

LAS MINAS Y LAS AGUAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Winston Alburquenque Troncoso

Abogado

Profesor ayudante Derecho de Minas y Aguas

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. PRIMERA PARTE: LAS MINAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980. 1° Origen de la norma constitucional 2° Aspectos jurídico-mineros tratados por la Constitución de 1980 a) Dominio del Estado sobre las minas b) Sustancias minerales y su concesibilidad c) Régimen de amparo d) Reserva legal en materia minera e) Protección jurídica al concesionario minero f) Orden Público Económico-Minero. SEGUNDA PARTE: LAS AGUAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980. 1° Orígenes legislativos de la actual norma constitucional 2° Actual consagración de las aguas en la Constitución. CONCLUSIONES. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución ha consagrado un estatuto garantístico de los derechos y deberes de las personas. En este estatuto, especial regulación tiene la protección de los derechos económicos, que se ve reflejado en la protección constitucional al derecho de propiedad. Dentro de este estatuto garantístico, y en especial el relativo al derecho de propiedad, se encuentra establecido la regulación de los únicos recursos naturales que tienen una consagración en la Constitución de 1980: las minas y las aguas.

La regulación de dos recursos naturales en una constitución es una situación bastante excepcional dentro de las cartas fundamentales mundiales y tienen, en el caso de Chile, un fundamento mas histórico que jurídico. En efecto, antes de la dictación de la actual Carta Fundamental, nuestro país vivió dos procesos político-jurídicos que motivaron al constituyente otorgarle una especial protección a las minas y a las aguas: la nacionalización de la gran minería del cobre y la reforma agraria.

El establecimiento de un Orden Público Económico que consagre principios y protección a las actividades económicas incluye a las minas y a las aguas porque son objetos de propiedad y susceptibles de explotar con un fin económico. La Constitución en este afán de darle a estos recursos naturales una mayor protección, trata a las minas y las aguas en el capítulo III "De los derechos y deberes constitucionales", específicamente, en el artículo 19 número 24 incisos 6° al 11°, sin perjuicio de las normas transitorias de la Constitución sobre algunos aspectos específicos en materia minera.

El objetivo del presente trabajo es sistematizar, de una manera general, la regulación constitucional que tienen las minas y las aguas, sus orígenes legislativos y ciertos principios que informan a esta disciplina a la luz de la Constitución de 1980.

El trabajo se dividirá en dos partes: La primera relativa a las minas y la segunda a las aguas, en las cuales se estudiarán los antecedentes legislativos y circunstancias que dieron lugar a las normas constitucionales y posteriormente, su sistematización en la Carta Fundamental.

Se termina la exposición con las conclusiones de rigor.

II. PRIMERA PARTE: LAS MINAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

En esta parte se revisará el tratamiento de las minas en la Carta Fundamental, para lo cual se dividirá la exposición en los orígenes de la norma constitucional (1°) y en los aspectos jurídico-mineros tratados en la Constitución (2°).

1° *Origen de la norma constitucional*

La primera consagración constitucional en materia minera se estableció en 1971 con la reforma a la Constitución de 1925, a través de la Ley N° 17.450, en la que se introdujeron los incisos 4°, 5° y 6° al artículo 10 N° 10 de dicha Carta Fundamental, que a continuación se reproducen:

“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.

La Ley determinará qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso anterior, entre las cuales no podrán considerarse los hidrocarburos líquidos y gaseosos, podrán ser objeto de concesiones de explotación, la forma y reguardos del otorgamiento y disfrute de dichas concesiones, la materia sobre que recaerán, los derechos y obligaciones a que darán origen y la actividad que los concesionarios deberán desarrollar en interés de la colectividad para merecer amparo y garantías legales. La concesión estará sujeta a extinción en caso de no cumplirse los requisitos fijados en la ley para mantenerla.

