiento por el solo ministerio de la ley señalado en el artículo 20.º (vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad y aguas en lagos menores) en caso de subdivisión de los predios respectivos. Parece evidente que la constitución de un derecho de aprovechamiento por parte de un tercero dentro de una concesión minera producirá serios problemas para el ejercicio de las facultades inherentes al derecho del titular, lo que perfectamente podría haberse evitado con el reconocimiento de esa preferencia.

También la norma establece que el uso y goce de estas aguas se extinguirá por el cierre de la faena minera, por la caducidad o extinción de la concesión minera, porque dejen de ser necesarias para esa faena o porque se destinen a un uso distinto. Respecto a la causal de “cierre de la faena”, el artículo 56 bis no distingue si es cierre “final” o también “parcial” y, aparentemente, hace procedente la extinción aun cuando la concesión minera donde se hubiesen hallado las “aguas del minero” subsista, lo que otorga inestabilidad a la institución.

Además de ello, las otras causales de extinción –de que las aguas “dejen de ser necesarias” o que “se destinen a un uso distinto”– serán ponderadas por la DGA, lo que necesariamente debiera ser de competencia de los tribunales ordinarios de justicia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 n.º 24 inciso 8.º de la Constitución. Y ello, porque al ser las “aguas del minero” parte del estatuto legal de las concesiones mineras, lo que se dice del todo debe entenderse que se dice de cada una de sus partes.

Finalmente, la norma del artículo octavo transitorio de la Ley n.º 21435 –que aparentemente solo establece el plazo de quince meses, contados desde la entrada en vigencia de la ley, para informar a la DGA los volúmenes extraídos por los concesionarios en sus labores– esconde, en realidad, una nueva causal de limitación (que puede ser total) de las aguas que se estuvieran utilizando, al señalar que la DGA tendrá la facultad de “limitar fundadamente” el uso de las aguas informadas “en caso que se verificare una grave afectación del acuífero a consecuencia de estos aprovechamientos”, lo que nuevamente queda a la discrecionalidad (o arbitrariedad) de la Dirección General de Aguas.

En resumen, la norma analizada adolece de serias deficiencias técnicas, que producirán posteriormente problemas interpretativos, socavando la seguridad jurídica que ha sido clave para el desarrollo de nuestra industria minera.

4.2. *Las aguas que el antiguo artículo 88 del Código de Minería de 1932 reconocía a los concesionarios mineros.*

4.2.1. Origen y contenido de la norma

El *Código de Minería* de 1932 incluyó, dentro de su título VIII párrafo II (“De los servicios que deben prestar los terrenos superficiales”), el artículo 88, el cual establecía:

“Art. 88. El minero podrá, asimismo, aprovecharse de las aguas que corran por cauces artificiales o naturales para la bebida de los operarios y animales y para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio, quedando en esta parte sometido a la legislación sobre uso de aguas para fines industriales.

Podrá también el minero usar las aguas que corran por cauces naturales en el beneficio de los productos de su mina, debiendo solicitar la respectiva merced en conformidad a las disposiciones legales.

Si estuvieren agotadas las aguas de los cauces naturales de la región, el minero podrá utilizar, con igual objeto, las que corran por cauces artificiales, siempre que el resto de las aguas no resulte de insuficiente para el uso a que están destinadas.

Para el aprovechamiento de las aguas con los fines indicados, podrá el minero ejecutar en los predios superficiales las obras que fueren necesarias”.

El origen de esta norma se encuentra en el artículo 14 título 6.º de las *Ordenanzas de Nueva España*, que luego fue recogido por artículo del 8.º del *Código de Minería* de 1874 y, asimismo, por igual artículo del *Código* de 1888.

4.2.2. Naturaleza jurídica del derecho concedido por el artículo 88

El referido artículo estaba incluido dentro del párrafo “De los servicios que deben prestar los terrenos superficiales”, respecto de lo cual Julio Ruiz Bourgeois estimó que ello fue por una “timidez” no justificada del legislador, pues lo correcto era haber empleado la palabra ‘servidumbres’⁵⁰ para referirse a lo allí normado, no obstante lo cual, al tratar el artículo 88, el mismo autor señaló:

“En el artículo 88 hay no sólo servidumbres, sino también el reconocimiento directo a favor del minero de un derecho a obtener merced de aguas; servidumbres y derechos que estarán complementados con la facultad del minero de ejecutar, en los predios superficiales, las obras que fueren necesarias a la utilización de las aguas (arts. 88, inciso 4.º del Código de Minas y 823 del Código Civil)”⁵¹.

