



**UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO**

**EL CAMBIO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGUAS EN CHILE,  
PASO DE AGUAS PRIVADAS A PÚBLICAS  
UN PROCESO JURÍDICO ESPECIAL**

**MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES**

**MEMORISTA:  
Saúl Paulo Esteban Carrillo Ávila**

**PROFESOR GUÍA:  
Gustavo Manríquez Lobos  
Santiago, Chile  
2008**

## INTRODUCCIÓN

Especial, ese es el adjetivo que más se ajusta para definir el cambio de que trata este trabajo. Es especial por la materia particular en que se enmarca, el derecho de aguas, pero lo es aún más por las características específicas que tuvo.

El tema sobre que versa este trabajo es el cambio de la naturaleza jurídica de las aguas en Chile. Dicho cambio se produce a fines de la década del sesenta, y su contexto está dado por las modificaciones originadas en el proceso de la Reforma Agraria.

Debido a que se trata de un cambio, menester es que exista un antes y un después de él, y algún elemento que lo produzca, que es a la vez referencia de este antes y después. Son éstos los principales aspectos aquí analizados. El antes y el después está constituido por la diferencia en la naturaleza jurídica de las aguas, antes privadas, después públicas. El elemento que lo produce, la legislación respectiva, una particular convergencia de la ley de reforma agraria y una ley de reforma constitucional.

Para analizar cómo se produjo este cambio en la naturaleza jurídica de las aguas, en un primer capítulo haremos una breve referencia de cuál ha sido esta naturaleza jurídica en los diferentes cuerpos normativos desde el Código Civil. Posteriormente, en el capítulo segundo se analizará en detalle cómo se produjo este cambio, la legislación relevante respectiva, y el mecanismo jurídico especial empleado para ello. Finalmente, en el capítulo tercero se verán cuales han sido las características principales de los derechos de aprovechamiento en las distintas normativas.

## **CAPÍTULO I: REFERENCIA HISTÓRICA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGUAS EN CHILE.**

Con el propósito de una mejor comprensión de la materia sobre la que versa este trabajo, el cambio de la naturaleza jurídica de las aguas en Chile, su paso de privadas a públicas, es que creemos necesario hacer una breve referencia a cuál ha sido la naturaleza jurídica de éstas con anterioridad al cambio de que aquí trataremos.

La legislación sobre aguas en Chile, a lo largo de su historia, ha sido desarrollada en diferentes cuerpos normativos, y sus preceptos determinados por las menores o mayores necesidades del recurso, además de los factores políticos y sociales de esas épocas.

De acuerdo a lo anterior, y sin desconocer que con anterioridad a la instauración de la República hubo abundante legislación que tratara acerca de las aguas, para los efectos de nuestro trabajo nos referiremos sólo a los últimos cuatro cuerpos normativos sobre la materia, a saber: el Código Civil, el Código de Aguas de 1951, el Código de Aguas de 1969, y el Código de Aguas de 1981. De estos cuatro, los dos primeros tuvieron lugar antes de producirse el cambio de naturaleza jurídica al que aquí nos referimos, mientras que los dos segundos lo hicieron con posterioridad a él.

Respecto de las normas que regían con anterioridad a ellas, señala Vergara Duplaquet<sup>1</sup>, “(...) durante la época colonial y los primeros años de nuestra vida independiente, el régimen de las aguas en nuestro país, como en los demás de la América Hispana, se rigió por la legislación española; especialmente se deben mencionar Las Partidas y algunas Ordenanzas, como la de Intendentes y Corregidores, de 13 de octubre de 1749, dictada durante el reinado de Fernando VI, y una Real Cédula de Carlos II, de 15 de mayo de 1788.

---

<sup>1</sup> “Comentarios al Código de Aguas”, Figueroa Tagle, Hederra Donoso, Vergara Duplaquet, Pág. 10 – 11, obra citada en bibliografía.

Disposiciones propiamente emanadas de la autoridad chilena no encontramos sino hasta el 18 de diciembre de 1819, en que se dictó un Senado Consulto que determinaba las medidas de un regador de aguas<sup>2</sup>.

Las primeras normas sistemáticas sobre la materia son las contenidas en el Código Civil, que esboza el sistema de aguas en nuestro país dando los principios que posteriormente iban a servir de base al desarrollo de la legislación chilena sobre aguas.”

## 1.1 CÓDIGO CIVIL.

Éste, al ser nuestro primer cuerpo normativo de la etapa republicana tendiente a regir a la sociedad civil, no podía dejar de legislar sobre una materia tan importante como era el agua, sin embargo, observando las palabras que señala el Mensaje con que se presentó al Congreso Nacional el proyecto del Código Civil se denota cierta reserva para entrar al detalle de dicha regulación, dejando ésta a ordenanzas especiales. Señala al respecto el mensaje “Pero en este punto, como en todo lo que concierne al uso y goce de las aguas, el Proyecto como el Código que le ha servido de guía<sup>3</sup>, se ha ceñido a poco más que sentar las bases, reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diferentes localidades”

Si bien, como se señala en el Mensaje, el legislador reservó para ordenanzas especiales la regulación específica de las aguas, las que ciertamente fueron dictadas, y posteriormente sirvieron de base para la dictación del Código de Aguas, también es cierto es que nuestro Código Civil contenía un conjunto de normas para regulación de las aguas que abarcaban diversos temas, y que nos acompañó por casi cien años. Esta regulación comprendía desde su calificación jurídica, como Bienes Nacionales de uso público para la mayor parte de ellas, hasta la forma de adquirir los derechos correspondientes, contemplando, incluso, derechos anexos como las servidumbres y ciertas formas de defensa como las acciones posesorias.

---

<sup>2</sup> “ El regador bien sea del Canal Maipo o de cualquier otro río, se compondrá en adelante de una sesma de alto (seis pulgadas españolas) y una cuarta de ancho (nueve pulgadas españolas), con el desnivel de quince pulgadas”

<sup>3</sup> El Mensaje se refiere al Código de Cerdeña.

El Código Civil admitía la coexistencia de distintas calificaciones jurídicas para el agua, a saber: aguas comunes, aguas públicas, y aguas privadas.

Respecto de las aguas públicas, como eran calificadas la mayor parte de las aguas del país, el Código Civil contemplaba dos formas de acceso al derecho de aguas, el sistema de la riberaneidad, y el sistema de concesión por la autoridad.

Por otra parte, una vez que las aguas públicas ingresaban al cauce particular tenía lugar una desafectación de dicho bien, es decir se transformaban en privadas. Sobre esas aguas se otorgaba un derecho de dominio.

## **1.2 CÓDIGO DE AGUAS DE 1951.**

Mediante la Ley N° 9.909 del 28 de Mayo de 1951 se aprueba el Código de Aguas.

Los esfuerzos codificadores de la legislación sobre aguas habían comenzado desde el año 1924, teniendo su primer fruto algunas décadas más tarde, el año 1948, cuando se dictó la Ley N° 8.944 que dio origen al primer Código de Aguas. Su vigencia fue muy corta ya que su cumplimiento fue suspendido en más de una oportunidad, y porque posteriormente, en el año 1951 se dicta un código de aguas definitivo, con la ley N° 9.909.

Este código, conocido como el Código de Aguas de 1951 mantiene en lo fundamental los principios anteriormente establecidos por el Código Civil, incluso Vergara ha señalado: “no había gran novedad en relación a lo que señalaba la legislación de aguas vigente, a tal punto que, por ejemplo, con su entrada en vigencia no hubo de derogarse ninguna disposición significativa del Código Civil.”<sup>4</sup>. Sin embargo, se debe señalar que este código sí contemplaba un cambio importante respecto de la legislación anterior, ya que sustituyó definitivamente el sistema de la riberaneidad por el de concesión por la autoridad, atribución que entregaba al Presidente de la República<sup>5</sup>. Las disposiciones que anteriormente se

---

<sup>4</sup> Vergara Blanco, Pág. 140.

<sup>5</sup> "El derecho de aprovechamiento sólo se puede adquirir en virtud de una merced concedida por el Presidente de la República en la forma que establece este Código. Ninguna otra autoridad tendrá facultad para concederla y ni aún el

referían a la riberaneidad en el Código Civil fueron derogadas por la ley N° 9.909 que aprobó el Código de Aguas.

Se ha señalado, además, que este Código más que un Código de Aguas es un código de riego, ya que legisla principalmente sobre este uso específico de las aguas.

En cuanto a la calificación jurídica de las aguas, el Código señala que son de dos tipos: bienes nacionales de uso público, o de dominio particular. Las primeras son los ríos, las aguas que corren por cauces naturales y los lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas; y las segundas son las vertientes y corrientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad (arts. 9, 10, 11), y los lagos no navegables por buques de más de cien toneladas.

En una distinción más precisa Vergara Duplaquet<sup>6</sup> señala:

“Deducimos que son de dominio público:

1º Las aguas del mar territorial, esto es el mar adyacente hasta la distancia de una legua marina medida desde la línea de la más baja marea (Art. 593 C.C.);

2º Las aguas que corren por cauces naturales que atraviesan o deslindan más de una heredad (Art. 10 C. A. y Art. 595 C.C.);

3º Las aguas de los lagos navegables por buques de más de 100 toneladas (Art. 11 C.A. y 596 C.C.) No basta que las embarcaciones de más de 100 toneladas puedan flotar, sino que es menester que ellas puedan surcar el lago libremente;

4º Las aguas subterráneas (Art. 22). Deben considerarse como tales aquellas que naturalmente se mantienen ocultas bajo tierra, formando napas o corrientes entre los mantos del subsuelo, de donde afloran raras veces a la superficie en la forma de pantanos o vegas (aguadas). El Código de Aguas dice que son aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas (Art. 5º);

5º Las aguas lluvias. “Son aguas pluviales las que proceden inmediatamente de las lluvias” (Art. 3º). Debe entenderse que son tales mientras conservan su carácter sin confundirse con otras aguas, como ser la de ríos, lagos o el mar, pues de hacerlo, siguen el destino de las aguas con que se mezclan (Art. 15, inc. 1º)

---

goce inmemorial bastaría para constituirlo en cauces naturales" (art. 23, inciso 1º). El procedimiento concesional, por su parte, estaba establecido en los artículos 257 a 280.

<sup>6</sup> Op. Cit. Pág. 34 y siguientes.

6º Por último, son también de dominio público, las aguas que corren por conductos artificiales y se han captado de aquellas que, siendo corrientes o detenidas, se consideran bienes nacionales de uso público.

Son aguas de dominio privado:

1º Las aguas que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad por cauces naturales. Su propiedad uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstas a los herederos y demás sucesores de los dueños (Art. 10, inc. 2º). Y el mismo Código de Aguas se encarga de determinar qué corrientes deben considerarse como murientes dentro de una misma heredad diciendo: “Se entiende que mueren dentro de una misma heredad las vertientes o corrientes que permanentemente se extinguen dentro de aquéllas sin confundirse con otras aguas, a menos que caigan al mar” (Art. 10 inc. 3º)

2º Los lagos que no pueden navegarse por buques de más de 100 toneladas (Art. 11 C. de A. y 596 C.C.). La propiedad, uso u goce de ellos pertenecen a los propietarios riberaños. En igual condición, a fortiori, se encuentran las demás aguas detenidas de volumen inferior a lo que se puede llamar un lago, v. gr., chacras, pantanos, ciénagas, vegas, etc.

3º Los derrames y filtraciones. a) Son derrames “las aguas que quedan después del regadío de un predio una vez abandonadas a la salida de él” (Art. 74), b) Podemos considerar filtraciones a todos aquellos afloramientos de agua de reducido volumen que se producen en una heredad, provenientes de corrientes o estancamientos, cualquiera que sea su origen. Son del dominio del dueño de la heredad en que se producen y se les aplican las mismas disposiciones que a los derrames (Art. 80)

4º Finalmente, son de dominio privado, las que, conducidas por cauces artificiales, provienen de aquellas que se consideran de dominio de particulares.”

Digamos aquí también que, desde un comienzo, al darse a conocer este Código de Aguas, se señaló como una de las principales novedades respecto de la legislación anterior, el fijar el alcance y naturaleza del derecho de aprovechamiento. Vergara Blanco<sup>7</sup> señala que la definición del concepto de "derecho de aprovechamiento" constituye la gran novedad dogmática que aporta este nuevo Código<sup>8</sup>, agregando que con ello “se cierra el círculo dogmático: a) primero, existe una publicación de la mayor parte de las aguas corrientes; b) segundo, se establece la necesidad de un título obligatorio para adquirir

---

<sup>7</sup> Op. Cit. Pág. 141.

<sup>8</sup> "El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas con los requisitos que prescribe el presente Código" (art. 12)

derechos por los particulares: la ‘merced’ o ‘concesión’ de aguas; y, c) tercero, el derecho que se crea por medio de la merced sobre estas aguas públicas, se llama ‘derecho de aprovechamiento’

Queda claro, entonces, que es éste un ‘derecho de aprovechamiento’, de aguas, para usarlas, gozarlas y disponer de ellas, pero que no es un traspaso de propiedad sobre aguas, posibilidad dogmática que no contempla el Código de Aguas”

### **1.3 CÓDIGO DE AGUAS DE 1969.**

El Código de Aguas de 1951 tuvo aplicación hasta el año 1967, fecha en la que se produjeron grandes cambios legislativos tendientes a modificar la tenencia de la tierra, y en el caso particular de nuestro país, también las aguas. Por lo anterior se hizo necesario refundir la legislación de aguas, lo que ocurrió en 1969.

Dos son las leyes más relevantes en esta materia, ambas promulgadas durante 1967, la Ley N° 16.615 que modifica el N° 10 del artículo 10 de la CPR de 1925, y la Ley 16.640, de Reforma Agraria. En esta parte, por ser la materia central de este trabajo y que se desarrolla en el capítulo segundo del mismo, sólo diremos que dada la trascendencia y gran cantidad de modificaciones que ellas implicaron, fue necesario dictar un nuevo Código de Aguas. El Decreto N° 162, de 15 de Enero de 1969, del Ministerio de Justicia, publicado en el D.O. el 12 de Marzo de 1969, fijó el texto sistematizado del Código de Aguas, coordinando sus disposiciones con las pertinentes de las Leyes N° 9.909 y 16.640.

Se destacan como principales características de esta nueva legislación las siguientes<sup>9</sup>:

- a) Declara la dominialidad pública de todas las aguas sin excepción, para lo cual expropia las aguas privadas preexistentes<sup>10</sup>. Es decir, desde la dictación de esta nueva legislación todas las aguas del territorio nacional pasan a ser bienes nacionales de uso público.

---

<sup>9</sup> Apuntes para un Curso de Derecho de Aguas, Escuela de Derecho de Universidad de Chile, Profesor Gustavo Manríquez Lobos.

<sup>10</sup> **Artículo 9°** "Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público. El uso de las aguas en beneficio particular sólo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad competente, salvo los casos expresamente contemplados en este Código. No se podrá adquirir por prescripción el dominio de las aguas ni el derecho de usarlas".



- b) Se centraliza la administración de las aguas en el ejecutivo, creando una autoridad única del agua, que recae en el Director General de Aguas.
- c) A los usuarios se les reconoce el derecho de aprovechamiento, que es un derecho real administrativo de uso, el que excluye el goce y la disposición del agua<sup>11</sup>. Además el derecho de aprovechamiento se declara intransferible, y se sanciona al trasgresor con la caducidad.
- d) El derecho de aprovechamiento se define de acuerdo a una tasa de uso racional y beneficioso, medida de agua que varía de acuerdo al uso, a la disponibilidad, a la eficiencia y la calidad del suelo.
- e) El Estado tiene la facultad de redistribuir las aguas entregadas como derechos a través de la declaración de áreas de racionalización; además tiene la facultad de regular el uso de los cauces y de autorizar su uso sin indemnización, no obstante ser ellos de dominio privado.
- f) Existen causales de caducidad, terminación y extinción del derecho de aprovechamiento, todas facultativas de la autoridad.

El mecanismo jurídico por medio del cual se concretó el traspaso de aguas privadas a públicas a que se hace referencia en la letra a) anterior es desarrollado en el siguiente capítulo de este trabajo.

Es importante señalar que esta política centralizante no perduró por mucho tiempo. Producto de los excesos cometidos en la aplicación de la Ley de Reforma Agraria, y el quiebre institucional producido en 1973, se comenzó toda una nueva revisión de la legislación sobre aguas.

---

**Artículo 10°** "Para el sólo efecto de incorporarlas al dominio público, decláranse de utilidad pública y expropianse todas las aguas que, a la fecha de vigencia de la Ley 16.640, eran de dominio particular. Los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento, de conformidad con las disposiciones de este Código, sin necesidad de obtener una merced. Las indemnizaciones que procedan se regularán de acuerdo con las normas del artículo 32 de este Código".

<sup>11</sup> **Artículo 11°** "El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe en presente Código"

#### **1.4 CÓDIGO DE AGUAS DE 1981.**

Durante el período 1976 a 1981, se promulgaron una serie de normas legales que modificaron el Código de Aguas vigente desde 1967.

Entre éstas, cabe señalar el Decreto Ley 1.552 de 11 de Septiembre de 1976, publicado en el D.O. el 13 de Septiembre de 1976, que contiene el Acta Constitucional N° 3, "De los Derechos y Deberes Constitucionales", el cual, en su artículo 1° "(...) Esta acta asegura a todas las personas:" N° 16 "El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, corporales e incorporales", inciso final, establece que: "Un estatuto especial regulará todo lo concerniente a la propiedad minera y al dominio de aguas".

Posteriormente, en 1979, se dictó el Decreto Ley 2.603, publicado en el D.O. el 23 de Abril de 1979 que modificó y complementó el Acta Constitucional N° 3, facultando en su artículo 2° al Presidente de la República para que "dicte 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".

Además, el D.L. 2.603 estableció normas respecto a la enajenación y regularización de los derechos de aprovechamiento; agregó un inciso nuevo al artículo 1°, N° 16 del Acta Constitucional N° 3, que disponía "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos", y suprimió la referencia al "dominio de las aguas" que se hacía en el inciso final del N° 16, dejando claro que no existe el dominio privado de ellas.

Posteriormente, y como resultado de la revisión de la legislación de aguas comenzada algunos años antes, se elabora un nuevo Código de Aguas, aprobado por el D.F.L. N° 1.122 de 29 de Octubre de 1981, del Ministerio de Justicia, que es el que nos rige actualmente.

Este nuevo Código de Aguas está fundado en la teoría económica del libre mercado, teniendo por tanto, un gran énfasis en establecer un derecho de propiedad sólido sobre los derechos de

aprovechamiento. Por lo anterior se también limita la intervención del Estado al mínimo, consagrando su rol subsidiario.

Esta normativa parte del supuesto que la eficiencia en el uso del agua se mejora si ese bien asume un valor y precio real, por lo que se le entrega la reasignación de los recursos hídricos del país al mercado, mediante la libre enajenación de los derechos de aprovechamiento.

Hoy el agua se considera un bien principal, y no accesorio a la tierra o industria para las cuales hubieran estado destinadas<sup>12</sup>. Se ha establecido un régimen registral similar al que se establece para la propiedad raíz.

En resumen, de lo anteriormente expuesto podemos señalar que el Código Civil admitía la coexistencia de aguas comunes, privadas y públicas, el Código de Aguas de 1951 continuó con la distinción entre aguas de dominio público y de dominio privado, posteriormente, y producto de las reformas de las leyes 16.615 y 16.640, en el Código de Aguas de 1969 como en el actual Código de Aguas sólo existen las aguas de naturaleza pública, bienes nacionales de uso público.

---

<sup>12</sup> Se debe considerar que esta es la situación completamente opuesta a la que se establecía en la Ley 16.640, y como se verá más adelante, los argumentos que se dieron al momento de crear dicha ley fueron precisamente la necesidad de que agua y tierra estuvieran unidas. Cf. Pág. 63.

## **CAPÍTULO II: CAMBIO EN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGUAS.**

Como se mencionó anteriormente, durante los años 1967 y 1969 se dio a luz una legislación que modificó los aspectos más relevantes de la legislación sobre aguas que nos regía hasta ese momento. La base de todo este conjunto de modificaciones estuvo dada por la absoluta y completa declaración como bienes nacionales de uso público de todas las aguas del territorio nacional, terminando, por tanto, con cualquier otra calificación jurídica diferente a aquella y, por supuesto, con las aguas privadas.

Lo anterior significó que las aguas privadas que existían en la anterior legislación desaparecían completamente, quedando solamente una calificación jurídica única para todas las aguas, la de bienes nacionales de uso público.

Fue necesario dictar un conjunto de preceptos legales que habilitaran el cambio de naturaleza jurídica de estos bienes, pasando su dominio de ciertos particulares (y del estado, para las aguas comunes) a la nación toda.

En este capítulo analizaremos en detalle la legislación que permitió llevar esto a cabo (mediante la reserva y la expropiación), el procedimiento indemnizatorio novedoso que se estableció para esta materia, la gestación de la normativa en el Congreso Nacional, así como la influencia del momento político que influyó en ella.

### **2.1 INFLUENCIA DEL MOMENTO POLÍTICO EN LAS DECISIONES JURÍDICAS.**

La creación de estas normas tendientes a modificar la tenencia de la tierra y el régimen de propiedad de las aguas debe ser analizada tomando en cuenta el momento político y las ideas predominantes en la sociedad de la época.

La norma mediante la cual se pretendía efectuar este cambio en la tenencia de la tierra era la Ley de Reforma Agraria. El mensaje del Proyecto de Ley de Reforma Agraria señalaba hacer eco de las ideas

predominantes, y así expresaba: “Las ideas contenidas en el Proyecto reflejan el pensamiento y la filosofía de un vasto movimiento nacional y ellas han sido el fruto de las opiniones de campesinos, sociólogos, agrónomos, agricultores eficientes, juristas, economistas y otros, las que han contribuido a enriquecer y perfeccionar las ideas que hoy se someten a la consideración de nuestra institución legislativa.”

Tanto la ley de reforma agraria, como la ley que modificó el estatuto constitucional del derecho de propiedad, adecuando el texto constitucional para permitir la mencionada reforma agraria, tuvieron su origen en el Gobierno de don Eduardo Frei Montalva.

Veamos, de acuerdo a lo señalado por don Enrique Evans<sup>13</sup>, cómo surgió este proyecto de reforma constitucional en dicho Gobierno.

Señala el mencionado autor: El 4 de Septiembre de 1964 el electorado chileno otorgó al candidato presidencial don Eduardo Frei Montalva la mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos. En consecuencia, a contar de ese día, el señor Frei tuvo la categoría política de presidente electo, la que tendría jurídicamente cuando el Congreso Pleno tomase conocimiento del resultado oficial de la elección y lo proclamase Presidente de la República.

Sin embargo, desde los primeros días siguientes a la celebración de los comicios, don E. Frei inició una ardua labor de concreción y perfeccionamiento de los planes e ideas que habían formado la estructura programática de su campaña: Entre ellos figuraba la necesidad de una Reforma Constitucional que adecuase las estructuras políticas vigentes a las urgencias y requerimientos de una comunidad en proceso de desarrollo. Por ello, y desde fines de Septiembre, por expresa disposición del próximo Mandatario, inició sus trabajos una Comisión especial presidida por don Pedro J. Rodríguez González, e integrada por los señores Patricio Aylwin, Alejandro Silva Bascuñan, Francisco Cumplido y Francisco Antonio Pinto, todos Profesores Universitarios, por don Eugenio Ballesteros, y don Enrique Evans de la Cuadra. Esta Comisión debería, en el curso máximo de sesenta días, y sobre la base de trabajos anteriores de algunos de sus miembros, dar redacción definitiva a un proyecto de Reforma Constitucional que iniciaría el futuro Gobierno y que debía centrarse en una media docena de materias. Entre ellas, y como

---

<sup>13</sup> Enrique Evans de la Cuadra, Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile. Op. Cit. En Bibliografía.

una de las de mayor importancia, debería figurar una nueva normativa en materia de Derecho de Propiedad.<sup>14</sup>

Señala don Enrique Evans<sup>15</sup>: “Podemos recordar claramente que los criterios inspiradores que guiaron a los redactores del texto que, en definitiva, se incluiría en el Mensaje al Congreso, (...) fueron los siguientes:

- a) Acentuar el concepto de función social del dominio;
- b) Facilitar la difusión de la propiedad, haciéndola realmente accesible al mayor número de chilenos;
- c) Hacer posible una profunda Reforma Agraria; y
- d) Habilitar al Estado para la ejecución expedita de las obras públicas, especialmente en materia de remodelación de las ciudades.”