La ley asegurará la protección de los derechos del concesionario y en especial de sus facultades de defenderlos frente a terceros y de usar, gozar y disponer de ellos por acto entre vivos o por causa de muerte, sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior. En aquellas cuestiones sobre otorgamiento, ejercicio o extinción de las concesiones que la ley entregue a la resolución de la autoridad administrativa, entre las cuales no podrán estar las que se refieren a la fijación de los requisitos de amparo, habrá siempre lugar a reclamo ante los tribunales ordinarios de justicia”.

Además de esta modificación, se agregó la 16ª disposición transitoria que declaró que aquellos titulares de derechos mineros que en virtud de la legislación vigente se consideran a sí mismos como titulares de “propiedad” minera ahora deberán saberse de titulares de derechos mineros en calidad de “concesionarios”.

Esta consagración patrimonialista de las minas solo viene en confirmar el criterio que hasta la fecha venía reconociendo la legislación y que tiene sus orígenes en el derecho medieval, específicamente, en las Cortes de Nájera de 1138, pasando por el propio Código Civil en su artículo 591.

Esta reforma fue la que posibilitó la nacionalización de las empresas de la Gran Minería del Cobre y de la Compañía Minera Andina.

En el año 1976 y en el ejercicio del Poder Constituyente, a través del Decreto Ley N° 1.552 de 13 de septiembre de 1976, se dicta el Acta Constitucional N° 3, que derogaba el artículo 10 de la Constitución Política de 1925. En su reemplazo, en el artículo 1° N° 16 inciso 7° y final, señaló el Acta Constitucional N° 3:

“Un estatuto especial regulará todo lo concerniente a la propiedad minera”.

Además, el artículo 4° transitorio, inciso 1° del Acta Constitucional N° 3 señaló:

“Mientras no se dicte el Estatuto especial a que se refiere el inciso séptimo del artículo 1 de esta Acta, mantendrán su vigencia las disposiciones de los incisos cuarto, quinto, sexto y décimo del N° 10 del art. 10 de la Constitución Política de la República”.

No obstante lo señalado por el Acta Constitucional N° 3 de 1976, seguirá rigiendo el mismo esquema general establecido en 1971.

La Constitución de 1980 reguló la materia minera en el artículo 19 N° 24 incisos 6° al 10°. Esta normativa tiene un debate previo de interesantes aspectos dogmáticos que a continuación esbozamos.

El proyecto original de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución consignaba que el Estado tiene el dominio eminente, virtual de las minas, concepto que afirmaba la propiedad del Estado soberano sin características especiales, salvo las tradicionales de usar, gozar y transferir.

Esta concepción, denominada del dominio eminente del Estado, reconocía a los particulares que explotaban los asientos minerales una forma de propiedad especial, ya que no era perpetua y podía extinguirse como toda concesión en ciertos casos.

Por otro lado, estaba la postura patrimonialista, aquella que pretendía seguir con el tratamiento jurídico de las minas consagradas en la Constitución de 1925 en 1971 y establecer que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible sobre las minas, vale decir, dominio pleno, patrimonialista.

Los partidarios del régimen patrimonial, liderados por el profesor Carlos Ruiz Bourgeois justifican su posición a través de los siguientes argumentos:

a. La proyección al exterior del poder constituyente.

Por la Ley N° 17.450 se nacionalizó la Gran Minería del Cobre; y en aquella oportunidad, para lo efectos de evitar los problemas que se iban a plantear con motivo de la existencia de los contratos leyes, se concluyó que la simple vía de la expropiación no era suficiente para llevar la nacionalización de la Gran Minería del Cobre. Entonces, se optó por la reforma constitucional y se aprovechó de elevar al carácter de precepto fundamental el relativo al dominio del Estado sobre las minas, naturalmente no en el mismo carácter en que estaba consagrado en el Código Civil y en el Código de Minería, y en el carácter con que generalmente la doctrina del dominio eminente lo había interpretado.