4.2.3. Derogación y aplicación ultractiva de dicha norma

El artículo 88 del *Código de Minería* de 1932 fue modificado por el artículo 11 de Ley n.º 9909 (que también aprobó el texto del *Código de Aguas* de aquel año 1951), agregándole un inciso final, cuyo tenor fue:

“Las servidumbres sobre aguas que establece este Código se constituirán y ejercerán con arreglo a las disposiciones respectivas del Código de Aguas”,

redacción que deja la duda acerca de si estuvo referida a todos los derechos comprendidos por el referido artículo 88 o solo a las “servidumbres” que allí se regulaban dejando fuera a las “mercedes de agua” también incluidas en él. A su vez, dicha ley incluyó, en el texto mismo del *Código de Aguas*, concretamente en su artículo 182:

“Las servidumbres sobre aguas que establece este Código se constituirán y ejercerán con arreglo a las disposiciones respectivas del presente Código”.

La modificación que dicha Ley n.º 9909 hizo al artículo 88 del *Código de Minería* de 1932 (además de otros cuerpos legales) no integró el texto del *Código de Aguas* que fuera aprobado por aquella misma, no obstante lo cual, atendido el tenor del artículo 182 del mismo *Código*, permite concluir su íntima relación. De allí que cobre importancia el artículo 300 del *Código*, el

⁵⁰ RUIZ (1949), p. 24.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 42.

cual dispuso que las disposiciones del mismo *Código*: “se aplicarán sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos”, especificando que subsistirían:

“Los derechos de aprovechamiento que a la fecha de promulgación de este Código se hallen reconocidos por sentencia ejecutoriada y los que emanen: 1.- De mercedes concedidas por autoridad competente, sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 307 y 308; 2.- De los artículos 834, 835 y 836 del Código Civil, con relación a los propietarios riberaños, y del artículo 944 del mismo Código, adquiridos durante la vigencia de estas disposiciones, siempre que estén en actual uso y ejercicio con obras aparentes, y 3.- De prescripción”.

Por su parte, el artículo 308 del actual *Código de Aguas* (del año 1981) derogó el *Código* anterior de 1951, reproduciendo, con modificaciones menores, lo señalado en el artículo 300 del *Código* anterior.

En el año 1983 se dictó el actual *Código de Minería*, que derogó el *Código* anterior de 1932, y –dentro del párrafo 2.º del título VIII (“De los derechos y obligaciones de los concesionarios mineros”)– incluyó el artículo 111, cuyo tenor es:

“El uso de las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujetará a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables”.

Comentando estas disposiciones, Iván Obando⁵² destaca que en la historia fidedigna del establecimiento de dicha norma del *Código* (refiriéndose al Informe de la Primera Comisión Legislativa de la H. Junta de Gobierno, de abril de 1983) se dejó constancia que el referido artículo 111 “se refiere a la materia que trata el artículo 88, del Código de 1932”, concluyendo dicho autor que el artículo 111 del *Código* actual reemplazó el artículo 88 del *Código* anterior y, por otra parte, sustituyó el régimen legal desigual establecido en este último para el aprovechamiento o utilización de las aguas superficiales, procedentes de cauces naturales o artificiales, para las labores mineras, por un régimen legal uniforme para el uso de las demás aguas, agregando su opinión en cuanto a que ello:

“No afecta sus similares hipotética y válidamente adquiridas bajo su vigencia, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes”,

⁵² OBANDO (2004), pp. 17, 161-183.