Luego que el nuevo Gobierno asumió sus tareas, el 3 de Noviembre de 1964, la Comisión continuó sus labores en el Ministerio de Justicia, obteniéndose finalmente una redacción para el N° 10 del artículo 10 del texto Constitucional que resumió los criterios expresados en la Comisión. El día 29 de Noviembre don Patricio Aylwin dio término a la redacción del Mensaje que acompañaría al proyecto, el que, luego de considerado por la Comisión fue aprobado por el Presidente de la República. Por último, el 30 de Noviembre de 1964, a los veintisiete días de iniciar su período, el Gobierno remitió al Congreso Nacional un Proyecto de Reforma Constitucional.

Como se puede observar de lo recientemente expuesto, el nuevo presidente electo contaba con ideas muy precisas respecto de las transformaciones que pretendía efectuar, así como con la legitimación del electorado que en gran porcentaje lo había elegido.

## **2.2 ANÁLISIS DE LA NORMATIVA RESPECTIVA.**

Dos son las normas que respecto al cambio de la naturaleza jurídica de las aguas nos interesa analizar, la Ley N° 16.615 que modifica el N° 10 del artículo 10° de la Constitución de 1925, y la Ley N° 16.640 de Reforma Agraria.

---

<sup>14</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>15</sup> Op. Cit. Pág. 32.

Primero nos referiremos a la ley 16.615, que modificó la Carta Fundamental entonces vigente, y posteriormente a la ley 16.640 de Reforma Agraria.

**A) LEY 16.615 MODIFICACIONES AL ESTATUTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.**

Respecto de esta materia, trataremos los siguientes temas: Diferentes etapas del estatuto del derecho de propiedad; Historia de la Ley 16.615; Cambios esenciales que produjo la reforma.

A.1) Diferentes etapas del estatuto de derecho de propiedad

Es conveniente es recordar cuales eran las normas vigentes sobre esta materia en la Constitución de 1925, y las que lo regían con anterioridad a ella, debido a que esta ley modificó el estatuto del derecho de propiedad entonces vigente en Chile.

Hacemos nuestra la distinción de don Enrique Evans<sup>16</sup>, de cuatro etapas:

a.- Primera Etapa: Desde 1833 hasta 1925.

La Constitución de 1833 inspirada en la concepción económico-social de carácter liberal de su época contemplaba en su Capítulo V, titulado "Derecho público de Chile", un artículo que llevó el N° 12 y que en su número 5° aseguró a todos los habitantes de la República, "la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial: salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una ley, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él o se avaluare a juicio de hombres buenos".

---

<sup>16</sup> Op. Cit. Págs. 11 y ss.

Este texto permaneció vigente, sin ninguna modificación hasta el año 1925, en que se abre una nueva etapa.

b.- Segunda Etapa: Desde 1925 hasta 1963.

La Constitución de 1925 se refirió a las normas del derecho de propiedad en el artículo 10 N° 10 que rezaba así: "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República, (...) N° 10: La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente.

El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública".

El profesor Enrique Evans señala que al hacer un paralelo entre estas normas y las contenidas en la Constitución de 1833 se destaca lo siguiente:

Primero, que la nueva Constitución en lo relativo a la *inviolabilidad de las propiedades* se limitó a mejorar la redacción del antiguo texto.

Segundo, que se introducen dos novedades en el segundo inciso que posteriormente tendrían importancia. La primera novedad es que hay una sustitución de la expresión "*la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades*<sup>17</sup>" por la de "*inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna*". La relevancia está en que el nuevo texto estableció definitivamente que se amparaba, no sólo las propiedades constituidas

---

<sup>17</sup> La referencia que la norma hacía a las comunidades era por las Comunidades Eclesiásticas.



por cuerpos ciertos, muebles o inmuebles, como pudo desprenderse del texto de 1833, sino que todo tipo de dominio sobre toda clase de bienes. Por lo tanto, desde 1925 no pudo producirse duda alguna acerca de que todo aquello que “tuviera significación patrimonial”, cualquiera que fuere su denominación quedaba dentro de los términos de la garantía constitucional. La segunda novedad, siempre en el inciso segundo, es el reemplazo de la expresión “utilidad del Estado” como causal justificativa de la expropiación, por la de “utilidad pública”, concepto mucho más amplio y que el mismo Constituyente desarrolla en el último inciso, quedando comprendido dentro del ámbito de utilidad pública cuanto diga relación con los “intereses generales del Estado”, con la “salud de los ciudadanos” y con la “salubridad pública”. Este cambio de palabras implicó una innovación de importancia dentro del Derecho Público chileno y reveló la presencia relativamente activa del concepto de “bien común” con preeminencia sobre el “interés individual” en nuestro ordenamiento institucional.

Tercero, que la nueva Constitución incorporó a su normativa sobre la propiedad, un nuevo inciso, el final del artículo 10 N° 10, que sometió *al ejercicio* del derecho de propiedad “*a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso de orden social*”, facultando a la ley para imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública.

Respecto del origen de esta última norma el autor que venimos citando hace una transcripción de los párrafos más relevantes del debate producido en el seno de la Subcomisión Redactora de la Constitución de 1925<sup>18</sup>, y que para los efectos de este trabajo, nosotros resumiremos rescatando sólo las principales ideas que guardan conexión con el tema que nos ocupa.

Se inició el debate sobre el Derecho de Propiedad específicamente en la referida Subcomisión el 12 de Mayo de 1925, concluyendo el 22 de Mayo de 1925. En él sus integrantes mostraron una rápida concordancia por mantener la inviolabilidad del derecho de propiedad, no así respecto de las limitaciones a que se sometería ese derecho, al respecto las principales ideas vertidas y controvertidas fueron: Considerar que la propiedad es una función social; Contemplar normas que limiten los latifundios; Gravar la propiedad que no se cultiva; Subdividir la propiedad de manera que ella quede en poder del mayor número de individuos; autorizar la expropiación por causa de

---

<sup>18</sup> Op. Cit. Págs. 14 – 25.

utilidad pública; Establecer el derecho que tiene el legislador para imponer limitaciones al derecho de propiedad, basadas en el bien público; Que los ciudadanos no pueden ser privados de su derecho de dominio sino por sentencia judicial o por expropiación, declarada en conformidad a la ley; Que el derecho de dominio está sujeto además a otras limitaciones que pueden ser o de derecho civil o de derecho público.

En el intento de condensar las ideas recién señaladas en el texto del proyecto, se efectuaron varias propuestas de redacción por los integrantes de la Subcomisión. El 20 de Mayo de 1925 en la décima sesión de la Subcomisión el Presidente de la República propuso una fórmula, elaborada por el señor Barros Borgoño, que a su juicio condensaba el concepto científico moderno del derecho de propiedad desde los puntos de vista político, jurídico, económico y social. Finalmente, el 22 de Mayo de 1925, la Subcomisión aprobó la indicación de don Luis Barros Borgoño, hecha suya por el presidente de la República, y con una pequeña modificación de la redacción, incorporándola al texto del proyecto de reforma constitucional.

Con dicho texto aprobado por la Subcomisión quedó por primera vez consagrada en nuestro ordenamiento constitucional la posibilidad de establecer, por razones de bien colectivo, limitaciones al ejercicio del derecho de dominio. Señala Evans que esta disposición no sólo abría un nuevo ciclo en la concepción doctrinal del derecho de propiedad en nuestros textos constitucionales, sino que constituiría una fuerte palanca de progreso y desarrollo que se manifestó en importantes leyes dictadas desde 1925 al amparo de ese texto, en todas las cuales, por reconocerse preeminencia al bien colectivo, se limita el ejercicio del derecho de dominio en términos tales que hubiesen sido inconcebibles con anterioridad. A modo de ejemplo el autor cita al Código de Aguas, la Ordenanza General de Construcciones y Urbanización, la Ley General de Caminos, Ley Sobre Organización y Atribuciones de las Municipalidades, la Ley de Servicios Eléctricos, la Ley Sobre Navegación Aérea, las normas sobre Cambios Internacionales, y la Ley N° 15.020 de 1963 sobre Reforma Agraria.

c.- Tercera Etapa: Desde 1963 hasta 1967.

En el año 1963 se efectúa una nueva reforma<sup>19</sup> que modificó el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política, y cuyo nuevo texto regiría hasta el 19 de Enero de 1967 redactado en los siguientes términos:

"La Constitución asegura a todos los habitantes de la República, (...) N° 10° La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente. El Juez podrá autorizar la toma de posesión material del bien expropiado, después de dictada la sentencia de primera instancia, cuando se trate de expropiaciones para obras públicas de urgente realización o de predios rústicos, y siempre que sólo se hubiere reclamado del monto de la indemnización y se dé previamente al dueño el total o la parte de ella a que se refiere el inciso siguiente, ordenadas en dicha sentencia.

---

<sup>19</sup> La Ley que modificó el artículo 10 N° 10 de la CPR fue la 15.295 publicada en el D.O. el 8 de Octubre de 1963, y cuyo tenor fue el siguiente: "Por cuanto el Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente Proyecto de Reforma Constitucional: "Artículo único. Introdúcense las siguientes modificaciones en el N° 10 del artículo 10° de la Constitución Política del Estado:

a) Agrégase en el inciso segundo la siguiente frase final: El Juez podrá autorizar la toma de posesión material del bien expropiado, después de dictada la sentencia de primera instancia, cuando se trate de expropiaciones para obras públicas de urgente realización o de predios rústicos, y siempre que sólo se hubiere reclamado del monto de la indemnización y se dé previamente al dueño el total o parte de ella a que se refiere el inciso siguiente, ordenadas en dicha sentencia.

b) Intercálanse a continuación del inciso segundo los siguientes nuevos:

Sin embargo, si con el objeto de propender a la conveniente división de la propiedad rústica se expropiaren, por causa de utilidad pública, predios rústicos abandonados, o que estén manifiestamente mal explotados y por debajo de las condiciones normales predominantes en la región para tierras de análogas posibilidades, deberá darse previamente al propietario el diez por ciento de la indemnización y el saldo en cuotas anuales iguales dentro de un plazo que no exceda de quince años, con el interés que fijará la ley.

Esta forma de indemnización sólo podrá utilizarse en conformidad a la ley que permita reclamar de la expropiación ante un Tribunal Especial, cuya decisión sea apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva, y que establezca un sistema de reajuste anual del saldo de la indemnización, con el objeto de mantener su valor. No podrán iniciarse ni efectuarse nuevas expropiaciones indemnizables a plazo si existe retardo en el pago de los créditos provenientes de anteriores expropiaciones realizadas en conformidad al inciso anterior.

En la Ley de Presupuesto se entenderá siempre consultado el ítem necesario para el servicio de dichos créditos, y sus cuotas vencidas servirán para extinguir toda clase de obligaciones a favor del Fisco. La Tesorería General de la República pagará las cuotas vencidas más reajuste e intereses contra la presentación del título correspondiente". Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto, publíquese y llévase a efecto como ley de la República. Santiago, primero de Octubre de mil novecientos sesenta y tres. Jorge Alessandri Rodríguez. Sótero del Río G., E. Ortúzar E., R. Barbosa P."

Sin embargo, si con el objeto de propender a la conveniente división de la propiedad rústica se expropiaren, por causa de utilidad pública, predios rústicos abandonados, o que estén manifiestamente mal explotados y por debajo de las condiciones normales predominantes en la región para tierras de análogas posibilidades, deberá darse previamente al propietario el diez por ciento de la indemnización y el saldo en cuotas anuales iguales dentro de un plazo que no exceda de quince años, con el interés que fijará la ley.

Esta forma de indemnización sólo podrá utilizarse en conformidad a la ley que permita reclamar de la expropiación ante un Tribunal Especial, cuya decisión sea apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva, y que establezca un sistema de reajuste anual del saldo de la indemnización con el objeto de mantener su valor. No podrán iniciarse ni efectuarse nuevas expropiaciones indemnizables a plazo si existe retardo en el pago de los créditos provenientes de anteriores expropiaciones realizadas en conformidad al inciso anterior.

En la Ley de Presupuestos se entenderá siempre consultado el ítem necesario para el servicio de dicho créditos, y sus cuotas vencidas servirán para extinguir toda clase de obligaciones a favor del Fisco. La Tesorería General de la República pagará las cuotas vencidas más reajuste e intereses contra la presentación del título correspondiente.

El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública".

La Reforma Constitucional de 1963 mantuvo el estatuto aplicable a todas las propiedades, sometiendo a normas especiales los predios rústicos abandonados o mal explotados, los cuales podrán ser expropiados reduciendo la indemnización previa a la toma de posesión por el expropiante, al diez por ciento de su monto y autorizando el pago del saldo en un plazo no superior a quince años. Esta reforma hizo posible someter al proceso de Reforma Agraria previsto en la Ley 15.020 que estaba vigente desde el 27 de Noviembre de 1962 al sistema indemnizatorio que ella estableció.

El Sr. E. Evans destaca que de acuerdo al nuevo texto constitucional y en el caso de expropiaciones para obras públicas de urgente realización, el expropiante podría tomar posesión material del bien expropiado, antes de producirse acuerdo o resolución judicial definitiva acerca del monto de la indemnización, lo que constituye otra excepción al principio constitucional vigente desde los comienzos de nuestra vida política, que exigía el pago de esa indemnización en forma previa, anterior a toda toma de posesión material de lo expropiado.

d.- Cuarta Etapa: Desde el 20 de Enero de 1967.

En esta fecha se publica la nueva reforma al artículo 10 N° 10 de la CPR, mediante la ley 16.615, que el nuevo Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad, del cual trataremos a continuación, y que nos interesa porque, en conjunto con las modificaciones que se venían efectuando, dio las bases para efectuar el cambio de la naturaleza jurídica de las aguas.

#### A.2) Historia de la ley 16.615

En esta parte, referida a la historia de la ley, pondremos énfasis en cuál fue el origen del proyecto de ley de reforma constitucional, por ser éste un elemento especial que refleja el interés existente en los actores políticos por efectuar la reforma. Además, nos referiremos a la controversia que provocó la reserva de bienes a favor del estado, y especialmente a la forma en que se llegó a considerar a las aguas en el texto del proyecto.

##### i) Iniciativa doble del proyecto de reforma constitucional.

Existió una doble iniciativa para el Proyecto de Reforma Constitucional que nos ocupa. Hubo un primer Proyecto de Reforma Constitucional perteneciente al Gobierno de don Eduardo Frei Montalva, que se inició por un Mensaje del Ejecutivo en fecha 30 de Noviembre de 1964. Posteriormente hubo un segundo Proyecto de Reforma Constitucional, enfocado específicamente en la Reforma del Derecho de Propiedad, que tuvo su origen en una Moción de los entonces Senadores Ampuero, Corbalán, Chadwick y

Luengo, de fecha 15 de Diciembre de 1965, es decir un año y quince días después del iniciado por el Ejecutivo. Este segundo proyecto, como veremos más adelante, fue denominado “desglose”.

El Proyecto de Reforma Constitucional originado en el Gobierno de don Eduardo Frei Montalva fue remitido al Congreso Nacional el 30 de Noviembre de 1964, es decir, sólo veintisiete días después de iniciar su período<sup>20</sup>, y contemplaba una serie de objetivos muy diferentes entre si, tales como: Agilizar el proceso de formación de leyes; Autorizar al Congreso Nacional para que otorgue al Presidente de la República la facultad para dictar normas sobre determinadas materias propias de ley; Dar oportunidad al pueblo para expresar directamente su opinión respecto a problemas fundamentales que le afectan, mediante el sistema de plebiscito; Incompatibilizar el ejercicio de la función pública con la representación de intereses económicos; y por último, estimular la función social del derecho de propiedad y proporcionar al Estado los instrumentos indispensables para realizar, con autorización legislativa, las grandes reformas que son necesarias para hacer accesible la propiedad a la mayoría de los chilenos.

Como se puede observar las materias tratadas por este Proyecto de Reforma Constitucional eran múltiples, siendo sólo uno de sus varios objetivos la reforma al Derecho de Propiedad.

El Mensaje de este proyecto de reforma constitucional, que llamaremos “proyecto original” por abarcar una gran cantidad de materias y haber sido creado por el Ejecutivo con anterioridad al presentado posteriormente por los Senadores, se refería a la reforma del Derecho de Propiedad en los siguientes términos:

“En cuanto al derecho de propiedad, la reforma que os propongo garantiza ese derecho y al mismo tiempo afirma categóricamente su función social y la necesidad de hacerlo accesible a todos.

La garantía constitucional que asegura a todos los habitantes el derecho de propiedad resulta una burla si en la práctica es inaccesible para las grandes mayorías. Una de las tareas fundamentales de mi Gobierno es abrir al mayor número la posibilidad real de ser propietario, sea de su propia casa o de un predio que trabaje, tarea que ha de realizarse mediante el plan de la vivienda, la remodelación urbana y la reforma agraria. Para esto es ineludible modificar el régimen anacrónico que impera en materia de expropiaciones,

---

<sup>20</sup> Recuérdese que, como se señaló en el punto 2.1, desde la fecha en que don Eduardo Frei Montalva fue elegido Presidente de la República, se comenzó un arduo trabajo para comenzar cuanto antes las reformas que se habían prometido durante su candidatura.

dando al legislador mayor latitud para determinar las normas por las cuales se rija la determinación y forma de pago de la indemnización y la toma de posesión del bien expropiado.

Creemos que en esta materia el país debe definirse. No hay posibilidad alguna de realizar una Reforma Agraria verdaderamente acelerada, ni llevar adelante el Plan Habitacional al ritmo que se requiere, con los actuales sistemas de expropiación. Para abrir una calle, para aprovechar sitios eriazos que en medio de las ciudades hacen imposible el aprovechamiento racional del espacio, en la actualidad se necesitan años de tramitaciones y la demora termina por hacer imposible el financiamiento de las obras proyectadas.

El proyecto que someto a vuestra consideración contiene un reconocimiento claro y categórico del derecho de propiedad, y al mismo tiempo proporciona al Estado los instrumentos indispensables para realizar las reformas que exige el bien común, que de otra manera resultarían en la práctica imposibles. Acorde con el criterio que predomina en la mayor parte de las Constituciones modernas, la garantía del derecho de propiedad está en la necesidad de que sea el legislador quien determine las razones que autorizan la expropiación, las normas para regular la indemnización y los procedimientos que en cada caso deban seguirse”

Como se puede observar, en el Mensaje del proyecto se señala que no había posibilidad alguna de realizar una reforma agraria verdaderamente acelerada con los sistemas de expropiación entonces vigentes. Era necesario cambiarlo, estableciendo que sea el legislador quien determine las razones que autoricen la expropiación, las normas que regulen la indemnización, y los procedimientos que deban seguirse.

El texto de este Proyecto<sup>21</sup> se concentra en otorgar a la ley la facultad de regular todo cuanto se refiera a la propiedad, y los casos y procedimientos a que se sujetarían las expropiaciones, sin señalarse nada aún acerca de la propiedad de las aguas o su posible expropiación. Estas materias, como se detallará más adelante,<sup>22</sup> sólo se incluyen a raíz del debate y de las modificaciones propuestas al segundo Proyecto de Reforma Constitucional.

La tramitación de este Proyecto de Reformas Constitucionales, que hemos denominado proyecto “original”, comenzó el 30 de Noviembre de 1964, fecha en que el Gobierno lo remitió al Congreso. En

---

<sup>21</sup> La parte pertinente del texto del Proyecto de Reforma Constitucional enviado por el Ejecutivo se incluye en la sección Anexos, al final de este trabajo.

<sup>22</sup> Vid. Punto iii), Pág. 28.

dicha Corporación el Proyecto alcanzó a cumplir íntegramente su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados. En Septiembre de 1965 se comunicó al Senado la aprobación del Proyecto de Reforma Constitucional, siendo éste remitido a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado la que se abocaría a su conocimiento y debate.

De acuerdo a lo que nos señala el profesor E. Evans, la Comisión referida, antes de abocarse al conocimiento y debate del Proyecto, y debido a una proposición del Senador Raúl Ampuero acordó resolver, previamente, acerca del procedimiento que se aplicaría para el despacho por el Congreso de la Reforma Constitucional, ya que había varias interrogantes que se presentaban como necesarias de resolver.

La decisión de la Comisión de revisar el procedimiento a que se sometería el despacho de la reforma, en conjunto con lo nutrido del Proyecto aprobado por la Cámara, que contenía alrededor de setenta modificaciones y agregaciones a la Constitución, ya que recordemos que era muy amplio en las materias que trataba, y el ritmo de trabajo de las Comisiones del Senado, tradicionalmente más lento que el de las Comisiones de la Cámara, hicieron que varios de los parlamentarios interesados en la reforma pensarán que la tramitación del Proyecto podría tardar muchos meses en ser despachada en su segundo trámite.

Lo anterior generó preocupación en el Gobierno, ya que este atraso repercutía negativamente en materias que eran de suma relevancia para llevar a cabo las reformas sociales planteadas. Evans<sup>23</sup> señala al respecto: “Había, sin embargo, entre las materias que contenía la Reforma, una que interesaba especialmente al Gobierno por cuanto hacía constitucionalmente viable su proyecto de Reforma Agraria: la modificación del artículo 10 N° 10 de la Constitución Política. La demora en el despacho por la Cámara Alta de la Reforma Constitucional haría peligrar esa iniciativa legal. El gobierno estimó que, existiendo amplia mayoría, tanto para la aprobación de la enmienda al Derecho de Propiedad como para el despacho de la Reforma Agraria, aquella enmienda podría ser el motor que dinamizara el conjunto de las Reformas Constitucionales. No era éste el criterio de los sectores del Senado que, apoyando las dos iniciativas concretas referidas, disientían del conjunto de Reformas a la Constitución que había aprobado la Cámara de Diputados.”

---

<sup>23</sup> Op. Cit. Pág. 108.



Como se observa, el Gobierno, buscando una forma de acelerar aquella parte del Proyecto de reformas que hacía constitucionalmente viable los cambios sociales que se pretendían, y a la vez impulsar con ello el otro conjunto de materias, estimó necesario separar aquella parte del proyecto referida al derecho de propiedad.

Continúa Evans: “Se habló entonces de "desglosar" del Proyecto general de Reformas, la parte relativa al Derecho de Propiedad, para aprovechar el primer trámite ya cumplido en la Cámara de Diputados. Tal "desglose", sin embargo, no era reglamentariamente posible, ya que formando esa materia parte de un proyecto más amplio, habría sido preciso rechazar todo el resto de la iniciativa para que ella quedara como la única aprobada, en segundo trámite, por el Senado. Estas posibilidades, dudas e inquietudes, que se planteaban al Gobierno y a los partidos políticos, fueron finalmente terminadas y disipadas cuando, el 15 de Diciembre de 1965 los Senadores señores Raúl Ampuero, Salomón Corbalán, Tomás Chadwick y Luis Fernando Luengo presentaron una moción iniciando un proyecto de Reforma Constitucional que modificaba el N° 10 del artículo 10”.

El texto de la iniciativa de estos Senadores era idéntico al ya despachado por la Cámara en el primer trámite Constitucional.