En la época de la génesis de la Constitución existía gran expectación mundial sobre los movimientos que el Gobierno de Chile hacía en materia minera, por lo que para esta posición doctrinaria, era importante ser coherente con la política seguida con la Gran Minería del Cobre.

b. La preservación de las riquezas mineras se ejecuta mejor en la medida en que el Estado tenga un dominio patrimonial.

Esta posición considera que la preservación de estos recursos se logra mejor si el Estado tiene un dominio absoluto que si tiene solamente un dominio radical o eminente.

En el fondo se está atribuyendo el dominio de la riqueza minera existente en el territorio nacional y que ella incluye aquella potencialmente existente, pero que se ignora que exista y que, desde el punto de vista del objeto del Derecho, no sea precisamente un objeto apto para un derecho, en la medida en que se desconozca su existencia. Es posible que se espere que exista, pero mientras no se le encuentre no puede ejercer el derecho de dominio sobre ella.

c. La único que tendría que hacerse para satisfacer íntegramente la necesidad de seguridad del inversionista es prever alguna forma de indemnización en los casos de expropiación hecha de modo que no solo se indemnice la inversión hecha, sino las justas expectativas que tuviere de llegar a extraer esa riqueza.

Por otro lado, los profesores que sustentaban la posición del dominio eminente, liderados por el profesor Samuel Lira Ovalle, basaban su postura en los siguientes argumentos:

a. Se debe prescindir de las normas constitucionales y legales que se hayan adoptado toda vez que en la minería hay un factor que no existe en las demás industrias: la "aleatoriedad".

Frente a esta característica es fundamental rodear a la minería de la mayor seguridad jurídica posible y no debe añadirse a esta situación el riesgo jurídico y la inseguridad.

Si se entrega el dominio patrimonial de las minas al Estado es lógico que la única forma en que los particulares puedan explotar las minas, es a través de una concesión administrativa que sería el único instrumento jurídico para aprovechar bienes en un dominio tan marcado como este. No obstante lo anterior, una concepción de esta especie sería temporal, revocable, otorgada por vía de la autoridad administrativa y, esencialmente, precaria y discrecional, la que no se aviene en absoluto con las características de la industria minera.

- b. La propiedad del Estado sobre las minas no puede ser inalienable porque en la medida en que el yacimiento sea explotado y el minero se haga dueño de los materiales, se está adueñando también del yacimiento.
- c. El interés público está comprometido en el hecho de que las minas se exploten con la mayor eficiencia y el mayor beneficio posible para la colectividad y, a su juicio, la única manera de conseguirla es dando seguridad al minero.
Se señala que hay que asustarse de esta propiedad minera especial, porque está condicionada y, primero que nada, limitada, ya que el Estado puede reservar para sí y para su exploración y explotación las sustancias minerales que desee cuando el interés nacional así lo aconseje, lo cual podría ser por una simple ley.

Sobre el anterior debate, el presidente de la Comisión, el señor Ortúzar, señaló que este es un problema más académico que real y efectivo. Porque, en definitiva, todo dependerá, a su juicio, de la seguridad y de las garantías que se otorguen al derecho del descubridor para explorar y explotar la mina.

2° Aspectos jurídico-mineros tratados por la Constitución de 1980

El texto definitivo consagrado en el artículo 19 N° 24 inciso 6° al 10° es el siguiente:

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

Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de explotación o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.

El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.

La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.

Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional”.

La Constitución establece en materia minera, además los siguientes artículos transitorios:

Artículo segundo transitorio: “Mientras se dicta el nuevo Código de Minería, que deberá regular, entre otras materias, la forma condiciones y efectos de las concesiones mineras a que se refieren los incisos séptimos al décimo del número 4° del artículo 19 de esta Constitución Política, los titulares de derechos mineros seguirán regidos por la legislación que estuviere en vigor al momento en que entre en vigencia esta Constitución, en calidad de concesionarios.