abriendo con ello una innovadora interpretación de dicha disposición, que permitiría obtener su reconocimiento judicial, a través del procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 234 inciso 2.º del *Código de Minería*, y no por el procedimiento establecido en el *Código de Aguas*.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Alberto (2012): "Extractivismo y neo-extractivismo: Dos caras de la misma maldición". Diario digital *El Cronicon. El Observatorio Latinoamericano*) Disponible en <https://cronicon.net/paginas/Documentos/paq2/No.23.pdf> [fecha de consulta: marzo 2022].
- ALBURQUENQUE TRONCOSO, Winston (1999): "Conflicto entre el concesionario de aguas y el concesionario minero". *Revista de Derecho de Minas*, n.º 9 (Universidad de Atacama).
- ATRIA LEMAITRE, Fernando y Constanza SALGADO MUÑOZ (2015): *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile* (Santiago, Thomson Reuters).
- BARCELONA LLOP, Javier (2000): "Consideraciones sobre el dominio público natural", en Francisco SOSA WAGNER (ed.). *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI, Libro en homenaje al profesor Ramón Martín Mateo*, vol. 2 (Valencia, Tirant lo Blanch).
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (2001): *Instituciones de derecho ambiental* (Madrid, Editorial La Ley, 2001). También disponible en file:///C:/Users/carlo/Downloads/Dialnet-LosBienesPublicosEnElPensamientoDeAndresBelloYEnEl-7537614.pdf
- BOETTIGER, Camila (2019): "Caracterización del derecho de aprovechamiento de aguas y propuestas de reforma". *Actualidad Jurídica*, n.º 40 (Santiago, Universidad del Desarrollo).
- CIFUENTES GONZÁLEZ, Cristian (2017): *Proyección de consumo de agua en la minería del cobre 2017-2028*. COCHILCO. Disponible en www.cochilco.cl/Mercado de Metales/2017_09_20.pdf
- CLAUSSEN CALVO, Carlos (2010): "Acerca de la naturaleza jurídica del derecho emanado de la concesión minera". *Revista de Derecho de Minas, Aguas y Medioambiente*, n.º 10, pp. 1-34.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, (2017): "Los bienes públicos en el pensamiento de Andrés Bello y en el Código Civil chileno". *Revista Jurídicas*, n.º 14 (2). Disponible en file:///C:/Users/carlo/Downloads/Dialnet-LosBienesPublicosEnElPensamientoDeAndresBelloYEnEl-7537614.pdf
- CRUTZEN, Paul J. & Eugene F. STOERMER (2000): "The 'Anthropocene' ". *Global Change Newsletter*, No. 41.

- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Rafael (2021): "El extractivismo y sus despliegues conceptuales". *Revista RTR*, n.º 4. Disponible en <https://doi.org/10.29393/rtr4-11EDRD10011>
- D'ORS, Álvaro (1991): "Régimen jurídico de las concesiones mineras de la España romana: Los Bronces de Vipasca (texto, traducción y comentarios)". *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. III (Universidad de Atacama).
- ESPIÑOZA, M., C. RAMÍREZ, R. FERRANDO y J. ÁLVAREZ. (2015): "El extractivismo minero en Chile: Una crítica a la ideología del crecimiento económico". Disponible en https://biblioserver.sernageomin.cl/opac/datafiles/14905_v3_pp_473_476.pdf [fecha de consulta: marzo 2022].
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (2016): "La interpretación conforme con la Constitución: Una Aproximación Conceptual". *Ius et Praxis*, vol. 22, n.º 2, pp. 153-188. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200006&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 29 de abril de 2022].
- GUAITA, Aurelio (1982): *Derecho administrativo. Aguas, montes, minas* (Madrid, Editorial Civitas, 2ª edición).
- GUDYNAS, Ernesto (2015): *Extractivismos. Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza* (Cochabamba, CEDIB).
- GUZMÁN ALCALDE, Alberto y Ernesto RAVERA HERRERA (1998): *Estudio de las aguas* (Ediciones Congreso).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1995): *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2001): *El derecho privado constitucional chileno* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- HERRERA DONOSO, Ana (1960): *Comentarios al Código de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- JAEGGER COUSINO, Pablo (2004): "El innovador derecho de aguas chileno". *Revista del Abogado*, n.º 31 (Santiago, Colegio de Abogados de Chile).
- LAZO GONZÁLEZ, Patricio (1999): "El régimen jurídico de las aguas y la protección interdicial de los ríos públicos en el derecho romano". *Revista Estudios Históricos Jurídicos*, n.º 21, pp. 65-74.
- MARX, Karl (1980): *El capital, libro primero: El proceso de producción del capital* (México D.F., Siglo XXI), pp. 388 y 486.
- MONTES, Camila y Vania RAMÍREZ (2021): *Proyección de consumo de agua en la minería del cobre*. COCHILCO. Disponible en www.cochilco.cl/Listado Temtico/Informe-proyeccion-consumo-agua-2020-2032-rpi.pdf
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2002): *El dominio público: Estudio de su régimen especial de protección y utilización* (Editorial LexisNexis).
- NOVOA VÁSQUEZ, Laura (2014): *Agua: ¿bien público o privado?, 10 de octubre de 2014*. Ciper Chile. Disponible en www.ciperchile.cl/2014/10/10/agua-bien-publico-privado/