Posteriormente, en los primeros días de Enero de 1966 se agregó a estos dos proyectos de enmienda constitucional, el “original” del gobierno y el “desglose” posterior de los Senadores, una nueva iniciativa, esta vez del Senador don Hermes Ahumada. En consecuencia, a principios de 1966 la Comisión del Senado se encontró con tres proyectos de Reforma Constitucional que debía debatir y despachar, por lo que resultó necesario resolver dar preferencia a alguno de ellos.

En la Sesión del 6 de Enero de 1966 tanto los Senadores Raúl Ampuero y Luis Fernando Luengo como el Senador don Hermes Ahumada insistieron en el tratamiento preferente para sus respectivas Mociones. El Senador don Rafael A. Gumucio, por su parte, sostuvo que debía, primero, aprobarse en general el proyecto amplio de Reformas Constitucionales despachado por la Cámara y debatir, después, el procedimiento que se seguiría con las diversas iniciativas. El Subsecretario de Justicia, en nombre del Gobierno, adhirió a esta formulación. El debate terminó cuando la Comisión acordó tratar en forma

preferente la Moción de los señores Ampuero, Corbalán, Chadwick y Luengo sobre el Derecho de Propiedad. Esta iniciativa tomaría en forma técnica impropia, pero gráficamente adecuada, el nombre de "desglose".

Señala finalmente Evans: “Comenzaba, así, en Enero de 1966, la tramitación de un proyecto de Reforma Constitucional, que habría de culminar en Enero de 1967 como ley de la República, y que se refería exclusivamente al Derecho de Propiedad. Era el mismo texto que el Gobierno había propuesto en Noviembre de 1964, junto con otras reformas a nuestra Carta Fundamental. Era el mismo texto que la Cámara de Diputados había aprobado en Septiembre de 1965.”

## ii) La Reserva de bienes a favor del Estado

El proyecto de Reformas Constitucionales del Ejecutivo y la iniciativa “desglose” presentada posteriormente por los Senadores, contemplaban una norma que generó gran debate debido a su amplitud, era la que se refería a la reserva de ciertos bienes a favor del Estado. Señalaban al respecto los proyectos<sup>24</sup>, como oración final del inciso segundo la siguiente frase: “Cuando el interés de la comunidad lo exija, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de cualquiera especie de propiedad”.

El 12 de Abril de 1966, en el Senado<sup>25</sup>, se debatió sobre la reserva de propiedad exclusiva para el Estado, primando finalmente el criterio adoptado con anterioridad en la Comisión, de dar mayor especificidad a las materias objeto de reserva.

En la Comisión se había señalado que los términos excesivamente amplios de la norma propuesta por el Ejecutivo habrían permitido que, por una simple ley, se reservaran al Estado grandes grupos de bienes de producción o distribución, y que incluso se podía llegar a reservarle al Estado todos los bienes de esa naturaleza y aun los de mero uso o consumo. Era tanta la amplitud que algunos legisladores observaron en esa norma, que se señaló que: “Esto equivalía a poner a la Constitución chilena en posición de neutralidad frente a la gran cuestión que separa al mundo occidental del mundo soviético y dejar entregadas a simples decisiones del legislador la supervivencia o la extinción del régimen de propiedad privada.”

---

<sup>24</sup> Vid. Anexos, Textos de los Proyectos.

<sup>25</sup> Actas de la Sesión 93, de 12 de Abril de 1966, Senado.

Se señala en las Actas que el Ministro de Justicia, en respuesta a las opiniones vertidas ante la Comisión que veían que con la norma propuesta se podía, con una simple ley, reservar al Estado grandes grupos de bienes de producción o distribución, manifestó que las intenciones del Gobierno no eran tales y que, a su juicio, en la disposición del proyecto quedaba suficientemente claro que la propiedad privada debía ser la norma general en nuestro Derecho y que la reserva para el Estado de una especie de propiedad sólo podría hacerse por vía excepcional.

Alrededor del problema enunciado, se produjo un largo debate en la Comisión. Finalmente dos Senadores defendieron los términos amplios que empleaba el proyecto, en tanto que otros tres miembros se pronunciaron por restringir la reserva a cierta categoría muy importante de bienes, idea esta última que fue aceptada por el Ministro y aprobada por mayoría de 3 votos contra 2. Se llegó entonces al siguiente texto:

"Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que tengan importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país".

Junto a lo anterior, la frase que consignaba el proyecto en materia de reserva para el Estado, había merecido otra objeción más: que ella podría permitir que el Estado se apoderara de bienes de particulares sin seguir los procedimientos de la expropiación ni pagar la indemnización correspondiente.

Así podemos desprender de lo que quedó establecido en el Informe dado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento que expresaba al respecto lo siguiente: "Se discute a continuación, la conveniencia de establecer expresamente que las propiedades ya constituidas a la fecha de la reserva deberán, en su caso, ser expropiadas conforme a las reglas generales<sup>26</sup>."

---

<sup>26</sup> Si bien en la Comisión se consideró finalmente innecesario establecer en forma expresa que en el caso de las propiedades ya constituidas a la fecha de la reserva, debían ser expropiadas conforme a las reglas generales, en el caso de las aguas, como se verá más adelante, finalmente se consideró un procedimiento expropiatorio especial, que consideraba parámetros que hacían a la indemnización muy excepcional.

Incluimos aquí brevemente algunas de las opiniones que al respecto contiene el Informe<sup>27</sup>. El señor Luengo opinó que la agregación estaría demás, haciendo notar que el propio señor Bulnes había dicho que era innecesaria, porque si se hace una reserva en favor del Estado, está implícita la norma expropiatoria. “La reserva no implica que se vaya a desconocer el dominio existente sobre los bienes afectados y, en consecuencia, es lógico que esas propiedades queden simplemente sujetas a expropiación.”

“El señor Bulnes explica que en su indicación ha consultado esta idea porque si bien ella está implícita en el contexto del proyecto, una de las más agudas críticas formuladas a aquél reside en este punto. Se ha sostenido que la disposición permitiría al Estado apropiarse de todos los bienes.

El señor Ampuero cree más importante plantear la situación en que quedarían las reservas ya hechas en favor del Estado, por diferentes leyes dictadas bajo una Constitución que no lo autorizaba expresamente. Si se aclara, en este caso, como si fuera una situación constitucional nueva, que la reserva no tendrá efecto retroactivo, también habría que dejar constancia de que todas las propiedades ya reservadas en favor del Estado quedan a firme. O se establece que en esta materia la reforma no ha hecho sino consagrar constitucionalmente una facultad siempre vigente, o se da la impresión de que se trata de una norma nueva. En este caso, es necesario dejar constancia de dos cosas: que las propiedades constituidas en áreas que después se reservarán al Estado, tienen que ser expropiadas, y que aquellas áreas de dominio reservadas con anterioridad al Estado también quedan consolidadas.

El señor Luengo insiste en la inconsecuencia de agregar al texto la idea en debate, porque la Comisión estaría haciendo una repetición innecesaria. Su Señoría, dada su condición de abogado, se siente autorizado para asegurar que, no obstante la omisión de esta frase, no se podrá confiscar la propiedad de un particular cuando el Estado se reserva el dominio exclusivo de esta clase de bienes.

El señor Ampuero señala que el objeto del artículo es garantizar el derecho de propiedad, y dentro de ese criterio se reglamenta la expropiación. De acuerdo con los principios generales, es innecesario hablar qué se hará con las propiedades legalmente constituidas.

— La Comisión, por unanimidad, acuerda no consignar expresamente que, en caso de reserva de bienes al dominio exclusivo del Estado, las propiedades ya constituidas deberán ser expropiadas, dejando constancia de que el propósito de agregar esta idea al texto era meramente formal y que se ha procedido de esa manera por estimarse absolutamente innecesaria la aclaración frente al hecho de que la reserva no

---

<sup>27</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en la Moción de los Senadores Ampuero, Corbalán Chadwick y Luengo, que Modifica el artículo 10 N° 10 de la CPR, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 83, de 22 de Marzo de 1966.

afecta sino a los bienes sobre los cuales no existe propiedad privada y que, para extenderse a los demás debe mediar expropiación. Se deja constancia, asimismo, de que la incorporación al texto constitucional del precepto sobre reserva de bienes en favor del Estado es sólo la consagración de un precepto ya vigente en el derecho público chileno.”

Como se ha podido observar, en materia de reserva, en un principio, la norma que contemplaban los proyectos de reforma constitucional contenían enunciados de excesiva amplitud, por lo que se acordó restringir la misma, y reemplazar esa norma por la ya transcrita, propuesta por la Comisión. También es posible observar que no se incluyó una norma que explicitara la necesidad de expropiación en caso de reserva, porque su inclusión era innecesaria y meramente formal.

Por último, debemos mencionar que el inciso propuesto por la Comisión en esta materia sufrió sólo una pequeña modificación antes de convertirse en ley, la cual tenía objetivos muy prácticos.

Del inciso propuesto por la Comisión, y aprobado por el Senado en el primer trámite Constitucional, se cambió, por la Cámara de Diputados, la expresión “...bienes de producción u otros *que tengan importancia preeminente* para la vida...” por “...bienes de producción u otros *que declare de importancia preeminente* para la vida...”, luego que se acogiera la indicación presentada por un grupo de Diputados. El cambio de redacción tiene mucha relevancia, ya que, como destaca el profesor E. Evans, tuvo por exclusivo objeto impedir la inaplicabilidad de los preceptos legales que entreguen al Estado el dominio exclusivo de ciertos bienes, en cuanto el legislador los declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. “Lo que la Cámara de Diputados quiso con la enmienda y lo que aprobó el Senado en el tercer trámite, acogiendo el texto y las razones de aquélla, fue entregar exclusivamente al legislador la calificación acerca de “cuales bienes tienen importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país””.

Con la modificación aprobada se quiso, en este caso, como en otros que veremos más adelante, impedir la procedencia del recurso de inaplicabilidad.

Hemos querido destacar la disposición que permitía la reserva de recursos naturales y otros bienes a favor del Estado debido a que, en el caso de las aguas, primeramente fue rechazada la idea de incorporar las “caídas de aguas” al dominio del Estado, pero posteriormente se creó el inciso que trataba

exclusivamente de las aguas, recurriéndose a la idea de la reserva, en términos muy amplios, de este recurso natural.

iii) Aparición de las aguas en el proyecto de reforma constitucional.

Como ya lo habíamos señalado, ni en el proyecto “original” de reformas constitucionales presentado por el Ejecutivo, ni en el posterior proyecto “desglose” que hacía reformas al derecho de propiedad presentado por un grupo de Senadores, se incluía mención alguna sobre las aguas.

Fue en el mes de Abril de 1966 que se pretendió por primera vez, durante la tramitación del proyecto de reformas constitucionales, incluir una referencia a las aguas en el texto constitucional, con una alusión a las “caídas de aguas”. Posteriormente, durante Mayo de 1966 se produciría una segunda proposición, esta vez del Ejecutivo, para incluir en el texto constitucional una norma para las aguas, pero ya no se haría una referencia restringida a una parte de ellas, sino muy por el contrario, como veremos sería la norma más abarcadora que respecto a un bien determinado contendría el texto de reforma constitucional.

Durante la tramitación del Proyecto de Reforma Constitucional surgió, por primera vez, por medio de la indicación de un grupo de Senadores, la idea de incorporar al Proyecto de Reforma Constitucional el dominio del Estado, entre otras materias, sobre “las caídas de agua”. De lo anterior se da cuenta en el Nuevo Informe<sup>28</sup> de la Comisión por medio de una indicación (la N° 12 de dicho informe) de los Senadores Altamirano, Allende, Ampuero, Campusano, Cadwick, Luengo, Rodríguez y Teitelboim para agregar, entre otros, el siguiente inciso nuevo:

“El Estado es dueño de las caídas de agua, depósitos de hidrocarburos, sustancias radiactivas y de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas y demás sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra, en cuyas entrañas estuvieren situadas (...)”

---

<sup>28</sup> Este es el Nuevo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, que se contiene en el Anexo de Documentos de la Sesión 96, de 14 de Abril de 1966, Senado.

Una vez cerrado el debate posterior a la presentación de las indicaciones, la Comisión, por unanimidad, aprobó la idea de incorporar en la Constitución una declaración explícita sobre el dominio del Estado respecto a las minas, en cambio, con los votos de los Senadores Bulnes, Durán y Prado, y la oposición de los Senadores Chadwick y Luengo, se rechazó la idea de incorporar las caídas de agua entre los recursos que se declaran propiedad del Estado.

Posteriormente, en Sesión 97, de 14 de Abril de 1966 el Senador Teitelboim expresó al respecto: “Deploramos que no se incorporen las caídas de agua entre los recursos que se declaran propiedad del Estado, pues en la hora actual la potencialidad hidráulica de un país es uno de sus factores decisivos de desarrollo económico. Estimamos de altísimo interés, y una necesidad viva en lo presente y lo futuro, lograr que el Estado sea el dueño absoluto también de las caídas de agua”.

El rechazo de incorporar al Proyecto las caídas de agua como un recurso que se declara propiedad del Estado, tendría pronto un gran revés. Lo anterior producto de una nueva norma, muchísimo más comprensiva que las caídas de agua, incluida por una indicación del Ejecutivo y redactada por los colaboradores del Gobierno por expreso requerimiento del Presidente de la República.

Veamos lo que señala al respecto don E. Evans<sup>29</sup>: “Entre los días 11 y 17 de Mayo de 1966 se desarrolló una febril actividad en las esferas de Gobierno. Las preocupaciones fundamentales giraban en torno de las nuevas disposiciones sobre la propiedad minera y en lo relativo a la procedencia de la inaplicabilidad en las expropiaciones de la Reforma Agraria. Luego de numerosas y largas reuniones de la Comisión Tripartita de Justicia (organismos relacionadores que funcionaban en todos los Ministerios, encargados de coordinar el trabajo legislativo y formadas por los Ministros y Subsecretarios respectivos, los Diputados y Senadores de Gobierno que pertenecían a las Comisiones permanentes de la Cámara y del Senado y representantes de organismos técnicos de la Democracia Cristiana), el problema se planteó al Presidente de la República, don Eduardo Frei. En una reunión celebrada en La Moneda el día 17 a las veinte horas, con asistencia del Ministro y del Subsecretario de Justicia, del Senador Patricio Aylwin, y de numerosos Diputados entre los que recordamos a don Alberto Jerez, don Sergio Fernández, don Alfonso Ansieta y don César Fuentes, el Primer Mandatario fijó claramente su criterio:

---

<sup>29</sup> Op. Cit. Pág. 297 y siguientes.

1. Las normas sobre propiedad minera que contenían el proyecto del Senado y que habían sido modificadas por la Comisión de la Cámara, debían ser revisadas;
2. La Reforma del Derecho de Propiedad, no podía dejar en la indefensión a los particulares afectados, sin permitirles el acceso a recursos, concretamente el de inaplicabilidad, que impidiesen eventuales arbitrariedades. (...)
3. La Reforma, ateniéndose al precedente establecido por la Reforma Constitucional de 1963, debía contener normas especiales sobre expropiación agraria y régimen de las aguas, en términos que estos procesos no pudieran ser impedidos o dilatados por recursos de inaplicabilidad. La ley de Reforma Agraria, en consecuencia, debía tener amplio asidero y autorización en el texto constitucional.”

Continúa Evans: “Era la opinión del Jefe del Estado. El Gobierno debía asumir, de inmediato, pues el plazo para formular indicaciones vencía al día siguiente a las doce horas, la responsabilidad de formular las que expresasen el pensamiento del Ejecutivo. Disuelta la reunión a las veintiuna horas, se formaron de inmediato dos Comisiones especiales que debían trabajar toda la noche. Una funcionó en el Ministerio de Minería, con el titular de la Cartera don Eduardo Simián, el Ministro de Justicia, don Pedro J. Rodríguez y parlamentarios de Gobierno. La otra se reunió en casa del Senador don Patricio Aylwin, con asistencia del Ministro de Tierras y Colonización don Jaime Castillo, congresales y el Subsecretario de Justicia. En esta última, se obtuvo la redacción de un nuevo inciso, especial para las expropiaciones agrarias, que fue aprobado unánimemente, encomendándose la redacción del relativo al Régimen de Aguas al Senador don Patricio Aylwin. Al día siguiente, 18 de Mayo, ambas Comisiones se reunieron en el despacho del Ministro de Minería y se dio redacción definitiva a las indicaciones del Ejecutivo. Ellas llegaron a la Cámara minutos antes del mediodía (...)”

Como se puede observar, fue una intensa y condensada actividad la que dio a luz la propuesta del Gobierno. El inciso propuesto por el Ejecutivo, que trataba acerca de las aguas, fue el siguiente:

*“La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para*



*satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.”*

La Cámara de Diputados despachó el proyecto, aprobando las indicaciones del Ejecutivo en sus Sesiones 87, 88 y 89, celebradas el día 17 de Mayo la primera, y el 18 de Mayo las dos últimas.

Este inciso, sin modificación alguna, terminó siendo ley de la república. Como se desprende de lo señalado recientemente, la creación de una disposición que satisficiera los requerimientos del Ejecutivo respecto a las aguas, y su posterior aprobación, fue extremadamente rápida.

### A.3) Cambios esenciales que produjo la reforma.

Debido a lo trascendente de las modificaciones que esta reforma produjo en el derecho de propiedad en general, y en el derecho de aguas en particular, hemos dividido la exposición distinguiendo estos dos ámbitos. Además, creemos necesario recordar previamente qué disponía la Constitución de 1925 en materia de derecho de propiedad y expropiaciones y, principalmente, qué se señaló a este respecto por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento al Senado<sup>30</sup>.

Como lo señalamos anteriormente<sup>31</sup>, al redactarse la Constitución de 1925 se incorporaron modificaciones que importaron un cambio en el Derecho Público chileno en orden a considerar un concepto más amplio de “bien común” y con preeminencia sobre el “interés individual”. También señalamos que se agregó una norma que sometió el ejercicio del derecho de propiedad a “las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social”, facultando a la ley para imponer obligaciones o servidumbres de utilidad pública.

En el Informe de la Comisión se señala: “No puede desconocerse la importancia que el derecho de propiedad tiene en las Constituciones modernas para definir numerosos problemas sociales, económicos y políticos de nuestro tiempo, y así mismo, para determinar la confrontación y estructura jurídica y

---

<sup>30</sup> Informe, ya citado, de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en la Moción de los Senadores Ampuero, Corbalán, Chadwick, y Luengo, que modifica el artículo 10 N° 10 de la CPR, relativo al derecho de propiedad, que consta en Anexo de Documentos de la Sesión N° 83 de 22 de Marzo de 1966.

<sup>31</sup> Vid. punto 2.2, A.1, letra b), “Segunda Etapa”.

socioeconómica de un Estado. Cabe advertir que este derecho ha sufrido transformaciones que tienden a restringirlo, basadas principalmente en exigencias derivadas de las necesidades sociales, lo que ha motivado el debilitamiento y aun la desaparición, en algunos casos, del concepto de derecho subjetivo sobre la propiedad, el que ha sido reemplazado por el concepto de “función social” de la misma.”

También recuerda el Informe que entre las modificaciones introducidas a la Constitución en 1925, se incorporaron al texto de la garantía constitucional de la propiedad, algunas nuevas concepciones limitativas del derecho de dominio, fundadas principalmente en las doctrinas sustentadas sobre el particular por el tratadista francés León Duguit, las que aparecieron traducidas en el inciso final del artículo 10 N° 10, donde se establecía que el ejercicio de este derecho estará sujeto a las limitaciones o reglas que exigiesen el mantenimiento y el progreso del orden social.

Se señaló además, que en la C.P.R. la "inviolabilidad de todas las propiedades" estaba establecida como un principio absoluto, sin distingos entre el derecho mismo y los bienes o cosas que constituyen su objeto. Esta inviolabilidad comprendía toda clase de propiedades e importaba la prohibición que todos tenían de infringir o quebrantar de cualquier modo la propiedad de otro. (Bernaschina, Silva Bascuñan).

La misma Constitución traducía prácticamente ese principio al decir: "Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere (...)".

Se destacó que sólo por sentencia judicial o en virtud de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley, podía una persona verse privada de la propiedad o del derecho que a ella tuviere. En caso de expropiación, se debía dar previamente al dueño la indemnización que se ajustase con él o que se determinase en el juicio correspondiente.

Se dijo, por tanto, que dos eran las limitaciones fundamentales a la inviolabilidad, en virtud de las cuales una persona podía ser privada de su propiedad: la sentencia judicial y la expropiación por razón de utilidad pública.

Respecto de la sentencia judicial hubo reservas doctrinarias, en el sentido de que no es propiamente una excepción al derecho de propiedad o a su inviolabilidad, desde el momento en que se limita a reconocer el dominio y declara un derecho en favor de otra persona que la que se cree dueña.

Como dice Silva Bascuñán "La sentencia judicial pudo, pues, no contemplarse como excepción a la inviolabilidad de la propiedad, y se la menciona, repitiendo los textos de 1828 y 1833, para recalcar el respeto que la propiedad merece, de modo que nadie puede ser privado de la posesión o tenencia de la cosa corporal o incorporal, si no media una previa decisión de la justicia. Pero debemos entender que, lógicamente, el constituyente quiso referirse a una sentencia dictada mediante la aplicación de disposiciones legales que no pugnen con el orden constitucional por él establecido y menos con los derechos definitivamente adquiridos con arreglo a sus propias normas fundamentales".<sup>32</sup>

En cuanto a la expropiación, podemos señalar que para que ella fuese procedente era necesario que se cumpliese con los siguientes requisitos: 1º) utilidad pública; 2º) que ésta sea calificada por una ley; 3º) indemnización previa al dueño o propietario; y 4º) ajuste de dicha indemnización con el dueño o en un procedimiento judicial.

Respecto del 1º y 2º requisitos, señala el Informe: "La utilidad pública es un concepto amplio, que puede concurrir en la expropiación a favor del Estado, de las Municipalidades o de los particulares; en otras palabras, ella incluye cualquiera utilidad que derive de exigencias de bienestar, provecho o conveniencia de la colectividad, y por lo tanto, el beneficiario no es sólo el Estado sino cualquiera persona natural o jurídica, pública o privada.

Ella debe ser calificada por una ley, y este constituye un aspecto formal de la garantía de que se trata; el legislador debe establecer la causa que motiva y justifica la privación del dominio mediante expropiación. En cuanto a la naturaleza de la ley que califica la utilidad pública, algunos sostuvieron (Claro Solar, Huneeus) que su texto debía calificar dicha utilidad en cada caso particular y no en términos generales. Hoy día se acepta la doctrina de que el legislador puede determinar de manera genérica los

---

<sup>32</sup> Esta es una cita del propio Informe. Corte Suprema, 31 de julio de 1948. Rev., t. 46, secc. 1ª, p. 41

bienes a expropiarse, declarando de "utilidad pública" los que fueren necesarios para la aplicación de una ley (leyes de: ferrocarriles, caminos, urbanizaciones, habitaciones populares, colonización agrícola, etc.)”

A este respecto Silva Bascuñán señalaba que "el ideal es la máxima precisión o, por lo menos, la dictación de reglas, que evitando toda arbitrariedad, señalen con firmeza y claridad el criterio que deberá aplicar el Poder Ejecutivo al indicar los predios, bienes o cosas expropiables. Así, pues, todo lo que tienda a la mayor determinación por la ley de las bases de la expropiación y disminuya la discrecionalidad de la actuación de la autoridad ejecutiva, se acomoda mejor al propósito de inviolabilidad que inspira al constituyente."

Respecto del tercer y cuarto requisito, señala el Informe: “para que proceda la expropiación, es necesario pagar, al dueño una indemnización, la que debe ser de carácter previo, es decir, primero debe pagarse y después se puede tomar posesión del bien expropiado.