Los derechos mineros a que se refiere el inciso anterior subsistirán bajo el imperio del nuevo Código, pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de dicho nuevo Código de Minería. Este nuevo Código deberá otorgar plazo a los concesionarios para cumplir los nuevos requisitos que se establezcan para merecer amparo legal.

En el lapso que medie entre el momento en que se ponga en vigencia esta Constitución y aquel en que entre en vigor el nuevo Código de Minería, la constitución de derechos mineros con el carácter de concesión señalado séptimo al décimo del número 24° del artículo 19 de esta Constitución, continuará regida por la legislación actual, al igual que las concesiones mismas que se otorguen”.

Artículo tercero transitorio: “La gran minería del cobre y las empresas consideradas como tal, nacionalizadas en virtud de lo prescrito en la disposición 17° transitoria de la Constitución Política de 1925, continuarán rigiéndose por las normas constitucionales vigentes a la fecha de promulgación de esta Constitución”.

De la lectura del texto constitucional podemos concluir que no existió ninguna modificación de fondo en cuanto al dominio del Estado sobre las minas en relación con el texto de la Constitución de 1925 reformada en el año 1971. Las variaciones en el nuevo texto constitucional están referidas a las garantías de los derechos de aprovechamiento que el Estado otorga a los particulares, toda vez que la Constitución de 1980 otorga un contenido de libertades y de protección a los derechos de los particulares que no puede ser comparado con la Carta Fundamental anterior.

No obstante lo anterior, la normativa constitucional en materia minera resulta un poco excesiva en su regulación, esto es, trata algunas materias con un detalle tal vez no muy propio de una Constitución. En todo caso, trata las materias esenciales que desde un punto de vista jurídico y en especial, de garantía de los derechos mineros, importan a esta actividad económica. Dichos temas podemos sistematizarlos de la siguiente manera:

- a) Dominio del Estado sobre las minas
- b) Sustancias minerales y su concesibilidad
- c) Régimen de amparo
- d) Reserva legal en materia minera
- e) Protección jurídica al concesionario minero
- f) Orden Público Económico-Minero

a) Dominio del Estado sobre las minas

La actual normativa constitucional sobre la materia mantiene el criterio patrimonialista sustentada en el texto constitucional anterior. De acuerdo a la norma citada, el dominio del Estado sobre las minas reviste de las siguientes características:

- Es absoluto: Comprende de todas las características del derecho de dominio y, por lo tanto, incluye las facultades de usar, gozar y disponer de la cosa objeto de este derecho.
- Es imprescriptible: El dominio del Estado no puede perderse por prescripción, porque otro posee la mina, ni aun por el goce inmemorial que este tercero alegue.
- Es inalienable: El Estado no puede enajenar las minas
- Es exclusivo: El Estado tiene un dominio exclusivo y excluyente de las minas.

El constituyente usa el verbo tener en su modo indicativo, tiempo presente: El Estado "tiene". Esta forma verbal se escogió con el objeto de representar que el dominio del Estado sobre las minas es permanente en el tiempo; en el pasado, en el presente y en el futuro.

b) Sustancias minerales y su concesibilidad

La expresión "mina" envuelve a toda acumulación de sustancias orgánicas e inorgánicas que se encuentren en el suelo o en el subsuelo susceptibles de ser extraídas y aprovechadas industrialmente, salvo las excepciones que la misma ley establece.

Pero como existía el riesgo que la expresión mina fuere considerada en sentido restringido, esto es, como toda acumulación de sustancias del reino mineral, excluyéndose las que no tendrían ese origen. Por lo anterior es que se agregaron las covaderas (depósitos de guano), el carbón y los hidrocarburos, estas últimas con un origen volcánico.

Con el propósito de no excluir ninguna sustancia mineral, la norma constitucional agregó una guía de cláusula: "y las demás sustancias fósiles" la que comprende a todo mineral o roca de cualquier clase, orgánica o no, que provenga del suelo o del subsuelo.