- OBANDO CAMINO, Iván Mauricio (2004): "Las servidumbres relativas a las aguas que establece el Código de Minería". *Revista de Derecho*, pp. 17, 161-183. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000200007>
- RIVERA BRAVO, Daniela y Alejandro VERGARA BLANCO (2015): *Derecho de aguas comentario de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2011-2014. El hallazgo de aguas en labores mineras. Delimitando un excepcionalísimo derecho de aprovechamiento de aguas* (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho). Disponible en www.researchgate.net/publication/281237730_2015_El_hallazgo_de_aguas_en_labores_mineras_Delimitando_un_excepcionalisimo_derecho_de_aprovechamiento_de_aguas_Informe_en_Derecho_para_la_Corte_Suprema_disponible_en_httpdecspjudclindexphpinformesin
- RUIZ BOURGEOIS, Julio (1949): *Instituciones de derecho minero chileno*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SAAVEDRA CRUZ, José (2009): "Las aguas como bien nacional de uso público". *Revista Justicia Ambiental*, año 1, n.º 1 (Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA)). Disponible en <https://fima.cl/site/wp-content/uploads/2009/08/Aguas-bien-nacional-de-uso-publico-Jose-Saavedra-Cruz-2008.pdf>
- TALA JAPAZ, Alberto (1999): *Derecho de recursos naturales. Ambiente aguas minas* (Santiago, Ediciones La Ley).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1992a): *Principios y sistemas del derecho minero* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1992b): "Contribución a la historia del derecho de aguas, III: Fuentes y principios del derecho de aguas indiano". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, n.º 2, pp. 311-332.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1999a): "Naturaleza jurídica de los 'bienes nacionales de uso público'". *Ius Publicum*, n.º 3, pp. 82-83.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1999b): "Reconocimiento Ipso Iure y ejercicio del especialísimo derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras, ambas disposiciones resultan perfectamente compatibles". *Acta de las II Jornadas de Derecho de Minería* (Universidad Católica del Norte).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004a): "Público y privado ante la dogmática y la teoría del derecho. En especial, las disciplinas de bienes públicos, minas y aguas". *Revista de Derecho Público*, vol. 66 (Universidad de Chile), pp. 495-524.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004b): "La Summa Divisio de Bienes y Recursos naturales en la Constitución de 1980". *Ius Publicum*, n.º 12.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010): "La Summa Divisio Iuris público/privado de las disciplinas jurídicas". *Revista de derecho*, n.º 17(1), pp. 115-128. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000100005>
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2011): *Actas de Derecho de Aguas*, N° 1 (Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing), pp. 253-264.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2014): "Las aguas son bienes comunes de los usuarios de cada río, de cada acuífero". *Revista Riego y Drenaje*. Disponible en <http://vergarablanca.cl/las-aguas-son-bienes-comunes-de-los-usuarios-de-cada-rio-de-cada-acuifero/>

WAGNER, Lucrecia (2020): "Extractivismo (América Latina, 2000-2020)". Disponible en www.teseopress.com/diccionarioagro/chapter/extractivismo/

ZUÑIGA URBINA, Francisco (2005): "Constitución y dominio público: Dominio público de minas y aguas terrestres". *Ius et Praxis*, n.º 11(2), pp. 65-101. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200003>