La ley se limita a declarar la utilidad pública y a autorizar, en razón de ella, la expropiación. Pero no basta con la ley para que opere el desposeimiento; para que éste se haga efectivo es necesario que se pague la indemnización.

El pago previo perfecciona la expropiación, la cual en ese momento se entiende consumada.

En lo que se refiere a la forma de la indemnización, ella debe pagarse al contado y en dinero efectivo, según la doctrina generalmente aceptada en derecho público, de manera que el propietario cuyo dominio se vea afectado por la expropiación, reciba efectivamente una indemnización que le permita reemplazar los valores expropiados.

Por último, la indemnización debe ser ajustada con el propietario, o en la forma que se determine en un procedimiento judicial.”

Dice Bernaschina (citado en actas) sobre el particular: “En caso alguno podría la ley fijar el límite máximo del valor de la indemnización, como lo hacía la antigua Ley de Construcciones y Urbanización que, en este aspecto, fue declarada inaplicable muchas veces. A lo más estos límites pueden servir de tope

a la autoridad administrativa para convenir precio, pero no excluyen la posibilidad de que a falta de acuerdo el particular pueda recurrir a los tribunales, para que se fije la indemnización definitiva, como lo asegura expresamente la Constitución.”

De acuerdo a lo recientemente expuesto, en el Informe entregado por la Comisión queda claro que en la C.P.R. de 1925 se contemplaba como únicas formas en que una persona se viera privada de su dominio a la sentencia judicial y a la expropiación en los términos ya señalados.

Como veremos, muchos de estos elementos se modificaron con la reforma, y para el caso de las aguas, simplemente no rigieron o se aplicó la norma inversa.

#### i) Cambios al derecho de Propiedad en general

Para analizar los cambios que produjo la ley 16.615 revisaremos qué ocurrió en materia de: la garantía del derecho; la función social del dominio; y los cambios en el régimen expropiatorio. También veremos algunas ideas en torno a la indemnización del expropiado, y el recurso de inaplicabilidad. Posteriormente se tratará los cambios en lo referente a las aguas.

Respecto de este último punto –cambios en materia de aguas– hay que tener siempre presente que ellos se produjeron a raíz de los cambios que se debían efectuar al texto constitucional para llevar a cabo la reforma agraria, por ello es importante ver qué ocurrió en general con el derecho de dominio y la expropiación, y las normas de excepción para las aguas.

### **La Garantía del Derecho**

Como ya se mencionó, con la reforma constitucional de la ley 16.615 se reemplazó la parte inicial de precepto contenido en el artículo 10 N° 10 que consagraba la "inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna", por la nueva norma que señala: "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República el derecho de propiedad en sus diversas especies".

Se debe analizar si esta sustitución afectó a la garantía del derecho asegurado por la Constitución y en qué medida ello pudo producirse.

El profesor Evans señala que para precisar el significado de la referida "inviolabilidad", hay que distinguir entre su "extensión" y su "contenido".

Respecto de la extensión, a partir de 1925<sup>33</sup> cuando se produjo el reemplazo de las expresiones "sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades", por las más genéricas de "sin distinción alguna", se admitió en forma definitiva que la garantía constitucional comprendía todos los derechos, de cualquier naturaleza, que tuvieran significación o relevancia patrimonial directas.

Respecto al contenido, señala E. Evans que "según el Diccionario de la Real Academia, inviolabilidad es la "calidad de inviolable"; inviolable significa "que no se debe o no se puede violar o profanar"; violar es igual a "infringir o quebrantar una ley o precepto".

Puede pues afirmarse que un derecho inviolable es el que no se puede infringir, quebrantar o desconocer, en cuanto a su existencia, y a su subsistencia, o en lo relativo a su extinción y a las facultades jurídicas que lo configuran las que no pueden restringirse en su número, ni limitarse en su amplitud.

Si la inviolabilidad de un derecho emana de la Constitución, su efecto práctico es impedir que el legislador dicte normas que lo infrinja o quebrante o lo viole alguna de las maneras descritas; en otros términos, que la ley afecte su existencia o a su subsistencia.”

Continúa el autor: “La verdad es que en el orden jurídico chileno, los derechos no son "inviolables" puesto que no existen disposiciones constitucionales que impidan que una nueva ley modifique la definición de un derecho y otorgue en el futuro, otros o menos atributos jurídicos que los que se reconocían por la legislación anterior.

El artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes establece que a la nueva ley quedan sujetos "en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción" los derechos reales adquiridos bajo la ley anterior". En resumen, la norma general es que el legislador puede violar todos los

---

<sup>33</sup> Vid. Pág. 14.

derechos porque puede modificar su contenido jurídico —goces, cargas, extinción— aún de los adquiridos antes de su promulgación, con una sola excepción: la calidad de titular de un derecho, adquirida conforme a la ley anterior, no puede ser desconocida por una nueva ley, como tampoco a los atributos que lo configuran y que son de su esencia. Ahora bien, la "inviolabilidad" consagrada en el texto constitucional anterior, modificaba estos preceptos de general aplicación, estableciendo un estatuto de excepción para el derecho de dominio, restringiendo el ámbito de la ley. En efecto, el propietario sólo podía ser privado de su derecho, verlo extinguido, por sentencia judicial o expropiación, sin que la ley pudiera establecer otras causales de extinción, como puede hacerlo con otros derechos, de acuerdo con la Ley citada.”

Por último, la "inviolabilidad" también otorgaba al derecho de propiedad un estatuto de excepción en cuanto a su ejercicio, o sea, a la acción de los atributos que lo configuran. En efecto, el mismo artículo 12 de la Ley referida permite al legislador someter los goces y cargas de los derechos adquiridos, al imperio de la nueva ley; sin embargo, la normativa constitucional vigente desde 1925 hasta 1967, establecía que sólo podía someterse el ejercicio del derecho de propiedad "a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social (...)", continúa la ley "(...) y, en tal sentido, podrá imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública". En todo cuanto no esté comprendido dentro de estos límites, el legislador no podía limitar el goce del derecho de propiedad, ni establecer cargas.”

Por lo tanto, la “inviolabilidad” del texto constitucional de 1925 otorgaba un estatuto especial al derecho de dominio en dos ámbitos. Primero, sólo podía privarse de su derecho al titular por sentencia judicial o por expropiación. Segundo, su ejercicio podía ser sometido sólo a ciertas limitaciones, que habilitaban para imponer obligaciones o servidumbres restringidas, y sólo a favor de ciertos intereses.

Es necesario analizar la nueva norma, fruto de la reforma, para ver el alcance de las modificaciones. Al asegurar la Constitución, a todos los habitantes de la República el derecho de propiedad en sus diversas especies, Evans señala que se está amparando todos aquellos que tengan relevancia o significación patrimonial directas, y además, todas las formas de propiedad, no estatal que requieren protección jurídica: la propiedad individual, la familiar, la comunitaria, la social. Por lo tanto, al

igual que antes de la reforma, también se asegura con esta nueva norma la existencia del derecho de propiedad. Además, se expresa que el titular sólo puede ser privado de la propiedad mediante el mecanismo constitucional de la expropiación, por lo que con ella se asegura también la subsistencia del derecho.

De lo anterior resulta que, hasta este momento, no existe diferencia entre el contenido de la "inviolabilidad", y el contenido del derecho de propiedad asegurado por la norma fruto de la reforma: en ambos casos el constituyente ampara la existencia del derecho y su subsistencia. Sin embargo, como señala el autor citado, la diferencia se produce y es fundamental.

Señala: “la "inviolabilidad" impedía imponer limitaciones o cargas al derecho de dominio (...) el constituyente de 1925 sólo aceptó que se pudiera, en casos determinados, someter el ejercicio del derecho de propiedad a ciertas obligaciones.”. “Al eliminar la palabra "inviolabilidad", pudo ahora la Constitución, sin caer en una contradicción evidente, agregar que "la ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella, y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos".”

Por lo tanto, con la reforma constitucional, el legislador quedó autorizado para establecer, de acuerdo al derecho común, obligaciones, cargas y limitaciones al derecho de propiedad. (Naturalmente que si esas imposiciones del legislador afectaban a la subsistencia del derecho, porque implicaban, de hecho, su extinción, su titular podía oponer la norma constitucional que lo protegía y que expresaba "nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley. . . que autorice la expropiación".)

Evans agrega que “eliminado el concepto de "la inviolabilidad" de las propiedades, no ha desaparecido del orden jurídico chileno ni la existencia ni la subsistencia del derecho de propiedad, en todas sus formas. Por el contrario, están aseguradas por la Constitución. La novedad radica en que el legislador puede ahora, imponer a la propiedad limitaciones y obligaciones.”

### **La función social del dominio privado**

Como se acaba de analizar, con la reforma constitucional se autorizó al legislador para imponer al derecho de propiedad limitaciones y obligaciones, en los términos que la Constitución señalaba.



De acuerdo al inciso segundo del artículo 10 N°10 reformado por la ley 16.615, para que ello fuese posible, Evans señala que era necesario que se reuniesen los siguientes requisitos:

1. Que esas limitaciones u obligaciones hayan tenido por objeto asegurar la función social del dominio.
2. Que las mismas limitaciones u obligaciones hayan perseguido que la propiedad sea accesible a todos.<sup>34</sup>
3. Que hubiesen sido impuestas por la ley.

El primer requisito, asegurar la función social, quedó especificado en el mismo inciso, de manera que el legislador no podría haber impuesto limitaciones u obligaciones a la propiedad en razón de su función social, si no se ajustaba a los objetivos fijados por la Constitución.

Señalaba la respectiva norma: “la función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad pública, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”.

De acuerdo al segundo y tercer requisito era necesario, además, que estas limitaciones u obligaciones hayan sido impuestas por ley, y que ellas hubiesen cumplido o realizado un proceso económico o social de acceso a la propiedad para los que no la tenían o que hubiese acrecentado el número de propietarios.

### **Cambios en el régimen expropiatorio**

El nuevo N°10 del artículo 10 de la Constitución Política de 1925 que regulaba al derecho de propiedad incluyó en su inciso cuarto una norma que reguló la expropiación<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> El autor citado indica que debe entenderse este requisito en el sentido del “mayor número”, de difusión de la propiedad.

<sup>35</sup> Señalaba el inciso 4º, fruto de la reforma: “Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará

La Constitución contempló a la expropiación como única forma de privar del dominio a los titulares de ese derecho. Sería a ese precepto constitucional al que deberían someterse las privaciones de dominio que se originaran con posterioridad a la reforma. Esto último, siempre y cuando no existiese una norma especial, como ocurrió con ciertas materias, específicamente con los predios rústicos y con las aguas.

Una de las modificaciones de la reforma constitucional fue agregar el “interés social” como causa de expropiación, ya que, conforme al nuevo texto constitucional, la expropiación es un mecanismo jurídico para privar del dominio, por causa de utilidad pública o de interés social, en cambio, la Constitución de 1925 originalmente autorizaba la expropiación sólo por razón de “utilidad pública”.

Conforme al nuevo texto constitucional, la expropiación sólo procedía en virtud de una autorización de la ley, la que podía ser general o especial, y sus efectos eran múltiples:

1. Privaba del dominio a su actual titular;
2. Generaba para el dueño el derecho a ser indemnizado; y
3. Autorizaba al expropiador para tomar posesión material del bien expropiado.

El profesor E. Evans señala que: “La expropiación autorizada por ley es un acto de autoridad constituida, previsto en el orden jurídico básico y que, cumpliendo con el solo requisito formal de esa autorización legislativa, no puede ser resistida por los afectados. Ello elimina, por consiguiente, la procedencia de todo reclamo o recurso, ya que el derecho del propietario sobre lo expropiado ha sido sustituido, de pleno derecho y por la sola existencia de la ley, por su derecho a la indemnización. El precepto, por lo demás, es claro: la causa de utilidad pública o de interés social que hace procedente la expropiación debe ser "calificada por el legislador". Por consiguiente, y tal como sucedía bajo el imperio de la norma de la Constitución de 1925, en que la "utilidad pública" era "calificada por una ley", el derecho a determinar, soberanamente, lo que constituye "utilidad pública o interés social" corresponde exclusivamente al Poder Legislativo, y una vez que éste, cumpliendo los trámites previstos en la Constitución, genera un precepto legal expropiatorio, ningún otro Poder del Estado, magistratura o

---

las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado”

autoridad, puede revisar lo obrado. De lo expuesto fluye que, cumplido el requisito formal de la existencia de una ley, el expropiado no podría ser amparado por ninguna declaración de inaplicabilidad emanada de la Corte Suprema y que estimara que en el caso que lo afecta no concurra una situación de utilidad pública o de interés social que haga procedente la expropiación. Esa valoración, repetimos, corresponde exclusivamente al legislador.”

Como señala el mismo autor, con la reforma constitucional el legislador quedó autorizado expresamente:

- 1) Para establecer las condiciones de pago de la indemnización;
- 2) Para determinar las normas que sirvan para fijar el monto de la indemnización;
- 3) Para fijar la forma de extinguir la obligación de indemnizar;
- 4) Para señalar el tribunal que resolvería las reclamaciones sobre el monto de la indemnización;
- 5) Para disponer las oportunidades y el modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.

### **Indemnización al expropiado**

Sabemos que la Constitución de 1925, en el inciso segundo del N° 10 del artículo 10, disponía a este respecto lo siguiente:

"En este caso (el de expropiación) se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente".

También mencionamos que a esa disposición se agregaron, por la reforma constitucional de 1962, una frase y tres incisos nuevos (tercero, cuarto y quinto), que en síntesis preceptuaban lo siguiente:

- a) Al entablar un reclamo judicial sobre el monto de la indemnización, el juez podía autorizar que se tomase posesión del bien expropiado antes de finiquitarse el juicio, siempre que la expropiación hubiese recaído sobre un predio rústico o se hubiese hecho para una obra pública de urgente realización;
- b) Los predios rústicos abandonados o que hubiesen estado manifiestamente mal explotados y por debajo de las condiciones normales predominantes en la región para tierras de análogas posibilidades, podían ser expropiados pagando de contado el 10% de la indemnización y el saldo en cuotas anuales iguales dentro de un plazo que no exceda de 15 años, con el interés que fije la ley y con un reajuste anual destinado a mantener el valor de dicho saldo.

El proyecto del Gobierno consignaba el reemplazo de todas las disposiciones concernientes a la indemnización, por la siguiente:

*"El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, la forma de extinguir esta obligación, la parte que deba enterarse al contado, el plazo y condiciones en que se entregará el saldo, si lo hubiere, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado"*<sup>36</sup>.

Al ser analizada la reforma, en el tercer trámite constitucional, el Senado envió el proyecto aprobado por la Cámara a su Comisión Especial de Reforma Constitucional, la que estudió el proyecto durante casi un mes, entre el 15 de junio y el 14 de julio, en sesiones N° 33 a N° 42.

Durante dicho debate se consultó la opinión del Ministro de Justicia respecto del concepto de equidad y su relevancia respecto de la procedencia del recurso de inaplicabilidad. Además, el mismo Ministro señaló cómo se entendía, desde el pensamiento del gobierno, a los nuevos incisos agregados por la Cámara que señalaban casos especiales de indemnización.

---

<sup>36</sup> Respecto de este inciso en particular, Evans señala que: "Esta disposición del proyecto es la que concitó críticas más duras y más reiteradas, porque al dejarse entregadas a la ley las normas para fijar la indemnización, los plazos y condiciones de su pago y el tribunal que conocerá de las reclamaciones, se habría permitido al legislador hacer más o menos ilusoria la indemnización y, en consecuencia, a reducir a letra muerta la garantía constitucional del derecho de propiedad.

En la Comisión se produjeron largos debates sobre la materia, al tratarse en general el proyecto de reformas constitucionales, primero, y el proyecto desglosado, después. Cuando se llegó a la discusión particular de esta disposición, ya se había producido un principio de acuerdo de mayoría para modificar la proposición del Ejecutivo, estableciendo reglas más precisas sobre la indemnización. Como resultado de ese acuerdo en principio, y después de un nuevo debate, se aprobó el siguiente texto, que forma parte del inciso cuarto de la proposición de la Comisión:

"El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, la parte que debe enterarse al contado, el plazo y condiciones en que se entregará el saldo, si lo hubiere, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado".

Por lo relevante de las opiniones vertidas en dicha sesión, transcribiremos lo relacionado con la indemnización especial y el recurso de inaplicabilidad.

Al comentar los nuevos incisos siguientes al anteriormente transcrito, los incisos 8º, 9º y 10º, referidos al pago diferido de la indemnización, expropiación de predios rústicos, y expropiación de las aguas, respectivamente, se consigna la opinión del Sr. Ministro de justicia; al respecto señalan las actas:

“El señor **MINISTRO DE JUSTICIA** manifiesta que las normas contenidas en el inciso séptimo constituyen el derecho común en materia de indemnizaciones originadas por una expropiación y que a continuación vienen dos reglas de carácter especial.

Dice que respecto a los predios rústicos, la Constitución establece un mandato categórico en el sentido de que la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial y, en consecuencia, es un mandato autónomo que no queda sujeta a ningún control ni revisión.

En resumen, considera que la norma especial relativa a la indemnización de los predios rústicos no está sujeta a un posible recurso de inaplicabilidad.

Agrega que en lo referente a la forma y condiciones de pago, dentro del límite que fija la Constitución, en el sentido de que el plazo no podrá ser superior a 30 años, el legislador tiene amplia libertad para fijarlas.

El señor **BULNES** pregunta si, en todo caso, se les dará oportunidad a los dueños de predios rústicos de reclamar del avalúo.

El señor **MINISTRO DE JUSTICIA** responde que él entiende que no existe esa intención por cuanto ya tuvieron un plazo para hacerlo y si no lo hicieron es porque estuvieron conformes con el que se les había fijado.

El señor **BULNES** hace presente que en la época en que fue posible reclamar de los avalúos no se conocía el texto del proyecto de reforma agraria y, por ende, no se sabía que se pensaba tomar como base de la indemnización, dicho avalúo.

El señor **RODRÍGUEZ** (Ministro de Justicia), expresa que si bien el proyecto aún no había sido enviado al Congreso, la opinión pública ya estaba informada de su contenido. Agrega, como dato ilustrativo, que alrededor de 180 propietarios rústicos solicitaron se les aumentara el avalúo de sus predios.

El señor **BULNES** dice que precisamente ese dato comprueba que no era conocida la intención del Gobierno al momento de hacerse las reclamaciones, pues en caso contrario habría sido muy superior al número de los reclamantes. Posiblemente, el ínfimo porcentaje que solicitó aumento del avalúo tuvo conocimiento del proyecto, pero en ningún caso es representativo del conocimiento general que existía en ese momento sobre la materia. Por ello, formula indicación para que se solicite a Impuestos Internos la nómina de las personas que con motivo del último avalúo fiscal, presentaron reclamaciones solicitando se elevara el avalúo de predios rústicos.

—*Así se acuerda.*

El señor **AMPUERO** consulta si el señor Ministro de Justicia estima que con el texto del Senado procedería o no el recurso de inaplicabilidad en caso de estimarse que la indemnización no era equitativa.

El señor **RODRÍGUEZ**, Ministro de Justicia, reitera que estima que dicho precepto no autoriza el recurso de inaplicabilidad.

El señor **BULNES** expresa que, como lo ha manifestado en repetidas oportunidades, a su juicio, el texto del Senado autoriza el mencionado recurso.

Continuando con su explicación de los incisos nuevos agregados por la Cámara, el señor **MINISTRO DE JUSTICIA** dice que el final también contiene una norma especial en relación a las aguas, no sujeta a revisión posterior por la Corte Suprema.

Expresa que su primer acápite tiene por objeto hacer volver la situación de las aguas a la que primitivamente tenían en el Código Civil, reservando al dominio nacional de uso público todas las existentes en el territorio nacional.

Agrega que las que actualmente no tienen dueño se incorporarán por medio de la ley de reserva y las que lo tienen, por la vía de la expropiación.

En el caso de expropiación, los dueños de las aguas objeto de esta medida, seguirán usándolas en calidad de concesionarios del derecho de aprovechamiento, y sólo tendrán derecho a indemnización cuando como resultado de la expropiación sean privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.

Es decir, las aguas que se tengan en exceso, serán expropiadas sin derecho a indemnización.

Pero, en los casos en que haya lugar a ésta, ella se regirá de acuerdo a las reglas generales.

—La Comisión, con los votos de los Honorables Senadores señores Ampuero, Bulnes, Durán y Luengo, y con la oposición del Honorable Senador señor Prado, rechaza la sustitución del inciso séptimo propuesta por la Cámara.”

Producto de los cambios de la Reforma Constitucional de la Ley 16.615, quedaron sentadas como bases para determinar el monto de la indemnización, las siguientes:

- 1) Correspondía a la ley fijar las condiciones de pago, las normas para determinar el monto y la forma de extinguir la obligación de indemnizar.
- 2) El legislador debía proceder en todo ello equitativamente, tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados.
- 3) Con los elementos recién mencionados se debía fijar el monto de la indemnización, y si el expropiado no estaba de acuerdo podía reclamar ante un tribunal que fallaría conforme a derecho.

### **Recurso de Inaplicabilidad**

Durante la tramitación del proyecto de ley, se presentó en diversas oportunidades la cuestión de si el mencionado recurso era o no procedente, tanto respecto de la declaración de inaplicabilidad de un

precepto legal que estableciese limitaciones u obligaciones para el dominio fuera de los casos previstos en la constitución, como respecto de los preceptos legales que estableciesen las condiciones de pago y demás elementos para fijar el monto de la indemnización.

Para Evans,<sup>37</sup> tanto en uno como en el otro caso el recurso era procedente. Por el contrario, en los casos de la calificación de la “causa de utilidad pública” o del “interés social” que debía efectuar soberanamente el legislador, no procedía el recurso de inaplicabilidad, es decir, una vez cumplido el requisito formal de la existencia de una ley, el expropiado no podía ser amparado por ninguna declaración de inaplicabilidad emanada de la Corte Suprema y que estimara que en el caso que lo afecta no concurra una situación de utilidad pública o de interés social que haga procedente la expropiación.

## ii) Cambios en lo referente a las aguas

La Reforma Constitucional del artículo 10 N° 10 de la C.P.R. de 1925 que regulaba el estatuto constitucional del derecho de propiedad en nuestro país, no sólo produjo cambios en el derecho de dominio en general, como ya lo hemos visto, sino que reglamentó el dominio de ciertas materias específicas, como las aguas.

Ya se mencionó que en un principio hubo intenciones de incorporar preceptos muy amplios en materia de reserva de bienes a favor del Estado, y finalmente se adoptó un criterio más especificador de las materias objeto de la reserva. También vimos cuál fue la primera indicación para incorporar al texto constitucional un precepto que se refiriese a las aguas, mediante las “caídas de agua”. Finalmente vimos cuál fue la indicación del Ejecutivo en esta materia, y cómo se gestó.

Veamos a continuación cuáles fueron los cambios en materia de aguas que esta nueva normativa constitucional produjo.

- Se estableció una regulación constitucional para las aguas.

---

<sup>37</sup> Op. Cit. Pág. 404, 408 y 411.



Como se señaló anteriormente, ni el Proyecto de Reforma Constitucional que tuvo su origen en el Ejecutivo, ni el “desglose” posterior presentado por los Senadores contemplaban como materia a regular a las aguas.

Sin embargo, la ley de reforma constitucional que se aprobó en el parlamento sí contempló un inciso dedicado exclusivamente a este recurso, lo que significó que por primera vez en nuestro derecho constitucional quedaran establecidas normas expresas para este bien.

Las normas que sobre este recurso se contemplaron en la Constitución tenían por objeto recoger las inquietudes expresadas por el Presidente de la República en orden a facilitar la expropiación de las aguas, y limitar las indemnizaciones que hubieren procedido, para hacer, de esa forma, viable la expropiación masiva del recurso.