La misma Constitución excluye del dominio del Estado las arcillas superficiales, en razón a la existencia de arcilla en gran parte de los terrenos agrícolas. La norma Constitucional señala que corresponderá a una ley determinar qué sustancias pueden ser objeto de concesiones mineras. Esta ley deberá ser, de acuerdo al Tribunal Constitucional, Orgánica Constitucional.

Sobre el particular, la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, Ley N° 18.097, de 1982, en su artículo 3° enumera las sustancias no concesibles, es decir, invirtió la regla general establecida en la Constitución ya que para la Carta Fundamental es la inconcesibilidad le regla general, y la Ley Orgánica Constitucional, consagró la concesibilidad como regla general.

La norma Constitucional se refiere a aquellas sustancias que no son concesibles, las que pueden serlo por la naturaleza de la sustancia o por la ubicación de esta:

Son inconcesibles por su naturaleza:

- i) Los hidrocarburos líquidos y gaseosos;
- ii) El litio;

Son inconcesibles en razón de su ubicación:

- i) Los yacimientos de cualquier especie que se encuentren en aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional, salvo aquellos a los cuales se tenga acceso por túneles desde tierra;
- ii) Los yacimientos situados, en todo o en parte, en zonas que conforme a la ley se determinen como de importancia para la seguridad nacional

Las formas en que el Estado puede explorar, explotar o beneficiar tales yacimientos:

- i) Directamente, como sería el caso de que actuara a través del Ministerio de Minería o si creara un servicio público para ello;
 - ii) Por sus empresas;
 - iii) A través de concesiones administrativas;
 - iv) Por medio de Contratos Especiales de Operación o también denominados Contratos de Riesgo. Estos contratos están regulados en el DFL N° 2, de 1987, del Ministerio de Minería.
- c) Régimen de amparo

La norma constitucional se refiere al régimen de amparo como el sistema para obtener el cumplimiento de la obligación de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica el otorgamiento de la concesión minera.

El sistema establecido por nuestra legislación tiende en forma indirecta al cumplimiento de la obligación constitucional y consiste en el pago de una patente anual que se pague en proporción a la cantidad de hectáreas que tenga su titular.

La norma constitucional establece que las causales de caducidad por incumplimiento del régimen de amparo deben ser establecidas al momento de otorgarse la concesión y deberán estar contempladas en una ley con el rango de orgánica constitucional.

- d) Reserva legal en materia minera

La reserva legal en materia minera está marcada por el expreso deseo de la Constitución de que la regulación de ciertos contenidos referidos a las concesiones mineras solo se hiciese a través de una ley orgánica constitucional, la que fue dictada en 1982, a través de la Ley N° 18.097, Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

Las materias que según la Carta Fundamental deben ser reguladas por una ley orgánica constitucional y que, por lo tanto, no pueden estar contenidas en leyes de otro rango son las siguientes:

- i) Los derechos y obligaciones de los concesionarios mineros;
- ii) El régimen de amparo;
- iii) Las obligaciones y limitaciones a que están sujetos los predios superficiales para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de las minas, y
- iv) Las sustancias que pueden ser objeto de concesión.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en sentencia de 22 de diciembre de 1981, refiriéndose al ámbito legítimo de las leyes orgánicas constitucionales señaló lo siguiente:

“El objetivo de las leyes orgánicas constitucionales es desarrollar en un texto armónico y sistemático los preceptos constitucionales en aquellas materias que el constituyente ha reservado a dichas leyes. Según su filosofía matriz, puede decirse que esta nueva categoría de leyes están llamadas a ocupar un intermedio entre la Constitución y la ley común”.

En materia minera, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la reserva legal en cuatro sentencias; de 26 de noviembre de 1981, de 22 de diciembre de 1981, y dos sentencias de 6 de septiembre de 1983, una sobre el proyecto de Código de Minería y la otra sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

e) Protección jurídica al concesionario minero

La protección jurídica al concesionario minero sobre su concesión está consagrada en el artículo 19 N° 24 inciso 9 de la Constitución de 1980 toda vez que incorpora el derecho de dominio del concesionario sobre su concesión minera, como un bien protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad.