El inciso sexto de la reforma entregó amplias atribuciones a la ley para reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y para expropiar las que eran de propiedad particular.

El texto específico, ya transcrito, del inciso sexto era el siguiente:

*“La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.”*

- Se confirió al legislador potestad para cambiar al dominio público todas las aguas del territorio nacional

La normativa en cuestión entregó amplias prerrogativas al legislador para reservar al dominio nacional de uso público a todas las aguas del territorio nacional, y para expropiar las que fueran de

propiedad particular. Esta norma, que contempla la potestad para el legislador de cambiar el estatuto jurídico de las aguas, es la que daría legitimidad Constitucional a los preceptos de la ley de Reforma Agraria que se tramitaba conjuntamente con la reforma constitucional.

Como veremos más adelante, la ley 16.640 de Reforma Agraria, dispuso el traspaso de todas las aguas del territorio nacional al dominio nacional de uso público, mediante la reserva y expropiación.

- Se estableció un procedimiento indemnizatorio de carácter especial.

Este es uno de los puntos más relevantes de la reforma, ya que no sólo se establecía en la C.P.R. la posibilidad de que la ley reservara al dominio nacional de uso público a todas las aguas, sino que en la misma norma quedó regulada la indemnización.

Quedó establecido durante el debate del proyecto de reforma constitucional que la estructura que se pretendía para las expropiaciones estaría establecida por un procedimiento general, o común, y otros dos especiales, uno de ellos correspondiente al que se aplicaría en el caso de las expropiaciones de aguas.

Recordemos qué así se señaló también en las Actas<sup>38</sup> de la Comisión Especial de reforma constitucional:

El señor Ministro de Justicia manifestó que las normas contenidas en el inciso séptimo constituirían el derecho común en materia de indemnizaciones originadas por una expropiación, y que a continuación venían dos reglas de carácter especial (...) siendo una de ellas una norma especial en relación a las aguas, no sujeta a revisión por la Corte Suprema.

Revisemos que señala Evans<sup>39</sup> al respecto: “(...) por vez primera en este N° 10 del artículo 10 la Constitución establece que la indemnización expropiatoria será "excepcional". Tanto en la expropiación común, como en la agraria, en las expropiaciones de excepción y en las que tenga lugar respecto de la propiedad industrial o intelectual, el derecho a la indemnización procede siempre. En el caso de las aguas,

---

<sup>38</sup> Actas de Sesión 42 de la Comisión Especial de Reforma Constitucional, de 14 de julio de 1966.

<sup>39</sup> Op. Cit. Pág. 419.

repetimos, la situación es inversa: la indemnización procede, excepción, cuando se extinga total o parcialmente un derecho de aprovechamiento de aguas y el titular de ese derecho sea, efectivamente, privado del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacía antes de la extinción.”

“El inciso no contiene normas especiales respecto de la indemnización procedente en el caso excepcional que contempla. Debe, en consecuencia, y aplicando el mismo padrón que utilizamos al referirnos a la propiedad minera, regirse por las disposiciones generales aplicables a la expropiación común y a su indemnización y que se encuentran en el inciso cuarto.”

### **Postura de la Sociedad Nacional de Agricultura frente a los cambios**

Sabemos que durante la tramitación del Proyecto de Reforma Constitucional, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento acordó consultar a diferentes entidades su opinión respecto a las modificaciones que se producían por las nuevas normas que se pretendían agregar al texto constitucional.

Una de estas entidades fue la Sociedad Nacional de Agricultura, quien manifestó su opinión acerca de las modificaciones que se producirían con esta reforma. La Sociedad envió una carta a la Comisión, que nosotros citaremos en lo referente a los cambios en materia de aguas, por ser ella la opinión de un ente relevante afectado por la reforma.

Señaló al respecto la Sociedad Nacional de Agricultura<sup>40</sup>: “En cuanto al derecho de aguas la H. Cámara ha incorporado una disposición que, en su párrafo inicial, repite la facultad para reservar bienes al dominio público, que ya había sido incorporada en el inciso quinto.

Más adelante, se introduce un nuevo concepto de indemnización, cuyos alcances deberán ser examinados cuidadosamente. Se dispone que en los casos de expropiación de aguas los dueños sólo tendrán derecho a indemnización "cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del

---

<sup>40</sup> Comunicación de la Sociedad Nacional de Agricultura. Diario de Sesiones del Senado, Sesión 25, de 19 de Julio de 1966, Anexo de Documentos.

agua suficiente para satisfacer mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción".

Si esta disposición se examina en relación con el artículo 77 del Proyecto de Ley sobre Reforma Agraria, se establece que la Dirección de Aguas determinará la tasa de uso racional y beneficioso y que el derecho a indemnización sólo surge en cuanto la resolución de la autoridad administrativa no determina que con el uso "racional y beneficioso" de cierta cantidad de aguas, el propietario puede satisfacer las mismas necesidades de riego que satisfacía antes. O sea, el margen de indemnización no depende de la lesión que experimenta el patrimonio, sino en cuanto la Dirección de Aguas no declara que con las aguas que está dejando a disposición del propietario, éste puede regar igual que antes. Cualquier prueba en contrario es extremadamente difícil y haría recaer sobre el propietario la obligación de litigar y rendir pruebas, cuando ya esté desposeído de sus aguas. O sea, es la autoridad la que determina en el hecho, el margen de indemnización y no la extensión real del perjuicio patrimonial experimentado.

Por otra parte, esta disposición está concebida sobre una base técnica enteramente falsa. Se supone que determinados derechos de agua permiten regar determinada superficie y que, con un "uso racional y beneficioso" se puede regar mayor superficie con menor cantidad de aguas.

Se prescinde por completo de que la elección de los cultivos es decisiva y que la Dirección de Aguas puede estimar racional y beneficiosa una cantidad de aguas teniendo en cuenta necesidades de cultivo que no son los que "racional y beneficiosamente" el agricultor quiere abordar. Igualmente se prescinde del hecho de que los derechos de aguas o regadores no son cantidades fijas de aguas, sino cuotas en cauces cuyos caudales son variables, de donde resulta que mayores cuotas de agua significan para los predios mayor seguridad de riego. La mayor seguridad de riego, de la que en los años de escasez depende la cosecha misma, ha sido pagada por los propietarios al adquirir el predio y ahora no les sería indemnizada, cuando se considere que con un uso racional y beneficioso puede satisfacer las mismas necesidades de antes. Por último, la tasa de uso racional y beneficioso es enteramente variable, como lo establece el artículo 97 del proyecto de Reforma Agraria, lo que implica dejar aún más indefinido el margen de indemnización.

Conviene tener en cuenta que, de acuerdo con la disposición ya citada del proyecto de ley de Reforma Agraria el propietario no tiene acceso a los tribunales de justicia para reclamar de las determinaciones sobre tasa de uso racional y beneficioso de las aguas.

De lo anterior se desprende que el inciso a que nos referimos introduce una noción de indemnización enteramente nueva que, de ser acogida, puede indudablemente extenderse en el futuro próximo a cualquier otra clase de expropiación.

La indemnización en caso de expropiaciones de aguas debe quedar sujeta a las mismas normas que las demás expropiaciones, ya que de lo contrario se agregará un nuevo factor de confusión en un texto cuya doctrina es ya difícil de seguir y este nuevo concepto indudablemente proyectará su sombra sobre la noción básica de indemnización en que todo el sistema de garantía del derecho de propiedad está construido.”

## **B) LEY 16.640 LEY DE REFORMA AGRARIA**

Luego de haber visto cómo se gestó la reforma constitucional de la ley 16.615, y los efectos que ella acarrea respecto del derecho de propiedad en general, y respecto de los derechos de aguas en particular, la segunda ley que debemos revisar es la N° 16.640 de Reforma Agraria.

Esta ley tuvo una tramitación paralela con la ley N° 16.615 que acabamos de analizar, debido a que ésta última, como se explicó cuando se habló del desglose, tenía por objeto permitir la reforma agraria, e impulsar el conjunto de reformas constitucionales restantes. Lo anterior originó que se formularan algunos cuestionamientos<sup>41</sup> respecto de la legitimidad de la discusión paralela, los que en la práctica no prosperaron.

---

<sup>41</sup> Oposición del Sr. Ochagavía, expuesta en Sesión 90ª, del 19 de Mayo de 1966, Cámara de Diputados. “El proyecto de Reforma Agraria presentado por el Ejecutivo es absolutamente inconstitucional. Así lo reconoce el propio Mensaje. El Diputado que habla formuló en dos oportunidades censura a la Mesa de la Comisión de Agricultura y Colonización por el hecho de sometérnos a estudio una materia abiertamente contraria a la Constitución Política del Estado, ya que el Ejecutivo estaría obligando a otro poder del Estado, como es el Legislativo, a pronunciarse sobre un proyecto contrario a la Carta Fundamental, solo por tener seguridad de aprobar el proyecto de reforma constitucional o con el fin de provocar un conflicto legislativo. El Ejecutivo, como una manera de zanjar la dificultad, envió una indicación al proyecto, dejando en suspenso las disposiciones inconstitucionales hasta el momento en que la reforma constitucional fuese despachada.”

Incluimos a continuación, para visualizar más claramente la tramitación paralela de ambos proyectos de ley, las fechas más importantes de cada proyecto. Posteriormente nos referiremos a la ley 16.640, los antecedentes legales previos a ella, su historia, y los cambios que produjo en materia de aguas. Finalmente se hará referencia a las reflexiones que surgieron en la tramitación del proyecto acerca de los diferentes tipos de propiedad que ella contemplaba.

### **Principales fechas en la tramitación de ambos proyectos de ley:**

- 04 de Septiembre de 1964, don Eduardo Frei Montalva es elegido Presidente de la República
- 03 de Noviembre de 1964, asume el Gobierno de Chile don Eduardo Frei Montalva.

### **LEY 16.615**

- 30 de Noviembre de 1964, se envía el Mensaje con el proyecto de ley de reformas constitucionales.
- Septiembre de 1965, se remite el proyecto del Gobierno al Senado (a la Comisión).
- 15 de Diciembre de 1965, se presenta la Moción de los Senadores Ampuero, Corbalán, Chadwick y Luengo, con el objeto de acelerar la tramitación de la reforma constitucional al estatuto de derecho de propiedad.
- 22 de Marzo de 1966, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en la Moción de los Senadores.
- 14 de Abril de 1966, Nuevo Informe de la Comisión.
- 18 de Mayo de 1966, en Sesión N° 88 y 89 de Cámara de Diputados se aprueba la modificación del inciso que trata acerca de las aguas.
- 18 de Enero de 1967, el Ejecutivo promulga la ley.
- 20 de Enero de 1967, Publicación de la ley en el D.O. N° 26.647.

### **LEY 16.640**

- 15 de Junio de 1965, la Comisión de Agricultura y Colonización acuerda realizar diversas giras a lo largo del país para informarse de la realidad agrícola nacional y de las condiciones socioeconómicas del campesinado.

- 30 de Noviembre de 1965, se envía Mensaje con proyecto de ley de reforma agraria.
- 19 de Mayo de 1966, en Sesión N° 90 de la Cámara de Diputados, la Comisión de Agricultura y Colonización informa a la Cámara acerca del proyecto de ley de reforma agraria.
- 28 de Julio de 1967, Promulgación de la ley 16.640

#### B.1) Antecedentes Legales de la Reforma Agraria.

La política de subdivisión de predios agrícolas preocupaba a los gobernantes desde muchos años antes de que se dictara la ley 16.640. Como recuerda uno de los Informes<sup>42</sup> sobre el proyecto en análisis, ya en 1928 se dictó la ley N° 4.496 que creó la Caja de Colonización Agrícola, que en su artículo 1° encargaba la misión de formar, dirigir, y administrar colonias destinadas a organizar e intensificar la producción, propendiendo a la subdivisión de la propiedad agrícola y al fomento de la colonización con campesinos nacionales y extranjeros. Esta ley otorgaba al Presidente de la República autorización para expropiar los terrenos suficientes para la formación de centros o colonias.

Recuerda también el Informe como leyes de importancia la N° 5.604, 7.747 y D.F.L. N° 76, de 1960. Pero la legislación más completa sobre Reforma Agraria dictada con anterioridad a la ley 16.640 la constituyó la ley 15.020 publicada en el D.O. el 27 de Noviembre de 1962.

Con el objeto de complementar y hacer viable la reforma agraria prevista en esa ley y dar cumplimiento el Estado al propósito del constituyente manifestado en el N° 14 del artículo 10 de la Carta Fundamental en orden a propender a la conveniente división de la propiedad, el Gobierno del señor Jorge Alessandri, por Mensaje de 16 de enero de 1962, propuso enmendar la Constitución Política del Estado, en lo relativo al derecho de propiedad, para permitir la expropiación de las tierras rústicas abandonadas o notoriamente mal explotadas, en condiciones especiales, como ya lo hemos visto. Lo anterior se tradujo en la reforma constitucional de 1963 que modificó el N° 10 del artículo 10 de la Constitución Política del Estado, que vimos anteriormente.

---

<sup>42</sup> Informe de las Comisiones de Hacienda y de Agricultura y Colonización, unidas, recaído en el Proyecto de ley de Reforma Agraria de la Cámara de Diputados.

El informe señala que la labor realizada en base a esta ley fue vasta, sin embargo, el Gobierno consideró que ella no traducía las finalidades y propósitos que deseaba aplicar en materia de reforma agraria. Las aspiraciones que se tenían no pudieron ser cumplidas, quedando entrabado el proceso de reforma por la lentitud del procedimiento expropiatorio y la falta de facultades de la autoridad para llevarlo a cabo en forma más expedita.

La Comisión estimó que la Ley 15.020 contemplaba un régimen de indemnización que imposibilitaba al Estado para efectuar expropiaciones masivas. Particularmente se señaló en el informe de la Comisión que en esta legislación se estableció un conjunto de disposiciones sobre reforma agraria, que en la práctica han resultado inadecuadas (...) Por no haberse establecido un sistema de indemnización conveniente, esto es, que sin perjuicio de los legítimos derechos del propietario expropiado, se considere el interés de la colectividad en base a los nuevos conceptos de la función social de la propiedad, que permitan el pago de la indemnización de acuerdo con los recursos de que dispone el Estado, pues, en caso contrario no puede realizarse un cambio masivo de la estructura de la tierra (...)"

Con estos antecedentes legislativos, la Comisión debería establecer los nuevos regímenes indemnizatorios que se ocuparían en esta nueva reforma agraria.

## B.2) Historia de la ley 16.640

La tramitación del proyecto de ley de reforma agraria tuvo lugar entre los años 1965 y 1967.

A continuación veremos qué señalaba dicho proyecto de ley respecto de las aguas.

### i) Mensaje

El proyecto de ley de reforma agraria consideraba expresamente el tratamiento de las aguas, es así como en el mensaje<sup>43</sup> se señala lo siguiente:

---

<sup>43</sup> El proyecto de ley, y su mensaje, consta en las Actas de la Sesión 23, de miércoles 24 de Noviembre de 1965, Cámara de Diputados.



“(…) Otro de los aspectos fundamentales sobre el que propongo medidas en el proyecto de ley es el que dice relación con el manejo de las aguas. Es sobradamente conocido que la redistribución de las tierras en un proceso de reforma agraria no estaría completa si paralelamente con ello, no se reorganizara el sistema de manejo de las aguas.

En un país como Chile, de condiciones topográficas y naturales dificultosas, es indispensable que las aguas, elemento tan escaso para el aprovechamiento de nuestra agricultura, sean redistribuidas y racionalizado su aprovechamiento con el objeto de que sirvan a la comunidad en forma óptima y eficiente.”

Se puede observar que desde un comienzo se menciona la intención de reorganizar la distribución de las aguas al igual como se haría con las tierras, además de mencionar que se pretende la racionalización de su aprovechamiento con un claro objetivo de beneficio social.

Continúa dicho mensaje acentuando la necesidad de brindar protección a este recurso en razón de su escasez e importancia vital, señala al respecto: “En todas las regiones áridas o semiáridas del mundo existe la tendencia, generalizada, de considerar las aguas como de dominio público. La circunstancia de que se las haya incorporado al patrimonio público en esas regiones tiene una causa muy justificada, que es su escasez, la que infunde a dichos recursos su característica de elemento de importancia vital.”

El mensaje además hace hincapié en que en el ámbito internacional en las modernas legislaciones sobre aguas hay una preocupación esencial por regular el uso de ellas, se cita particularmente el caso de “Alemania Occidental” cuya ley sobre economía de las aguas de 1957 (ley de vanguardia para la fecha en que el mensaje la cita) se ocupaba exclusivamente de regular y controlar el uso del recurso. Interesante resulta que se cite, además, a todas las legislaciones europeas con ocasión de las aguas subterráneas, ya que aquí se destaca cómo dicha nueva legislación ha regulado la excavación de pozos, el alumbramiento y aprovechamiento de esas aguas prescindiendo de los antiguos principios civiles<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Expresa el mensaje que las legislaciones europeas “ (...) establecen un control estricto que abarca todos los aspectos técnicos relativos a la excavación de pozos, al alumbramiento y aprovechamiento de esas aguas, a pesar de cualquier disposición de orden civil en cuanto a su dominio, el que paulatinamente ha ido perdiendo todo contenido efectivo incluso en los países tradicionalmente más individualistas en lo que respecta al derecho de propiedad”

Se reconoce que en Chile siempre a través de su desenvolvimiento histórico las aguas “han sido de dominio público”, ya que durante todo el periodo colonial ellas fueron parte integrante del Real Patrimonio, y lograda la independencia de nuestro país, esas aguas pasaron de la Corona de España al Estado chileno, incorporándose al dominio público.

Con la dictación en el año 1855 de nuestro Código Civil, se ratificó que la mayor parte de las aguas eran de dominio público, y como ya se señaló anteriormente<sup>45</sup>, las calificó de bienes nacionales de uso público.

El Código de Aguas de 1951, vigente a la época de presentarse el proyecto de ley sobre el que tratamos, calificaba también a la casi totalidad de las aguas como bienes nacionales de uso público, otorgándose sobre éstas un derecho de aprovechamiento cuyas características eran ser comerciable y reunir prácticamente todos los atributos que otorga el dominio, ya que permitía usar, gozar y disponer de las aguas. Es en este punto donde el mensaje del proyecto de ley de Reforma Agraria pone mayor énfasis, señalándose que si se comparan las características de este derecho de aprovechamiento con las que se consideran esenciales de los bienes nacionales de uso público<sup>46</sup> “se verá que son absolutamente contradictorias”.

Concluye por tanto el mensaje: “El concepto que el Código de Aguas actualmente vigente establece sobre el derecho de aprovechamiento desvirtúa, por consiguiente, la calidad de bienes nacionales de uso público, patrimonio de todos los chilenos, que tienen las aguas.”

Es por lo anterior que el proyecto propuso una serie de modificaciones tendientes a salvar las contradicciones a que hacía referencia, “de manera que las aguas estén sujetas al régimen jurídico que como tales les corresponde, ejerciendo el Estado sobre ellas la tuición que le incumbe (...)”

Las medidas propuestas por el ejecutivo, y señaladas así en el mensaje del proyecto de ley de Reforma Agraria eran las siguientes:

---

<sup>45</sup> Vid. punto 1.1

<sup>46</sup> Señala al respecto el proyecto en comentario: “Los bienes nacionales de uso público tienen determinadas características que les son esenciales, como ser incomerciables e imprescriptibles, no admitiendo la existencia sobre ellos de un derecho de dominio privado ni cualquier otro que revista sus características”

“Se cambia la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento. En efecto se instituye un derecho de uso sobre las aguas que, por una parte esté de acuerdo con su calidad de bienes nacionales de uso público, integrantes del dominio público y que, por otro lado, constituya suficiente garantía para los particulares, en forma que éstos puedan realizar una actividad creadora sin incertidumbre en cuanto al uso de este recurso esencial.

Esta nueva naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento, consiste en darle a éste el carácter de un derecho real administrativo como lo entiende la moderna doctrina jurídica, esto es, el Estado concede el uso del bien nacional de uso público con sujeción a normas de Derecho Público, lo que no excluye la facultad de su titular de hacer valer y proteger su derecho de aprovechamiento frente a terceros en conformidad a las reglas de las concesiones administrativas. Sometido el derecho de aprovechamiento a las reglas de esas concesiones, sólo se concede por el Estado el uso de las aguas, pero nunca el dominio sobre ellas.

Un régimen como el descrito permite al Estado ejercer una efectiva fiscalización sobre la conservación y máxima utilización de las aguas en beneficio de la comunidad. Por lo demás, el sistema que se propone no es nuevo y ha sido implantado en numerosos Estados semiáridos de los Estados Unidos, país por lo demás conocido por su respeto de los derechos individuales. Estas concesiones consisten en permisos sujetos a condiciones muy estrictas en cuanto a su otorgamiento y caducable en el caso de que el agua no se aproveche del modo previsto por la ley. Ejemplos similares existen en la legislación de aguas de Gran Bretaña (1963), Alemania Occidental (1957) y Austria (1959), como también en Israel, país en el que los problemas del agua son particularmente agudos.”

“Además el proyecto de ley con el fin de dar a todas las aguas, como es indispensable un mismo tratamiento jurídico, declara expropiadas las escasísimas aguas que de acuerdo con la legislación vigente son de dominio privado”<sup>47</sup>

Como se puede observar en esta parte del mensaje, y así se reitera en sucesivas oportunidades en el resto de él, la aspiración de la reforma es lograr el uso eficiente del recurso, evitar que se siga

---

<sup>47</sup> El subrayado es nuestro.

desperdiciando y usando en forma ineficiente. Se pretende que la tierra regada reciba el agua necesaria, se señala que “la tierra y el agua irán estrechamente unidas para aprovechar ambos recursos en la mejor forma posible”.

De lo expuesto hasta aquí del mensaje del Ejecutivo en el proyecto de ley de reforma agraria, podemos señalar que respecto de las aguas dicho proyecto de ley tenía los siguientes objetivos:

- a) Racionalizar el aprovechamiento de las aguas de manera que sirvan a la comunidad de forma óptima y eficiente.
- b) Redistribuir este recurso para que ellas fueran usadas de acuerdo a la capacidad de las tierras.
- c) Reforzar el estatuto jurídico especial que les corresponde a las aguas, de bienes nacionales de uso público, de manera que el Estado ejerza sobre ellas la tuición que le incumbe.
- d) Salvar la contradicción que se observaba entre las amplias facultades que otorgaba el derecho de aprovechamiento y las características esenciales de los bienes nacionales de uso público.

El mensaje señala, a continuación de la medida de declarar expropiadas las aguas privadas, que “los actuales usuarios, sin excepción, seguirán usando automáticamente las mismas aguas en calidad de titulares del nuevo derecho de aprovechamiento, sin necesidad de obtener una resolución expresa que así lo disponga. En el caso en que por exigirlo la racionalización del uso del agua fuera necesario disminuir el volumen de agua utilizado, los interesados tendrán derecho a ser indemnizados pero sólo en los casos en que esta disminución les ocasionara perjuicios probados, por ejemplo en cuanto a la explotación de sus tierras”

Señala también el mensaje “Es necesario destacar que las modificaciones a la legislación de aguas que se proponen, facultan al Estado para realizar cambios de diversa índole en lo que respecta al volumen de aguas correspondiente a los derechos de aprovechamiento y a la forma de utilizarlas.