Se protege por tanto el dominio sobre un derecho real, pues así define la Ley Orgánica Constitucional y el Código de Minería a la concesión minera, esto es, se protege el dominio sobre una cosa incorporal. Lo anterior ya está consagrado en la Constitución en el artículo 19 N° 24 inciso 1°, al asegurar a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clases de bienes corporales o incorporales.

Es la primera aplicación que la Constitución hace de esa garantía y recae, precisamente, sobre el derecho de dominio de la concesión minera.

Luego, ante cualquier acto u omisión, arbitraria o ilegal, que produzca privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio, por parte del concesionario, de su derecho de dominio sobre la concesión minera, este puede intentar la acción de protección.

Debe tenerse presente que la protección que hace la Constitución impone a la autoridad y a los privados, en cuanto a que en ningún caso puede afectarse la esencia, el núcleo de la propiedad sobre las concesiones mineras, ni imponerse restricciones que impidan su libre ejercicio.

f) Orden público económico minero

El orden público económico está muy bien definido por el profesor José Luis Cea Egaña como: "*Conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución*".

Lo más importante del orden público económico para efectos de nuestro estudio son las garantías constitucionales en él consagradas y las limitaciones a la potestad pública que estas conllevan. Las garantías señaladas están consagradas en la Carta Fundamental en el artículo 19 números 21, 22, 23, 24 y 26, de las cuales las más relevantes en materia minera son: La libre iniciativa y la igualdad de trato, el derecho a la propiedad y el derecho de propiedad, y la esencia de los derechos y su libre ejercicio.

La actividad minera es una actividad económica y como las demás, ha recibido un especial vigor en cuanto a su seguridad jurídica por parte de la Constitución. Por lo tanto, es posible configurar un orden público económico minero.

Este orden público económico minero se manifiesta a través del especial establecimiento de un conjunto de derechos y regulaciones dirigidos a garantizar la propiedad sobre la concesión minera, protegiendo su libre apropiación, la seguridad de que su propiedad pueda mantenerse bajo la titularidad privada, su libre traspaso a terceros, y en definitiva, una protección frente a la autoridad y a privados por los posibles ataques a los derechos que surgen de la concesión en su esencia o por la imposición de condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

III. SEGUNDA PARTE: LAS AGUAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El análisis de esta parte se dividirá en los textos legales que sirvieron de antecedentes para la actual consagración constitucional de las aguas (1°) y posteriormente, se señalará la normativa constitucional vigente (2°).

1° *Orígenes legislativos de la actual norma constitucional*

El Decreto Ley N° 1.552 de 13 de noviembre de 1976 se dicta el Acta Constitucional N° 3, el que en su artículo 1° N° 16 inciso final señala que: "Un estatuto especial regulará todo lo concerniente (...) al dominio de las aguas".

La normativa de aguas a esa fecha era regulada por el Código de Aguas de 1951, el que incluía las modificaciones realizadas por la Ley N° 16.640, de 1967, sobre "Reforma Agraria".

Posteriormente, en el año 1979, se dictó el Decreto Ley N° 2.603, que "modifica y complementa el Acta Constitucional N° 3; establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y faculta al Presidente de la República para que establezca el régimen jurídico de las aguas".

En dicho texto se agrega al artículo 1° N° 16 del Acta Constitucional N° 3 el siguiente párrafo: "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos".

Dicho Decreto Ley suprimió de la Carta Constitucional N° 3 la referencia al "dominio" de las aguas, entendiendo que la propiedad se extendía sobre el derecho de aprovechamiento y no sobre las aguas directamente.