El ejercicio de estas facultades no significará menoscabo para las actividades agrícolas de los actuales usuarios del agua, ya que no se efectuarán cambios en la situación existente sino una vez realizados estudios técnicos completos que se efectuarán progresivamente por hoyas hidrográficas y oyendo a los interesados por intermedio de sus Asociaciones de Canalistas y Comunidades de Agua. La

puesta en práctica de las recomendaciones técnicas sólo se llevará a efecto una vez que hayan sido aprobadas por Decreto Supremo del Presidente de la República”

“A fin de cumplir con estos objetivos el presente proyecto autoriza al Presidente de la República, para que previos los estudios técnicos de rigor y oyendo siempre a los interesados, establezca tasas de uso racional y beneficioso en relación con las diferentes utilizaciones de las aguas.

Esta tasa no es una creación original de este proyecto, ya que ella existe en todo los países en los que el agua es un recurso escaso, ya sea bajo ésta u otra denominación. Entre otros ejemplos, podemos señalar a México, muchos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, Perú, Israel, etc.”

Como se puede observar, el Mensaje daba cuenta de varias ideas que implicaban la transformación del régimen de aguas entonces existente, ideas que se traducían en disposiciones específicas en el texto del proyecto, como veremos a continuación.

Recordemos que otro de los puntos importantes en la creación de este proyecto de ley consistió en que la Comisión de Agricultura y Colonización, con el objetivo de obtener una visión de mayor amplitud en cuanto a las proyecciones que tendría para el agro nacional esta nueva reforma agraria, determinó adoptar un procedimiento diferente para el estudio y conocimiento de las materias a que se referiría la nueva ley.

De acuerdo con lo anterior, en sesión de 15 de Junio de 1965, se acordó realizar diversas giras a través del país, para informarse de la realidad agrícola nacional, y de las condiciones socioeconómicas del campesinado.

ii) Texto del proyecto de ley.

El Proyecto de ley contemplaba un Título V denominado “Del Régimen de Aguas”, el cual presentó algunas modificaciones durante su tramitación, como veremos a continuación.

Las disposiciones más relevantes de este Título, que iremos comentando, eran las siguientes:

**Artículo 86:** “Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público.

El uso de las aguas en beneficio particular sólo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad competente.

No se podrá adquirir por prescripción el dominio de las aguas ni el derecho a usarlas.”

**Artículo 87:** “Para el sólo efecto de incorporarlas al dominio público, decláranse de utilidad pública y expropiánse todas las aguas que, a la fecha de la presente ley, sean de dominio particular.

Los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento, de conformidad con las disposiciones de esta ley y las del código de aguas, sin necesidad de obtener una merced.

Las indemnizaciones que procedan se regularán de acuerdo con las normas del artículo 103 de esta ley.”

El Informe de la Comisión señala, al comentar el Título V del Proyecto de ley, titulado “Del régimen de aguas”, que “El propósito de la legislación en informe, es modificar el régimen jurídico de las aguas, estableciendo exclusivamente su calidad de bien nacional de uso público y otorgándose un derecho de aprovechamiento sobre este recurso natural.”

**Artículo 97:** “Autorízase al Presidente de la República para fijar tasas de uso racional y beneficioso de las aguas para las diferentes utilizaciones, previa realización por la Dirección de Aguas de los estudios técnicos correspondientes”

Esta disposición fue extensamente debatida en la Comisión. Se estableció que el concepto de la tasa de uso racional y beneficioso constituía uno de los aspectos técnicos más relevantes de los Códigos de Aguas de otros países, y que, de acuerdo a los fines planteados de mejor uso y aprovechamiento del recurso, era procedente su incorporación a nuestra legislación

**Artículo 100:** “Los derechos de aprovechamiento, cualquiera que haya sido su origen, caducarán desde que el Presidente de la República fije la tasa de uso racional y beneficioso, respecto del volumen de agua que exceda del que corresponda al aplicar dicha tasa”<sup>48</sup>

**Artículo 103:** “El titular de un derecho de aprovechamiento que fuere extinguido total o parcialmente de conformidad con el artículo 99 de la presente ley tendrá derecho a que se le indemnice el daño emergente. (...)”

El informe de la Comisión dispuso: “Las indemnizaciones que se otorguen en los casos señalados en la presente ley, y en el Código de Aguas, comprenderán sólo el daño emergente y se pagarán con un 33% al contado y el saldo en cinco cuotas anuales iguales, las cuales serán reajustables y devengarán un interés del 3% anual”<sup>49</sup>

Se señala en Sesión 90<sup>a</sup>, del 19 de Mayo de 1966, de la Cámara de Diputados, al dar a conocerse el Informe<sup>50</sup> de la Comisión de Agricultura y Colonización sobre el Proyecto de ley, en especial su Título V que trata del régimen de aguas que “Esta es otra de las materias fundamentales del proyecto y, en la cual, se innova sobre la legislación vigente.

Todas las aguas pasan a ser bienes nacionales de uso público. A los particulares se les concede sólo un derecho de uso o aprovechamiento según la aptitud y necesidad de las tierras y de manera que

---

<sup>48</sup> La importancia de este precepto era muy grande, ya que si bien la ley declaraba expropiados los derechos de los particulares sobre las aguas, la misma ley retrasaba el efecto práctico que dicha expropiación tenía, (que el particular ya no pudiera gozar de ese derecho, porque lo había perdido), al permitir a los expropiados seguir usando de las aguas por medio de la concesión de un derecho de aprovechamiento real administrativo hasta el momento en que el Presidente de la República fijara las tasas de uso racional beneficioso, ya que sólo desde entonces caducaba el derecho, en el exceso de dicha tasa.

<sup>49</sup> Actas de la Sesión 90, Jueves 19 de Mayo de 1966, Cámara de Diputados.

<sup>50</sup> Al comienzo de la exposición del Sr. Silva Solar acerca del Informe de la Comisión de Agricultura y Colonización sobre el proyecto de ley, hace 40 años atrás, hubo unas consideraciones que se hicieron presentes ante la Cámara como antecedentes que era necesario tener en cuenta al analizar el problema de la reforma agraria, y que repetimos en esta nota debido a la exactitud que hoy podemos comprobar en esas cifras, y lo importante que resultan hoy si se proyectan al futuro. Señaló don Julio Silva: “En el año 1900 había en el mundo mil millones de seres humanos. Hoy, 65 años después, hay alrededor de 3.300 millones, y las proyecciones de las Naciones Unidas calculan que al final de este siglo, en poco más de 30 años, habrá sobre 6.000 millones, el doble de la población actual.

De estos 6.000 millones, el 80% estará en las zonas llamadas subdesarrolladas: Asia, África, América Latina.

Según la FAO, no hay problema más grave en el mundo de hoy, que el de alimentar a una humanidad que crece a un ritmo tan vertiginoso. Cada año hay 63 millones de personas más que deben comer”

signifique una distribución adecuada del agua en el sector. De modo que el agua deja de ser un bien comerciable y se vincula a la tierra no por pertenecer al mismo patrimonio a que ésta pertenece, sino de un modo natural y para su uso razonable y beneficioso.

No se concibe, entonces, un propietario de tierras que disponga de más agua de la que necesita, simplemente porque es dueño de esa agua, ni tampoco un propietario de tierra que, por no tener derechos de agua, no puede usar ni tener acceso al agua que su tierra reclama. En el nuevo sistema, el agua queda unida a la tierra como un solo todo, y no hay una propiedad o dominio aparte sobre las aguas, ni un comercio, ni un acaparamiento de ellas.”

“Un régimen como el descrito en el proyecto permite al Estado la máxima utilización de las aguas en beneficio de la comunidad y una efectiva planificación de la política de riego, destinada, desde luego, a aprovechar plenamente los excedentes a través de embalses y otros medios.

El particular, por su parte, conserva su derecho al uso legítimo del agua, pero sin que la propiedad de ella siga creando toda una serie de trabas y obstáculos al mejor y más racional empleo de este recurso tan limitado y tan vital.”

“Se le autoriza también para fijar la tasa de uso racional y beneficioso de las aguas para sus diferentes utilidades, concepto técnico que tiende a la mejor distribución y aprovechamiento del agua.

Desde el momento en que el Presidente de la República fija la tasa, los derechos de aprovechamiento caducan respecto del volumen de agua que exceda dicha tasa.

Igualmente, la Dirección de Aguas podrá declarar caducados, en todo o parte, los derechos de aprovechamiento cuando concurran circunstancias que importen mal uso o infracción a determinadas disposiciones legales.”

De acuerdo a las disposiciones de la ley, y a las ideas expresadas en el debate de ella, podemos señalar que se contemplaron como medidas para alcanzar los objetivos propuestos por el mensaje del proyecto de ley, las siguientes:

- a) Cambiar la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento.
- b) Expropiar las aguas que de acuerdo a la legislación vigente eran de dominio privado.



- c) Establecer como régimen jurídico único para todas las aguas exclusivamente el de bien nacional de uso público.
- d) Establecer tasas de uso racional y beneficioso en relación con las diferentes utilidades de las aguas.
- e) Facultar al Estado para realizar cambios respecto al volumen de aguas correspondiente a los derechos de aprovechamiento, y a la forma de utilizarlas.

### B.3 Cambios que produjo esta ley en materia de aguas.

La ley de Reforma Agraria estaba destinada a producir grandes cambios en la sociedad, con ella se cambiaba profundamente el régimen de tenencia de la tierra y de las aguas.

En los siguientes párrafos daremos cuenta de los cambios producidos por esta ley en materia de aguas, siendo los principales: La declaración de todas las aguas del territorio nacional como bienes nacionales de uso público; La expropiación de las aguas que eran de dominio particular; El establecimiento de un nuevo mecanismo de indemnización.

- Se declaran por primera vez bien nacional de uso público todas las aguas del territorio nacional.

Este es probablemente el cambio de mayor trascendencia, ya que con esta declaración todas las aguas vuelven a tener el estatuto jurídico de públicas, que era el que les correspondía cuando éstas eran consideradas de la Corona de España, ya que entonces pertenecían al real patrimonio. Al independizarse nuestro país, esas aguas pasaron de la Corona de España al Estado Chileno.

El Código Civil ratificó que la mayor parte de las aguas eran de dominio público y, más precisamente, las calificó de bienes nacionales de uso público, no obstante admitir la existencia de aguas comunes y privadas.

Con el Código de Aguas de 1951 se admitió igualmente la existencia de aguas públicas y privadas.

Ahora, a partir de la declaración que analizamos, existe una misma naturaleza jurídica para todas las aguas del territorio nacional, la de bienes nacionales de uso público.

Con la declaración de bien nacional de uso público de las aguas que hiciera la Ley 16.640 de Reforma Agraria adquiere pleno sentido el precepto constitucional que anteriormente analizamos, y por el cual se otorgaba la facultad a la ley para así hacerlo. Lo cierto es que la norma modificatoria de la carta fundamental tenía por objeto validar constitucionalmente esta modificación del estatuto jurídico de las aguas, que era necesario para la realización de la reforma agraria.

El precepto que contiene esta declaración es el artículo 94 de la Ley 16.640 que ya vimos.

- Se expropián las aguas de dominio particular.

De la declaración de Reserva de todas las aguas del territorio nacional, se sigue la necesaria expropiación de aquellas que pertenecían al dominio particular para incorporarlas al dominio público.

La forma que la ley emplea para efectuar la expropiación es declarar todas las aguas de “utilidad pública”, como vimos en la sección ii) artículo 87, con lo cual se cumplen los presupuestos constitucionales anteriormente analizados, y es procedente la expropiación.

- Se autoriza al presidente de la república para fijar tasa de uso racional y beneficioso.

Hemos visto que la ley consideraba como unidad de medida para la asignación del agua la “tasa de uso racional y beneficioso” que, como se argumentó en el mensaje del proyecto de ley, era un sistema usado con éxito en otros países.

Desde el punto de vista jurídico el establecimiento de esta tasa tenía mucha importancia, debido a que desde el momento en que el Presidente de la República la fijara por Decreto Supremo, quedarían caducados todos los derechos que los particulares tuvieran sobre las aguas. Esto, de acuerdo a lo señalado

por el artículo 100 del proyecto, que rezaba así: “Los derechos de aprovechamiento, cualquiera que haya sido su origen, caducarán desde que el Presidente de la República fije la tasa de uso racional y beneficioso, respecto del volumen de agua que exceda del que corresponda al aplicar dicha tasa.”

- Se establece un nuevo mecanismo de indemnización.

La novedad de este mecanismo indemnizatorio se daba en los siguientes aspectos: En primer lugar, que queda determinada en la Constitución un esquema expropiatorio especial para las aguas en conjunto con la expropiación de los predios rústicos. En segundo lugar, que la indemnización que corresponde aplicar en ese procedimiento expropiatorio especial está limitada al daño emergente. Por último, que la existencia de ese daño queda determinada por una calificación que hace la autoridad administrativa acerca de la eficiencia con que se ocupa el recurso.

- Otros cambios

Además de los cambios recién mencionados, hubo otros que eran efectos del cambio de naturaleza que habían sufrido estos derechos, o del énfasis de las potestades que se le otorgó a la Dirección de Aguas como, por ejemplo, el que se refirió al procedimiento registral de los derechos, o a la caducidad de las garantías que se habían establecido sobre los derechos de aguas.

Es así como se estableció que la Dirección de Aguas deberá llevar un Registro Público de Aguas en el cual figurarán todos los actos, informaciones y datos que tengan relación con esta materia, y en el que se inscribirán además las resoluciones que afecten a los particulares.

Con anterioridad, de acuerdo con las disposiciones del artículo 236 del Código de Aguas, correspondía a los Conservadores de Bienes Raíces llevar un Registro de Aguas, en el cual se inscribían los títulos respectivos.

Respecto de la caducidad de las garantías señala el Informe: También se declaran extinguidos, desde la fecha de publicación de la presente ley, todas las hipotecas, prohibiciones, embargos y demás

gravámenes que afecten a las aguas, sin perjuicio de los derechos que los acreedores puedan ejercer sobre las indemnizaciones que correspondan.

La extinción de estos gravámenes y prohibiciones es una consecuencia lógica del nuevo concepto que determina que las aguas son bienes nacionales de uso público, y no podrían éstos subsistir de no existir asimismo el dominio.

### **Los conceptos de propiedad utilizados en el proyecto de ley.**

#### **Propiedad privada, comunitaria, y social.**

Visto los cambios que en materia de aguas produjo esta Ley de Reforma Agraria, detengámonos unos momentos a revisar lo que señaló el Informe<sup>51</sup> de las Comisiones de Hacienda y Agricultura y Colonización respecto del sistema de propiedad que pretendía instaurar la mencionada ley, y cuál era la fundamentación jurídica en que se sustentaban estos cambios, ya que con ello veremos también la naturaleza jurídica que de acuerdo a ello le correspondía a las aguas.

Se señaló, en el Informe que dieran las Comisiones, que la principal innovación que presentaba el proyecto de ley en cuestión se refería al sistema que se pretendía instaurar de propiedad de la tierra. Se dijo: “La trascendencia y repercusión que pueden tener las medidas que se adopten sobre el particular están llamadas a repercutir hondamente en todo el sistema de organización de nuestra sociedad.”

El proyecto contemplaba, paralelamente a la instalación de propietarios individuales, la posibilidad de instaurar el régimen cooperativo o el sistema de asentamiento o la conjunción de unos con otros.

De estos dos sistemas, el régimen cooperativo estaba contemplado en nuestra estructura legal, pero no el de los asentamientos. Sobre este último particular, de acuerdo al Informe recién citado, hubo un amplio debate en las Comisiones Unidas, y el Senador Miranda, ante la ausencia de disposiciones en los textos legales o en el proyecto que definiesen lo que se entendía por propiedad comunitaria pidió una

---

<sup>51</sup> Informe de las Comisiones de Hacienda y de Agricultura y Colonización, unidas, recaído en el proyecto de ley de la Honorable Cámara de Diputados sobre Reforma Agraria, que consta en el Diario de Sesiones del Senado, Sesión 1ª de 03 de Octubre de 1966, Anexo de Documentos.

explicación, la que fue proporcionada detalladamente por el señor Francisco Cumplido, Director de Tierras y Bienes Nacionales.

Pasamos ahora a citar, como lo hace el Informe de ambas Comisiones, las explicaciones que al respecto dio don Francisco Cumplido, quien expresó que desde el punto de vista doctrinario y positivo, hay una clara distinción entre lo que es propiedad privada y propiedad individual.

“La propiedad privada se opone a la propiedad del Estado o a la propiedad social.

Señaló que, en consecuencia, existen tres tipos de propiedad: la propiedad privada, que pertenece a ciudadanos determinados; la del Estado, y la propiedad social, en que el dominio pertenece sociológicamente a la Nación toda, o desde un punto de vista más jurídico, es un bien común.

La propiedad privada significa la apropiación del bien por ciudadanos determinados, sea a título individual, sea en copropiedad, sea en propiedad comunitaria. En consecuencia, la propiedad comunitaria es una especie de propiedad privada que no es propiedad individual, y que tampoco es, por lo tanto, propiedad del Estado ni propiedad social, en el sentido definido.

Dentro del concepto de propiedad hay diferentes formas jurídicas de expresión de ella.

La propiedad social es la que pertenece desde un punto de vista sociológico a la Nación o desde un punto de vista jurídico, a la comunidad. No hay una apropiación en el dominio, en el sentido de las tres formas del dominio: uso, goce y disposición. Lo que sucede en la práctica, en la propiedad social, es que los que resultan beneficiarios de la utilidad proveniente de ella son los que la trabajan a través de sistemas jurídicos, como el sistema de la autogestión existente en Yugoslavia y que es una de las formas de propiedad social.

La forma de asignarse la propiedad social depende del régimen jurídico de cada país.

(...)

En relación con la propiedad comunitaria, sostuvo que ella es un tipo de propiedad privada, en la que no existe dominio individual sino común, el que es ejercido por varios individuos determinados que la

trabajan, exclusivamente, y que, a diferencia de la propiedad social, en que los bienes pertenecen a todos los habitantes y lo que se concede es sólo el uso, en ella los bienes son poseídos por un determinado grupo de personas en régimen de copropiedad.

Expuso, que el concepto sociológico es aquel que indica que varias personas son dueñas en común. ¿Pero quiénes son los dueños? Los que la trabajan, concepto que es el importante y que lo define.

En la sociedad anónima, por ejemplo, no son los que trabajan los dueños, sino los accionistas. Es decir, se trata de una sociedad de capital.

Para que esta sociedad anónima fuera propiedad comunitaria, tendrían que ser exclusivamente sus trabajadores los dueños de su capital.

En síntesis, lo que caracteriza a la propiedad comunitaria son dos conceptos: que no pertenece a un individuo sino que a varios, y, en seguida, que esos varios son un número determinado de personas que trabajan el bien de producción.

¿Cuáles son las formas jurídicas que puede adoptar este tipo de propiedad?

Una es en esencia la cooperativa, no sólo de producción o comercialización, sino que como dueña de la tierra, cuando se trate de este bien. Otro sistema sería la copropiedad o propiedad en común de varias personas que trabajan esa tierra y que son dueñas de ella.

Por ejemplo, es el caso de la asignación de una viña de 200 hás. a una cooperativa. Esta sería una propiedad comunitaria cooperativa.

Continuó expresando el señor Cumplido, que en el artículo 62 del proyecto en estudio se contemplan los distintos tipos de propiedad descritos por él.

(...)

En consecuencia, el señor Cumplido, reiteró que la ley no es un medio para definir ideologías, sino para concretar las instituciones jurídicas que reflejan un sistema de ordenación de la sociedad.”

“Una vez finalizada la intervención del señor Cumplido, el señor Presidente de las Comisiones Unidas expresó que se puede llegar a una conclusión en el sentido que la propiedad comunitaria no es, de acuerdo a la definición dada, una forma de propiedad privada, la que se caracteriza por el uso, el goce y la disposición, facultades que se encuentran restringidas y limitadas en este proyecto de ley.

El Honorable Senador señor Miranda, expresó que las definiciones dadas por el señor Cumplido han proporcionado bastante luz, por fin, a términos vagos mantenidos por la Democracia Cristiana, porque en el propio proyecto de reforma constitucional en la Cámara de Diputados se introdujo una modificación que, incluso llevaba a mayor confusión, ya que hablaba de la propiedad comunitaria o social, que considera términos contradictorios.”

**“Respondiendo el señor Cumplido, manifestó que él es de opinión que la propiedad comunitaria es una forma de propiedad privada, a diferencia de la propiedad social cuyo ejemplo típico es el caso de las aguas, que en este proyecto se establece en forma expresa que serán consideradas bienes nacionales de uso público, cuyo dueño es la Nación toda, la comunidad. Esto ratifica que la referida proposición es contradictoria, pues el Estado propenderá al establecimiento de dos tipos de propiedad: la comunitaria y la social, dos conceptos opuestos, dos tipos diferentes de propiedad.”**

Del Informe recién citado, se puede observar la concepción clara de propiedad que se le concedía a las aguas, el que se concibe como ejemplo típico de propiedad social, al considerarse todas ellas como bienes nacionales de uso público, y que pertenecen a la nación toda.

### **2.3 AGUAS PÚBLICAS Y AGUAS PRIVADAS EN EL CÓDIGO DE 1951.**

Revisemos a continuación brevemente las disposiciones que calificaban a las aguas en este Código.

Como se mencionó anteriormente, este Código mantuvo los principios establecidos por el Código Civil, distinguiendo entre aguas privadas y públicas.

En su mensaje el Código de Aguas señalaba: “En lo que atañe al dominio de ellas se mantiene y precisa el sistema del Código Civil, instituyendo al Estado como dueño de todas las aguas y de la energía o fuerza motriz que producen, salvo excepciones de escasa importancia; pero se les otorga a los particulares el “aprovechamiento de ellas””

Respecto de la calificación jurídica de las aguas, el Código señalaba que eran de dos tipos: 1) bienes nacionales de uso público, ó 2) de dominio particular.

Las primeras, es decir las aguas bienes nacionales de uso público, estaban constituidas por los ríos, las aguas que corren por cauces naturales, y los lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas. Las segundas, es decir las aguas de dominio particular, estaban constituidas por las corrientes y vertientes que nacen corren y mueren dentro de una misma heredad, y los lagos no navegables por buques de más de cien toneladas. Se señaló también, al comienzo de este trabajo, la distinción detallada que al respecto efectúa Vergara Duplaquet<sup>52</sup>.

Veamos cuales eran las disposiciones del Código que establecían la división que acabamos de enunciar:

**Artículo 9º** “Las aguas son bienes nacionales de uso público o de dominio particular.

En las primeras se concede a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código.”

**Artículo 10º** “Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes nacionales de uso público.

---

<sup>52</sup> Vid. 1.2



Exceptúanse las vertientes y corrientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas y pasan con éstas a los herederos y demás sucesores de los dueños.” (...)

**Artículo 11º** “Los grandes lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas son bienes nacionales de uso público.

La propiedad, uso y goce de los otros lagos pertenecen a los propietarios riberaños.”

De acuerdo a lo anterior se puede decir que las aguas de dominio público eran las siguientes:

- 1.- Aguas que corren por cauces naturales y lagos navegables por buques de más de cien toneladas.
- 2.- Aguas que corren por cauces artificiales. Esto representó una innovación respecto a lo que disponía el artículo 837 del Código Civil, que fue derogado, y reemplazado por el artículo 21 del Código de Aguas. Ello terminaba con la discusión que existía respecto a esta agua, y se incorporaba indudablemente al dominio público. Decía así su **artículo 21**, inciso 1º “El aprovechamiento de las aguas que corren por un cauce artificial construido a expensa ajena, pertenece exclusivamente al dueño del derecho de aprovechamiento que con los requisitos legales haya construido dicho cauce”. En el mismo sentido Vergara Duplaquet<sup>53</sup>, al señalar que las aguas no pierden por el hecho de ser conducidas por cauces artificiales su carácter de cosas de dominio público, lo que viene a ser reforzado por la reforma al Art. 837 del C.C. y la nueva redacción del Art. 21 del C. de A. de que especifica que sólo el “aprovechamiento” – derecho real específico y limitado- corresponde al dueño del cauce por el que se conducen tales aguas, eliminando de esa forma toda idea de dominio sobre ellas, el cual, absoluto y perfecto, sólo puede corresponder a la nación toda.
- 3.- Aguas subterráneas.
- 4.- Mar territorial.