Este Decreto Ley es el que, en su artículo 2, facultó al Presidente de la República para que, en el plazo de un año contado desde la fecha de vigencia del mismo, dictara las normas necesarias para el establecimiento del régimen general de las aguas que modifique o reemplace, total o parcialmente, el Código de Aguas y las demás normas relativas a la misma materia. En virtud de tal delegación de facultades, el Presidente de la República dictó el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, que contiene el texto del Código de Aguas actualmente vigente.

En relación con el Decreto Ley N° 2.603, de 1979, también merece especial distinción la norma contenida en su artículo 7°, por medio de la cual se establecen dos importantes presunciones.

En efecto, el artículo 7° del citado Decreto Ley dispone que "se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos".

Agrega el inciso 2° que "en caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua".

Por otro lado, el Decreto con Fuerza de Ley N° 12.603, de 1979, señala en el artículo 1° que: "El derecho de aprovechamiento es un derecho real, que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas, en beneficio particular, con los requisitos y en conformidad a las disposiciones de esta ley".

2° Actual consagración de las aguas en la Constitución

La Constitución Política, en su artículo 19 N° 24 inciso final, señala:

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

Este artículo, al hacer mención a los derechos "reconocidos", se está refiriendo a los derechos consuetudinarios, esto es, a aquellos derechos inmemoriales que, no obstante no existir título o acto de autoridad alguno a su respecto, han sido siempre reconocidos por los distintos Códigos de Aguas. Dicho reconocimiento constitucional emana del Decreto Ley N° 2.603.

De acuerdo a la normativa constitucional podemos concluir que el constituyente quiso consagrar un derecho de propiedad sobre la concesión de aguas que incluye tanto a los derechos de aprovechamiento de aguas como a las concesiones de exploración de aguas subterráneas. La propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas está tutelado por el recurso de protección, según lo establece expresamente el artículo 20 de la Carta Fundamental.

IV. CONCLUSIONES

1° La consagración constitucional de un vínculo patrimonial entre el Estado y las minas es una situación excepcional en el ordenamiento jurídico chileno y está motivada por un antecedente jurídico-político como es el proceso de nacionalización de la Gran Minería del Cobre. Este vínculo patrimonial adquiere características plenas al calificarlo la Constitución como absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible.

2° La regulación minera en la Constitución intenta compatibilizar el interés del Estado sobre las minas, reflejado en un vínculo patrimonial, con la debida protección de los particulares en su derecho a explorar y explotar las minas en razón de su título concesional, otorgándoles a estos un derecho de propiedad sobre la concesión minera;

3° La Constitución reconoce un derecho de propiedad de los particulares sobre las aguas, ya sean que sobre estas se tenga un título constituido por la autoridad correspondiente o que sea reconocido por el uso inmemorial que se ha hecho de las aguas;

4° El orden público económico incluye a las minas y las aguas dentro de su esfera, toda vez que la Constitución reconoce y protege el derecho de propiedad que tienen los particulares sobre la concesión minera o sobre los derechos de aguas ya sea a través del recurso de protección o a través de las diversas acciones consagradas en la Carta Fundamental.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE: "Las Garantías Constitucionales". Editorial Jurídica de Chile, 1999.
2. GÓMEZ NÚÑEZ, SERGIO: "Principios generales que informan la legislación minera". En Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol I, 1990, p. 50.
3. RUIZ BOURGEOIS, CARLOS: "Fundamentos Constitucionales del Derecho de Minería". En Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol I, 1990, p. 75.
4. VERGARA BLANCO, ALEJANDRO: "Visión histórico-dogmática del derecho minero". En Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol I, 1990, p. 19.
5. VERGARA BLANCO, ALEJANDRO: "El orden público económico minero y la superposición de concesiones". En Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. II, 1991, p. 81.
6. VERGARA BLANCO, ALEJANDRO: "Constitución y reserva legal en materia minera". En Revista de Derecho de Minas, Vol. VII, 1996, p. 153.
7. VERGARA BLANCO, ALEJANDRO: "Derecho de Aguas". Editorial Jurídica de Chile, 1998.