De acuerdo a lo que señala Ugarte<sup>54</sup>, se puede decir que el Código de Aguas de 1951 mantiene en lo principal la distinción que hacía el Código Civil de la división de las aguas, cambiando, sin embargo, la naturaleza de aquellas que corrían por cauces artificiales, en las que por la nueva legislación se exigió una

---

<sup>53</sup> Op. Cit. Pág. 36.

<sup>54</sup> Ugarte Araya, Paula. Memoria de Prueba: Derecho de Aprovechamiento de Aguas.

serie de requisitos para tener el derecho de aprovechamiento sobre ellas, siendo, por tanto, aguas de dominio público sobre las que recae el derecho de aprovechamiento.

#### **2.4 DESCRIPCIÓN DEL MECANISMO JURÍDICO CON QUE SE EFECTÚA EL CAMBIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LAS AGUAS.**

El mecanismo jurídico por medio del cual se efectuó el traspaso de las aguas de dominio privado a dominio público fue complejo, constando de los siguientes elementos: Se efectúa una reserva de las aguas a favor del Estado y se declaran expropiadas todas aquellas que pertenecían al dominio particular; Se mantuvo a los expropiados de los derechos de propiedad sobre las aguas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento; Se estableció un nuevo derecho de aprovechamiento sobre las aguas, con carácter de “derecho real administrativo”; Se estableció una tasa tendiente a limitar la cantidad de agua por hectárea; Se limitó constitucionalmente el monto de la indemnización en el caso de las expropiaciones de los derechos de propiedad sobre las aguas.

Veamos a continuación un detalle de estas modificaciones.

a) La reserva y la expropiación.

Recordemos que, como mencionamos anteriormente<sup>55</sup>, se discutió la idea de establecer la posibilidad de reserva del Estado de ciertos recursos naturales, sin embargo, en aquella oportunidad no se contempló a las aguas como objeto de dicha posibilidad de reserva.

Fue posteriormente que, de acuerdo a lo dispuesto en la enmienda constitucional ya analizada, se otorgaba la facultad para que el legislador reservara al dominio nacional de uso público todas las aguas del territorio nacional, pudiendo expropiar, por lo tanto, las que fueren de dominio particular.

---

<sup>55</sup> Cf. 2.2, A.2, ii).

Como vimos, esto se efectuó por la ley 16.640 de Reforma Agraria, en sus artículos 94 y siguientes (86 y siguientes del proyecto de ley, ya transcritos).

Como consecuencia de esta enmienda y para el solo efecto de incorporar las aguas al dominio público, se declararon éstas de utilidad pública y se expropiaron todas las aguas que, a la fecha de entrada en vigencia de la ley 16.640, fueran de dominio particular. Los dueños de las aguas continuaban usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento, sin necesidad de obtener para ello una nueva merced.

- b) Mantenimiento de los expropiados en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento

También señalamos con anterioridad que la ley estableció que aquellos que hubiesen sido expropiados del derecho de dominio que tenían sobre las aguas, podrían continuar haciendo uso de las aguas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento, hasta que se dictaren las tasas de uso racional beneficioso.

Señalaba al respecto el **artículo 95 inciso segundo de la ley 16.640** lo siguiente: “Los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento, de conformidad con las disposiciones de este Título y las del Código de Aguas, sin necesidad de obtener una merced.”. Este inciso lo repite el artículo 10 del Código de Aguas de 1969.

Este mecanismo tuvo gran importancia en el proceso de expropiación, ya que debido a que los expropiados continuaban usando del recurso como lo hacían cuando eran dueños de él, en la práctica significó que no se acusara un perjuicio inmediato por la privación en el uso de las aguas, permitiendo realizar el cambio de titularidad del dominio de las aguas con una mayor pasividad de los expropiados.

- c) Derecho de aprovechamiento limitado: Es un derecho “real administrativo” que sólo faculta para el uso de las aguas y no puede ser cedido.

El nuevo derecho de aprovechamiento que contemplaba la Ley de Reforma Agraria, tenía características muy limitadas respecto del que contemplaba el antiguo código de aguas de 1959.

Este nuevo derecho de aprovechamiento tuvo como característica esencial el ser un derecho “real administrativo”, que solo facultaba para el uso de las aguas, y no podía ser cedido.

Dispuso así el **Artículo 11 del Decreto N° 162, de 1969, del Ministerio de Justicia**, que fijó el texto sistematizado del Código de Aguas, coordinando las disposiciones de las leyes 9.909 y 16.640, lo siguiente: “El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código.”

El artículo siguiente del decreto citado señaló lo siguiente: “**Artículo 12:** No podrá cederse el derecho de aprovechamiento.

No obstante, si se enajenaren, transmitieren o adjudicaren los inmuebles o las industrias para los cuales las aguas fueron destinadas, subsistirán a favor del adquirente o adjudicatario los derechos de aprovechamiento (...)”.

Este artículo, que es una transcripción del artículo 104 de la Ley 16.640, tiene por objeto mantener el agua ligada a los inmuebles o industrias para los cuales había sido destinada, impidiendo la cesión de los derechos de aprovechamiento en forma aislada.

El que se haya cambiado la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento de un “derecho real civil” a un “derecho real administrativo”, tuvo importantes consecuencias que, en general, redundaban en un perjuicio para el titular de los derechos.

Con el cambio el Estado concede el uso de un bien nacional de uso público con sujeción a normas de Derecho Público. Lo anterior, no excluía la facultad del titular del derecho de continuar haciendo uso de él, quedando sometido a las reglas de las concesiones administrativas.

Además de haberse modificado la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento, se incluyeron una serie de normas nuevas, algunas orientadas a recalcar las limitaciones que de esa modificación se derivaban, y otras tendientes a crear nuevas limitaciones.

- d) Establecimiento de una tasa de uso racional y beneficioso que limita la cantidad de agua por hectárea.

La fijación de la tasa de uso racional y beneficioso fue uno de los aspectos más importantes del proyecto de reforma agraria, ya que mediante ella se pretendía una distribución adecuada del recurso hídrico que se ajustara a las necesidades de cada predio, evitando de esa forma que hayan algunos que se queden sin agua y otros que la tengan en exceso.

Establecía el **Artículo 105 de la ley 16.640**, repetido posteriormente por el artículo 26 del Código de Aguas de 1969, lo siguiente: “Autorízase al Presidente de la República para fijar tasas de uso racional y beneficioso de las aguas para las diferentes utilizaciones, previa realización por la Dirección General de Aguas de los estudios técnicos correspondientes.

La Dirección General de Aguas, una vez terminados los estudios técnicos, deberá publicar en un diario o periódico de la cabecera del departamento o departamentos que vayan a ser afectados por la fijación de dicha tasa, la circunstancia de haber terminado los estudios relacionados con dicha fijación.”

Pero, además del objetivo práctico de distribuir el recurso entre los predios conforme a una medida objetiva, la fijación de la tasa tenía un rol jurídico importante en el proceso de extinción de los derechos de aprovechamiento de los particulares, ya que sólo cuando ella fuese dictada, de acuerdo al artículo 108 de la ley 16.640, “caducarán los derechos de los particulares, en lo que excediera de dicha tasa”.

Disponía al respecto el **artículo 108 de la ley 16.640**, y 29 del Código de aguas de 1969: “Los derechos de aprovechamiento, cualquiera que haya sido su origen, caducarán desde que el Presidente de la República fije la tasa de uso racional y beneficioso, respecto del volumen de agua que exceda del que corresponda al aplicar dicha tasa”

De acuerdo a lo que hasta aquí hemos visto, el mecanismo que contempló la ley de reforma agraria para traspasar el dominio de las aguas privadas a la nación toda, y cambiar la naturaleza del derecho de aprovechamiento que recaía en las aguas, consistió en una declaración general de reserva de todas las aguas del territorio nacional en favor del Estado, previa autorización constitucional; la consecuente expropiación de las aguas de dominio particular; el mantenimiento de los dueños de las aguas expropiadas en el USO de las mismas aguas en calidad de titulares de derechos de aprovechamiento concedidos por la misma ley; y la posterior caducidad de esos derechos de aprovechamiento cuando el Presidente de la República fijase la tasa de uso racional y beneficioso, en la parte que excediese a dicha tasa.

- e) Limitación constitucional de la indemnización. Sólo procede indemnización del perjuicio ocasionado por el menor valor del predio por causa de otorgarse una cantidad menor de agua a la que correspondería por aplicación de la tasa de uso racional y beneficioso.

El mecanismo de traspaso de las aguas del dominio privado al público no habría estado completo si no se hubiese contemplado un mecanismo de indemnización para los expropiados.

El último elemento que configura este especial traspaso de las aguas de privadas a públicas estaba integrado por un mecanismo de indemnización con características especiales.

### **Esquema indemnizatorio especial**

Desde la discusión de la ley de reforma agraria se pueden observar opiniones tendientes a establecer un régimen indemnizatorio de excepción en el caso de las expropiaciones de aguas. Es así que en Sesión N° 42 de la Comisión Especial de Reforma Constitucional, de fecha 14 de julio de 1966, ya citada, el Ministro de justicia expresó que tanto el pensamiento del Gobierno al proponer las indicaciones, como el de la Cámara al aprobarlas, fue que iba a existir un sistema de indemnización para los casos generales y otro especial para la expropiación de predios rústicos.

Se señaló además por parte del Ministro: “En el caso de expropiación, los dueños de las aguas objeto de esta medida, seguirán usándolas en calidad de concesionarios del derecho de aprovechamiento, y sólo tendrán derecho a indemnización cuando como resultado de la expropiación sean privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.”

Es decir, las aguas que se tengan en exceso, serán expropiadas sin derecho a indemnización.

Pero, en los casos en que haya lugar a ésta, ella se regirá de acuerdo a las reglas generales.

El titular de dicho derecho que resultare perjudicado por haberse extinguido éste total o parcialmente será indemnizado por el daño emergente.”

“Las indemnizaciones que se otorguen en los casos señalados en la presente ley, y en el Código de Aguas, comprenderán sólo el daño emergente y se pagarán con un 33% al contado y el saldo en cinco cuotas anuales iguales, las cuales serán reajustables y devengarán un interés del 3% anual.”

Unido a la indemnización restringida, existía una imposibilidad de reclamo por parte de los afectados. Señaló al respecto **el presidente de la Sociedad Nacional de Agricultura**<sup>56</sup>, haciendo hincapié en la dificultad que existe para reclamar de la falta de indemnización por el daño producido. “En la Reforma Constitucional ya ha recaído una decisión sobre un mecanismo de expropiación, que se funda en el principio de que, antes de constituirse los derechos de los particulares, las aguas pertenecían al Estado.

Lo que se olvida es que las aguas son útiles en la medida en que se llevan a los campos y que las obras han sido hechas en alta proporción por los particulares, que han invertido enormes capitales en ellas.

La modificación práctica de las facultades de los regentes respecto de las aguas, se producirá en el momento en que se fijen tasas de uso racional y beneficioso (Art. 103) ya que, antes de dicha fijación, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas (Art. 89).

---

<sup>56</sup> Exposición de don Luis Larraín Marín, Presidente de la Sociedad Nacional de Agricultura. Informe de las Comisiones de Hacienda y de Agricultura y Colonización, unidas. Anexo de Documentos, Sesión 1ª, de 03 de Octubre de 1966, Diario de sesiones del Senado.

Lo importante es destacar que esta fijación de tasas de uso racional y beneficioso se hará exclusivamente por la Dirección de Aguas, ya que los interesados no tienen más recurso que ante el Presidente de la República (Art. 100) quien difícilmente tiene posibilidad material de constituirse en Juez y emitir un fallo que se aparte de lo informado por la propia Dirección.”

### **Determinación del alcance de la norma indemnizatoria especial**

Creemos que es indispensable detenerse un minuto en el análisis del significado y alcance de la norma que determina una indemnización “especialmente” limitada.

La norma tantas veces citada señala: *“La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.”*

En lo que interesa en este punto, cabe destacar la excepcionalidad de la indemnización con la expresión *“(…) y sólo tendrán derecho a indemnización cuando, (...)”*. Con dicha expresión se crea una gran diferencia respecto de todas las otras situaciones en que la reforma contemplaba la expropiación, porque, como vimos que señalaba Evans, en el caso de las aguas la situación es la inversa, el derecho a indemnización procede en forma excepcional...

Es en este punto donde se debe efectuar el análisis más detallado. ¿Cuál es el caso de excepción que contempla el legislador para que proceda ese derecho a indemnización?, ¿Cuál es la hipótesis que se debe satisfacer para que dicha excepción se cumpla?, porque digamos desde ya que una excepción no es tal, sino en la medida en que los casos a los que se refiera sean



relativamente inferiores a los casos a los que se refiera la regla general, a que dicha excepción se oponga.

El caso contemplado en la ley, en el que procederá la indemnización, es aquel en el que el privado del derecho *sea efectivamente privado del agua suficiente para satisfacer, (...), las mismas necesidades que satisfacía con anterioridad a la extinción*. Así visto, el caso excepcional de indemnización está referido a una privación “real” del agua, determinada por las necesidades que con ella satisfacía, ya que la norma exige que no se puedan satisfacer necesidades que antes sí. Como consecuencia, y por el contrario, resulta que, de existir aguas objeto de la expropiación que no “satisficieran necesidades”, no podrían enmarcarse dentro de la norma de excepción, quedando, por lo tanto, sin derecho a indemnización.

Sin embargo, el legislador no se limitó a señalar el caso o hipótesis en el que procedería esta indemnización especial (Vg. cuando no se puedan satisfacer las mismas necesidades que satisfacía con anterioridad), sino que, además fijó un criterio que determinaba la forma en que dicha satisfacción se debía llevar a cabo, cual es “*mediante un uso racional y beneficioso*”. Es decir, no bastaba con no poder satisfacer las mismas necesidades, sino que, debía ocurrir que no se pudieran satisfacer las mismas necesidades dando un uso “*racional y beneficioso*” del agua. Por lo tanto, de suceder que alguien fuera expropiado en sus derechos sobre tal cantidad de agua que no le permitiera satisfacer las mismas necesidades que satisfacía con anterioridad a dicha extinción, pero que sin embargo, mediante un uso “*racional y beneficioso*” sí pudiera satisfacer dichas necesidades, tampoco procedería la indemnización.

Digamos finalmente, que la calificación positiva o negativa de un uso “*racional y beneficioso*” del recurso se efectuaría en base a la determinación que la autoridad administrativa debía hacer de una medida cuantificadora para tal efecto, la “*tasa de uso racional y beneficioso*”.

Por lo tanto, debemos decir que los expropiados de las aguas *sólo tendrán derecho a indemnización cuando, (...), sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, (conforme a la cantidad que como tal fije la autoridad administrativa, al fijar las tasa de uso racional y beneficioso) las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción*.

Resulta pues, del análisis, que la norma efectivamente contempla una excepción, y más aún, contempla un precepto que regula la cuantificación de dicha excepción al punto que bien podría, por definición, nadie lograr cumplir la hipótesis de dicha excepción.

Lo anterior es el análisis abstracto de la norma constitucional que, como se ha dicho, podría haber permitido la fijación de tasas de uso racional y beneficioso en extremo exigentes, limitando la indemnización. Lo cierto es que, en concreto, independiente de las críticas que se pudieron haber mencionado respecto de lo arbitraria de dicha fijación, el **artículo 106 de la ley 16.640** de reforma agraria contemplaba un concepto de tasa de uso racional y beneficioso que incluía conceptos, quizá correctos, quizá no, que pretendían ser objetivos, como los cultivos predominantes de la región, condiciones ecológicas de la misma, y el empleo de técnicas eficientes de riego.

### **Distinción entre la expropiación del derecho de dominio sobre las aguas y la caducidad o extinción del derecho de aprovechamiento sobre las aguas.**

Queremos en este punto hacer un alcance respecto de la distinción recién mencionada, debido a algunos errores observados durante la discusión de los proyectos de ley, muy probablemente por el mecanismo que se empleó para efectuar la expropiación de las aguas sustituyéndolo por un derecho de aprovechamiento que también caducaría.

Se trata del objeto sobre el que recae la expropiación. Por definición el acto expropiatorio debe tener por objeto la privación de un derecho de dominio, lo que en el caso de las aguas es claro, se expropia a aquellos que tenían un derecho de dominio sobre las aguas, es decir, se expropia a aquellos que eran dueños de aguas, las aguas privadas a las que al principio de este trabajo nos referimos.

El texto de la reforma constitucional es claro a este respecto, ya que señala: “(...) y *expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular*”.

No obstante lo anterior, se han observado algunos errores al mencionarse el objeto de la expropiación, señalándose en algunos textos “los expropiados de los derechos de aprovechamiento”, en vez de señalar “los expropiados de los derechos de dominio sobre las aguas” o simplemente “los expropiados de las aguas”.

Lo anterior, a nuestro modo de ver, sucede porque la ley 16.640 de reforma agraria se refiere de la siguiente forma a estos temas:

- En el artículo 94 señala que todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público.
- El artículo 95 inciso primero declara la utilidad pública, y expropiación de todas las aguas que a la fecha de la publicación de dicha ley eran de dominio particular.
- El artículo 95 inciso segundo señala que los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento de conformidad con las disposiciones del mismo Título y del Código de Aguas, sin necesidad de obtener una merced.
- El inciso tercero dispone que las indemnizaciones que procedan se regularán de acuerdo con las normas del artículo 111 de la misma ley.
- El artículo 105 autoriza al Presidente de la República para fijar tasas de uso racional y beneficioso de las aguas.
- El artículo 107 contempla la posibilidad, en ciertas hipótesis, de que el Presidente de la República declare la **extinción del derecho de aprovechamiento**
- El artículo 108 señala que los **derechos de aprovechamiento, cualquiera que haya sido su origen, caducarán** desde que el Presidente de la república fije la tasa de uso racional y beneficioso, **respecto del volumen de agua que exceda del que corresponda al aplicar dicha tasa.**
- El artículo 110 establece que no tendrán derecho a indemnización alguna las personas cuyos **derechos de aprovechamiento caducaren.**
- El artículo 111 regula la indemnización en los casos en que los **derechos de aprovechamiento fueren extinguidos.**
- El artículo 113 limita las indemnizaciones que hubieren lugar al daño emergente, y fija modalidad de pago a un plazo de cinco años.

Como se puede observar existe una conexión entre la extinción del derecho de dominio sobre las aguas con la inmediata creación de un derecho de aprovechamiento para los expropiados, y una posterior caducidad de los derechos de aprovechamiento.

La conexión se da entre la norma de reforma constitucional y el artículo 108 de la ley de reforma agraria, que se refiere a la caducidad de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, vinculando, al igual que la norma constitucional, la extinción de dicho derecho y su indemnización a la tasa de uso racional y beneficioso. Se recordará que la norma de reforma constitucional al referirse a la expropiación de las aguas privadas también vinculaba la indemnización en el caso de dicha expropiación a la tasa de uso racional y beneficioso del agua.

### **CAPÍTULO III: CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO EN LAS DISTINTAS NORMATIVAS.**

A continuación señalaremos las principales características de los derechos de aprovechamiento en las distintas normativas: Código de aguas de 1951, Código de aguas de 1969, y la situación con el actual Código de aguas. Todo lo anterior con el objeto de visualizar de forma más clara los efectos que tuvo para los particulares el cambio en las características de los derechos de aprovechamiento de aguas como consecuencia del cambio en la naturaleza jurídica de las aguas.

#### **3.1 EN EL CÓDIGO DE AGUAS DE 1951.**

Este Código, como señalamos anteriormente<sup>57</sup>, fue el primero en concretar los esfuerzos codificadores sobre la materia, estableciendo una definición del derecho de aprovechamiento.

Como señala Vergara Duplaquet<sup>58</sup>, esto tuvo enorme trascendencia, y para comprenderla se debe recordar qué establecía el Código Civil sobre la forma de determinar los derechos de los particulares sobre las aguas de dominio público: Se debía distinguir entre los propietarios riberaños al cauce natural y los que no lo eran. Aquellos propietarios cuyos predios se encontraban atravesados o deslindaban con cauces naturales de uso público, tenían el derecho de aprovechar las aguas que por ellos corrían, y esto, por el solo hecho de su condición de riberaños, sin permiso o autorización alguna de la autoridad. Por otra parte, encontrándose varios propietarios riberaños con derechos a usar y gozar las aguas conducidas por un mismo cauce natural, se formaba entre estos riberaños una comunidad de aguas, y en caso de disputa entre los distintos comuneros, ésta era solucionada por la autoridad competente.

Por su parte, los propietarios no riberaños debían previamente obtener de la autoridad un permiso (merced) para poder gozar de esta agua.

De acuerdo al autor citado, esta merced fue definida por Alfredo Barros Errázuriz como “el permiso concedido por la autoridad competente para extraer de los ríos y demás corrientes naturales

---

<sup>57</sup> Vid. 1.2

<sup>58</sup> Op. Cit. Pág. 18 – 19.

consideradas como bienes nacionales de uso público, las aguas necesarias para consumos domésticos, usos agrícolas, industriales o de producción de energía eléctrica”

Respecto de la naturaleza jurídica de este derecho, Vergara señala que fue bastante discutida. Por algunos se sostuvo que constituía una verdadera servidumbre que pesaba sobre todo el Estado y cuyo sujeto activo era la totalidad de los habitantes de la nación. Para otros, este derecho era de un carácter sui generis, denominado “derecho real administrativo” con características especiales y reglamentadas expresamente por la ley. Para otros, la merced era un modo especial de adquirir el dominio de las aguas que corrían por un cauce natural de uso público, y en contraposición a estos últimos, había algunos que sostenían que los titulares de mercedes eran meros usuarios limitados en el ejercicio de su derecho al objeto para el cual se les concedió, y sujetos siempre a la vigilancia de la autoridad encargada de precaver todo abuso y desperdicio.

Haciéndose cargo el legislador de los numerosos problemas que la falta de precisión sobre el derecho que los particulares tenían sobre las aguas de dominio público, comenzó por definirlo y atribuirle características que significaran tranquilidad en su ejercicio para su titular, y garantía suficiente de dicho ejercicio para el Estado.

Señalaba el Código en su **artículo 12**, “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 con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código”.

La disposición señala que este derecho se tiene respecto de las aguas públicas, ya que como señalamos, este Código mantuvo la distinción entre aguas públicas y privadas que hacía el Código Civil.

Los derechos de aprovechamiento podían ser adquiridos por los particulares por medio de una merced, tal como lo señalaba el **artículo 23**, que disponía: “El derecho de aprovechamiento sólo se puede adquirir en virtud de una merced concedida por el Presidente de la República en la forma que establece este Código (...)”.

Este derecho de aprovechamiento consistía en las facultades de uso, goce y disposición de las aguas, lo que hizo que se asimilara al derecho de propiedad, por el hecho de tener características similares

al dominio: exclusividad y facultad de disposición. Se señaló con anterioridad que esta fue una situación criticada por la doctrina. Al respecto un autor, analizando la naturaleza jurídica de los derechos de concesionarios sobre bienes nacionales de uso público, señala: “El Código de Aguas consagra un derecho real de naturaleza civil, esto es, irrevocable, sobre las aguas públicas corrientes

Doctrinariamente, es inaceptable un derecho real de tipo civil sobre bienes nacionales de uso público. Justamente el principio de la intransferibilidad de ellos lo impide.

No obstante, en nuestro derecho positivo, relativo a las aguas públicas, debemos aceptar la naturaleza civil del derecho real del concesionario y rechazar las otras teorías.

Sería conveniente que una adecuada política sobre las aguas públicas corrientes llevara a cambiar el criterio del legislador. Lo ideal sería consagrar un derecho real de tipo administrativo, esto es, revocable y siempre temporal, como en las legislaciones italiana (ley de 1933) y la argentina.”<sup>59</sup>

Se han mencionado como características de este derecho de aprovechamiento las siguientes:

- 1.- Un derecho real. Así lo establece la definición dada por el propio Código, artículo 12.
- 2.- Un derecho gratuito.
- 3.- Un derecho ilimitado en el tiempo.
- 4.- Era un derecho de libre comercio.
- 5.- No era un derecho de libre aplicación, pues sólo se podía utilizar para los fines para los cuales había sido concedido, artículo 26. Si se quería destinar a un uso diverso se requería de la autorización correspondiente.
- 6.- Sólo podía adquirirse en virtud de una merced otorgada única y exclusivamente por el Presidente de la República, artículo 23.
- 7.- Se encontraba amparado por acciones reales, que establecía el propio Código en el Título XII del Libro I, llamado De las acciones Posesorias sobre Aguas, efectuándose, además, una remisión al Título XIII y XIV del Libro II del Código Civil que trata de las acciones posesorias y de algunas acciones posesorias especiales.
- 8.- El derecho de aprovechamiento es originario y, por lo tanto, no era susceptible de adquirirse por prescripción cuando las aguas pertenecían a cauces naturales. El artículo 23 al respecto señala: “ni aún el goce inmemorial bastará para constituirlo en cauces naturales”.

---

<sup>59</sup> Reyes Riveros, Jorge. Op Cit. Pág.279.

9.- El derecho de aprovechamiento estaba sujeto a causales de caducidad, esto es, podía extinguirse en los casos contemplados en la ley por el incumplimiento de las obligaciones legales de su titular.

### **3.2 EN EL CÓDIGO DE AGUAS DE 1969.**

La Ley 16.640 modificó la estructura que tenía el derecho de aprovechamiento en el Código de 1951. Con dicha ley se incorporan nuevas doctrinas y conceptos sobre esta materia, transformando la naturaleza jurídica que el derecho de aprovechamiento tenía hasta entonces. Nace así un nuevo Código de aguas conocido como el Código de 1967-1969.

Se estimó que la calidad de bienes nacionales de uso público que tenían las aguas había sido desvirtuada por las amplias facultades que el Código anterior concedía sobre las aguas mismas. Es que justamente la calidad de bienes nacionales de uso público que tenían las aguas se oponía a la facultad de disposición que se daba entonces respecto a esta agua, en virtud del citado artículo 12, ya que una de las características especiales de esta clase de bienes es su categoría de inalienables. Se ha señalado que al otorgar a los particulares la facultad de disponer de dichas aguas, se dejaba en letra muerta dicha característica.

Por lo anterior es que la ley de Reforma Agraria pretendió enmendar dicho error declarando que el derecho de aprovechamiento era un derecho real administrativo.

De acuerdo a lo señalado por Ugarte<sup>60</sup>, se puede apreciar que dos son los conceptos que hacen variar la idea del derecho en comento, uno es la calificación de administrativo, y el otro es la restricción de las facultades que otorga el derecho. Ambos, como es fácil darse cuenta, redundan en un perjuicio para su titular. Veamos a que obedece este cambio.

Señala Ugarte: Si se analiza la orientación que iban tomando las normas que regulaban y reglamentaban las instituciones básicas del derecho privado por esa época, veremos que ha operado un gran cambio en lo que se refiere a la esencia de estas instituciones, es decir, que su regulación obedece a otros criterios, que han entrado a jugar otros principios, tendientes a imponer un predominio de la

---

<sup>60</sup> Op. Cit. Pág. 64 y ss.



colectividad por sobre el individuo. Ejemplo de aquello es lo que ha ocurrido con el derecho de aprovechamiento. Si se analiza como fue éste concebido por el Código de Aguas al terminar la primera mitad del siglo pasado, y las modificaciones introducidas al mismo por la Ley 16.640, se transformó la esencia, aunque algo se vislumbraba en el antiguo Código al dar preponderancia a la comunidad por sobre los particulares en ciertos casos extraordinarios. Ahora el derecho de aprovechamiento, en cuanto a su concesión y reglamentación está establecido en favor de la colectividad y se le otorga y conserva al particular en la medida que este cumpla con la finalidad para la cual se le concedió el derecho. Así lo ha expresado el Mensaje de la ley 16.640 al señalar: “El régimen como el descrito permite al Estado ejercer una efectiva fiscalización sobre la conservación y máxima utilización de las aguas en beneficio de la comunidad”. Esto es lo que se conoce como la función social de un derecho.

El modificado artículo 12 del Código de Aguas disponía: “El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo, que recae sobre las aguas y que consiste en su uso, con los requisitos y en conformidad a las reglas del presente Código”

Características del derecho de aprovechamiento: De acuerdo a la definición recién dada se pueden desprender las características de este nuevo derecho de aprovechamiento.

1.- Es un derecho real administrativo, por lo tanto recae sobre bienes del Estado, bienes nacionales de uso público y que su titular debe atenerse a las normas de derecho Público, lo que implicaría una vigilancia por parte del organismo administrador del recurso<sup>61</sup>.

Como se puede apreciar, respecto del derecho real administrativo no existen las facultades de gozar y disponer, como existen respecto de los derechos reales.

2.- Según el artículo 12, se establece que el derecho de aprovechamiento “recae sobre las aguas”. El Código original agregaba, en la parte pertinente, “públicas” ya que bajo la vigencia de aquel Código quedaban algunas aguas bajo el dominio privado.

---

<sup>61</sup> Manríquez, y Muñoz. Curso de Postgrado de aguas subterráneas. Santiago 1978, Pág. 16.

3.- Este derecho de aprovechamiento consistía en el uso de las aguas. Esto, como consecuencia de ser un derecho real administrativo que se caracteriza por conferir sólo la facultad de uso sobre el bien que recae.

Con relación a este punto, se puede citar el artículo 104 de la Ley de reforma agraria, que señalaba que “no podrá cederse el derecho de aprovechamiento”. Se puede ver claramente excluida la facultad de disposición. Como aquella prohibición no pudo ser absoluta, se establecía además: “No obstante, si se enajenaren, transmitieren o adjudicaren los inmuebles o industrias para los cuales las aguas fueren destinadas, subsistirán a favor del adquiriente o adjudicatario, los derechos de aprovechamiento”. Lo anterior es lógico, pues en estos casos la disposición o enajenación que se hace de las aguas es una consecuencia de la disposición de un bien principal, sobre el cual sí se tiene el dominio.

Habiendo excluido la Ley de Reforma Agraria la facultad de disposición, hubo también que terminar con otros actos derivados de dicha facultad.

Por este motivo se dispuso que al entrar en vigencia su texto, quedaban caducados todos los gravámenes, hipotecas, prohibiciones, embargos a que hubieren estado sujetos los derechos de aguas. Y como no podían desprotegerse a los terceros beneficiados por esos gravámenes, se señaló que estos podían dirigirse, para el cobro de los créditos, a las indemnizaciones a que hubiere lugar.

4.- Con relación a la prescripción, la ley de Reforma agraria en su artículo 94 estableció que no se podía adquirir por prescripción el dominio de las aguas ni el derecho a usarlas. En consecuencia, en materia de prescripción se debe distinguir la prescripción del dominio de las aguas y la prescripción del derecho a usarlas, que es el derecho de aprovechamiento.

En relación con la prescripción del dominio de las aguas, no habría sido necesario que la ley lo estableciera, ya que al declarar las aguas como bienes nacionales de uso público, las dejó fuera del comercio humano, lo que constituye un requisito necesario para que opere la prescripción, de acuerdo al artículo 2498 del Código Civil.

En consecuencia, el dominio de las aguas queda bajo la categoría de imprescriptible. El Código de aguas de 1951 contemplaba la prescripción de estos derechos en el Título XI, normas que fueron derogadas por la ley 16.640.

5.- Sobre la caducidad de los derechos de aprovechamiento, la ley de reforma agraria introdujo muchas modificaciones. Si bien el Código de 1951 contenía algunas normas atinentes a la caducidad, como la de los artículos 26 y 280, estas operaban en casos más o menos excepcionales.

Se establecieron numerosas causales que provocan la caducidad del derecho de aprovechamiento que, atendiendo al hecho en que se fundamentan, han sido agrupadas en dos tipos: a) Las causales imputables al titular, y b) Las causales no imputables al titular. En este grupo lo que determina la extinción del derecho son razones de interés público, relacionadas con el mejor empleo de las aguas.

El origen de una mayor reglamentación de las causales de caducidad bajo el alero de las modificaciones introducidas por la ley 16.640, en relación con el Código de 1951, se explica por tener inspiraciones filosóficas distintas. La primera es producto de una legislación marcadamente intervencionista que cuida que el Estado tenga una función protagónica en el otorgamiento y uso de las aguas. Por ello se explica que a los particulares se les otorgue este derecho real administrativo, sujeto a extinguirse por decisión de la autoridad administrativa, siempre que concurren causales legales. Bajo este sistema se otorga el derecho únicamente al particular que necesita de las aguas, que las debe usar específicamente para los fines que la solicitó, bajo pena de caducidad para el caso de contravención. Así, siguiendo el mismo criterio, cuando son varios los que soliciten las aguas del mismo caudal, el problema se resuelve a favor de los que necesiten las aguas para fines prioritarios, si el recurso no es suficiente para atender todas las peticiones. Igual sistema ya se encontraba contemplado en el Código de 1951. Esto se debe a que el régimen que introdujo la ley 16.640 permitía al Estado ejercer una efectiva fiscalización sobre la conservación y máxima utilización de las aguas en beneficio de la comunidad, por este motivo es que las concesiones consisten en permisos sujetos a condiciones muy estrictas en cuanto a su otorgamiento y caducables en el caso de que el agua no se aproveche del modo previsto por la ley.

### **3.3 LA SITUACIÓN ACTUAL.**

Actualmente la legislación de aguas está contenida en el decreto con fuerza de ley N° 1122, de 29 de Octubre de 1981, conocido como el Código de Aguas de 1981.

Esta legislación está fundamentada en la teoría económica del libre mercado, por su marcado énfasis en la propiedad privada de los derechos de aprovechamiento de aguas, la lógica del mercado y el rol subsidiario del Estado.

Esta normativa parte del supuesto que la eficiencia en el uso del agua se mejora si ese bien asume un valor y precio real.

Los derechos de aprovechamiento se definen como un derecho real, permitiéndose su enajenación, y privando a la autoridad administrativa de potestades para el manejo y desarrollo de este recurso natural.

Si bien, tanto el código civil, artículo 595, como el código de aguas, artículo 5, declaran que las aguas son bienes nacionales de uso público, esto es, de aquellos cuyo dominio pertenecen a la nación toda, y su uso corresponde a todos los habitantes de la nación (artículo 589 de Código Civil), se concede a los particulares un derecho de aprovechamiento sobre esas aguas, a usar y gozar de ellas, derecho que es definido como un derecho real con características similares a las del dominio civil, cuyo titular puede usar, gozar, y disponer de él, como cualquier otro bien susceptible de apropiación privada, según lo dispone el artículo 19 N° 24 de la C.P.R.

Al respecto, hay quienes sostienen que lo anterior es contradictorio en su esencia. En efecto, al permitir la libre disposición de un derecho de uso, se está permitiendo la comercialización de un bien que por definición es intransferible, por su naturaleza de bien nacional de uso público. Por lo anterior, se dice que la actual legislación minimiza, hasta hacerla desaparecer, la naturaleza jurídica del bien nacional de uso público.

Hoy el agua es un bien principal, y ya no es accesorio de la tierra o industria para las cuales hubieran estado destinadas. Hoy en Chile se puede ser dueño de tierras sin aguas, y de derecho de aprovechamiento de agua sin tierra o industria a las cuales destinarlos. Lo anterior refleja la importancia preponderante de este recurso, y explica por qué para el agua se ha establecido un régimen registral similar al de la propiedad raíz.

Durante mucho tiempo no existía la obligación de usar los derechos de aprovechamiento de aguas, su no uso no traía aparejada sanciones o costos para los concesionarios del derecho, sin embargo, esta situación fue modificada por la ley 20.017 que estableció patentes por el no uso del recurso, en la proporción que esto ocurra..

No existe, a diferencia de la legislación anterior, un orden de preferencia en relación con los diversos usos del agua para decidir el otorgamiento de los derechos en caso de presentarse varias solicitudes sobre las mismas aguas. Antes, en cambio, la preferencia era la siguiente: 1) bebida y servicios de agua potable; 2) usos domésticos y saneamiento de poblaciones; 3) otros usos (Artículo 42 del Código de Aguas de 1969)

En la actualidad, si se presentan varias solicitudes sobre las mismas aguas y no existen recursos para satisfacer todos los requerimientos, su otorgamiento se resolverá por remate al mejor postor. (Artículos 142 y siguientes del Código de Aguas). Fijándose, por tanto, el precio del producto en un mercado de interesados.

Los derechos de aprovechamiento son otorgados gratuitamente por el Estado a los particulares que los solicitan. Por otra parte, hasta hace muy poco, la conservación de estos derechos a lo largo del tiempo, independiente de su utilización en forma productiva, no tenía para su titular costo real alguno.

Ahora se privilegia la existencia de la autonomía privada en el manejo y planificación del recurso. A diferencia de la legislación anterior, no se establece como requisito para la obtención de nuevos derechos de aprovechamiento especificar el uso que se le dará a las aguas, como tampoco justificar la cantidad de agua pedida. Por otra parte, el cambio de uso del agua, queda entregado al exclusivo arbitrio del titular del derecho.

Con este sistema, el valor del recurso irá en progresivo aumento. Los antecedentes técnicos disponibles indican que en los próximos cuarenta años el uso de los recursos hídricos en el sector hidroeléctrico se sextuplicará, con unas 100 hidrocentrales adicionales, el uso agrícola pudiera incrementarse hasta en unas 500.000 hectáreas, y la demanda industrial, minera y doméstica se espera que a lo menos se duplique.

Todo lo anterior, además, se presenta en un contexto de creciente complejidad y sofisticación del aparato productivo, que lo hace ser más vulnerable a restricciones en el abastecimiento y de mayor valoración del medio ambiente.

## **CAPITULO IV: CONCLUSIONES.**

Al comenzar este trabajo señalamos que el cambio de que trataba era especial, principalmente por las características particulares que tuvo

Hemos visto que la fuente principal de este cambio estuvo constituida por la Ley 16.615 de reforma constitucional al estatuto de derecho de propiedad, en conjunto con la Ley 16.640 de reforma agraria.

Como se pudo observar cuando se trató latamente de la incorporación de las aguas a la reforma constitucional, ésta tuvo un claro objetivo práctico consistente en permitir una redistribución del recurso hídrico conforme se efectuaba la redistribución de las tierras. Para ello, la primera y principal medida consistió en restaurar la calidad de públicas que con anterioridad habían tenido las aguas, eliminando, por tanto, del ordenamiento jurídico chileno las aguas privadas.

Debemos destacar aquí que, si bien hubo un dilatado proceso de discusión de los preceptos que constituían la reforma constitucional, el caso del inciso referente a las aguas fue distinto, una vez propuesto, no sufrió modificaciones posteriores, pasando íntegramente a ser parte de la Ley 16.615.

Revisamos también, en la parte relativa al mecanismo jurídico con que se efectuó la reforma, las características especiales que tuvo, destacando en este punto la excepcionalidad de la procedencia de la indemnización para el caso de los expropiados de las aguas, constituyendo aquello una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual la indemnización al expropiado procedía siempre. Se pudo observar en los dichos del Ministro de Justicia de la época que esa era la intención del Gobierno, así como la reacción frente a estos cambios de la Sociedad Nacional de Agricultura, y su respuesta.

Mención especial merece la particular forma en que se conjugó el cambio de la naturaleza jurídica de las aguas privadas a públicas, y la consecuente expropiación de las mismas, con la creación de derechos reales administrativos de aprovechamiento de aguas a favor de los antiguos propietarios de aguas privadas. Derechos que a su vez caducaban como consecuencia de la fijación por parte de la autoridad de la tasa de uso racional beneficioso, en el exceso. Se explicó que este fue un novedoso sistema en el que se

pudo cumplir con la declaración de bienes nacionales de uso público de las aguas, manteniendo a los expropiados en el uso de las mismas.

Todo lo anterior, no hace sino confirmar lo especial de las características que tuvo el cambio de naturaleza jurídica de las aguas, al pasar de privadas a públicas. Se confirma también el fin práctico que aquello tuvo, permitiendo la realización de la redistribución de la tierra en conjunto con el agua mediante la ley de reforma agraria tramitada en paralelo con la ley de reforma constitucional al estatuto del derecho de propiedad.



## ANEXO I

**La Constitución de 1925 se refirió a las normas del derecho de propiedad en el artículo 10 N° 10 que rezaba así:**

Artículo 10° "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República, (...) N° 10: La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente.

El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública".

## ANEXO II

**Con la reforma de la ley 15.295, publicada el 8 de Octubre de 1963, el N° 10 del artículo 10 del texto constitucional quedó redactado en los siguientes términos, que regirán hasta el 19 de Enero de 1967:**

N° 10° La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

"Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente. El Juez podrá autorizar la toma de posesión material del bien expropiado, después de dictada la sentencia de primera instancia, cuando se trate de expropiaciones para obras públicas de urgente realización o de predios rústicos, y siempre que sólo se hubiere reclamado del monto de la indemnización y se dé previamente al dueño el total o la parte de ella a que se refiere el inciso siguiente, ordenadas en dicha sentencia.

"Sin embargo, si con el objeto de propender a la conveniente división de la propiedad rústica se expropiaren, por causa de utilidad pública, predios rústicos abandonados, o que estén manifiestamente mal explotados y por debajo de las condiciones normales predominantes en la región para tierras de análogas posibilidades, deberá darse previamente al propietario el diez por ciento de la indemnización y el saldo en cuotas anuales iguales dentro de un plazo que no exceda de quince años, con el interés que fijará la ley.

"Esta forma de indemnización sólo podrá utilizarse en conformidad a la ley que permita reclamar de la expropiación ante un Tribunal Especial, cuya decisión sea apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva, y que establezca un sistema de reajuste anual del saldo de la indemnización con el objeto de mantener su valor. No podrán iniciarse ni efectuarse nuevas expropiaciones indemnizables a plazo si existe retardo en el pago de los créditos provenientes de anteriores expropiaciones realizadas en conformidad al inciso anterior.

"En la Ley de Presupuestos se entenderá siempre consultado el ítem necesario para el servicio de dicho créditos, y sus cuotas vencidas servirán para extinguir toda clase de obligaciones a favor del Fisco. La Tesorería General de la República pagará las cuotas vencidas más reajuste e intereses contra la presentación del título correspondiente.

"El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública".

### ANEXO III

**El Ejecutivo, en su Proyecto de Reforma Constitucional, propuso sustituir en el artículo 10 de la Constitución su N° 10, vigente en sus líneas básicas, como se ha visto, desde 1833, con las modificaciones y agregados de 1925 y de 1963, por la siguiente disposición:**

"ARTICULO 10: La Constitución asegura a todos los habitantes de la República... N° 10: El derecho de propiedad en sus diversas especies.

La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes. Cuando el interés de la comunidad lo exija la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de determinadas especies de propiedad.

Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación para que aquella cumpla con la función social que el legislador califique. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, la forma de extinguir esta obligación, la parte que deba enterarse al contado, el plazo y condiciones en que se entregará el saldo, si lo hubiere, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.

El Estado propenderá a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.”

## ANEXO IV

### **Texto Constitucional luego de la reforma de la ley 16.615:**

Artículo 10: La Constitución asegura a todos los habitantes de la República N° 10: “El derecho de propiedad en sus diversas especies.

"La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.

"Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

"Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.

"Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine.

"La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización, cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.

"La pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño y la vivienda habitada por su propietario no podrán ser expropiadas sin previo pago de la indemnización".

## Bibliografía

- Evans de la Cuadra, Enrique; Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile: La ley 16.615 de 20 de Enero de 1967, modificatoria de la Constitución Política del Estado: su historia fidedigna, contenido y análisis de la reforma; Ed. Jurídica de Chile, 1967.
- Figueroa Tagle, Gonzalo; Hederra Donoso, Ana; Vergara Duplaquet, Ciro; “Comentarios al Código de Aguas”; Ed. Jurídica de Chile, 1960.
- Orrego, Juan Pablo; Legislación e Institucionalidad para la Gestión de las Aguas, Agosto 2002; Terram Publicaciones; <http://www.terram.cl/nuevo/images/storiesrppublicos9.pdf>
- Reyes Riveros, Jorge; Naturaleza Jurídica del Permiso y de la Concesión sobre Bienes Nacionales de Uso Público; Ed. Jurídica de Chile, 1960.
- Ugarte Araya, Paula; Derecho de Aprovechamiento de Aguas: Análisis histórico, extensión y alcance en la legislación vigente; Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2003.
- Vergara Blanco, Alejandro; Derecho de Aguas; Ed. Jurídica de Chile, 1998.
- Actas de discusión parlamentaria de la ley 16.615
- Actas de discusión parlamentaria de la ley 16.640
- Código de Aguas de 1951, 1969 (Ley 9.909), y 1981.
- Código Civil de la República de Chile, Imprenta Nacional, Santiago, 1856.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
<b>CAPÍTULO I: REFERENCIA HISTÓRICA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGUAS EN CHILE</b>	<b>2</b>
1.1 CÓDIGO CIVIL	3
1.2 CÓDIGO DE AGUAS DE 1951	4
1.3 CÓDIGO DE AGUAS DE 1969	7
1.4 CÓDIGO DE AGUAS DE 1981	9
<b>CAPÍTULO II: CAMBIO EN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGUAS</b>	<b>11</b>
2.1 INFLUENCIA DEL MOMENTO POLÍTICO EN LAS DECISIONES JURÍDICAS	11
2.2 ANÁLISIS DE LA NORMATIVA RESPECTIVA	13
<b>A) LEY 16.615 MODIFICACIONES AL ESTATUTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD</b>	<b>14</b>
A.1 Etapas	14
a.- Primera Etapa: Desde 1833 hasta 1925	14
b.- Segunda Etapa: Desde 1925 hasta 1963	15
c.- Tercera Etapa: Desde 1963 hasta 1967	17
d.- Cuarta Etapa: Desde el 20 de Enero de 1967	20
A.2 Historia de la ley 16.615	20
i) Iniciativa doble del proyecto de reforma constitucional.	20
ii) La Reserva de bienes a favor del Estado	25
iii) Aparición de las aguas en el proyecto de reforma constitucional	29
A.3 Cambios esenciales que produjo la reforma	32
i) Cambios al derecho de Propiedad en general	36
La Garantía del Derecho	36
La función social del dominio privado	39
Cambios en el régimen expropiatorio	40
Indemnización al expropiado	42
Recurso de Inaplicabilidad	46
ii) Cambios en lo referente a las aguas	47
Postura de Sociedad Nacional de Agricultura frente a los cambios	50
<b>B) LEY 16.640 LEY DE REFORMA AGRARIA</b>	<b>52</b>
Principales fechas en la tramitación de ambos proyectos de ley	53
B.1 Antecedentes Legales de la Reforma Agraria	54
B.2 Historia de la ley 16.640	55
i) Mensaje	55
ii) Texto del proyecto de ley	60
B.3 Cambios que produjo esta ley en materia de aguas	64
Conceptos de Propiedad. Privada, comunitaria, y social	67
2.3 AGUAS PÚBLICAS Y AGUAS PRIVADAS EN EL CÓDIGO DE 1951	70
2.4 DESCRIPCIÓN DEL MECANISMO JURÍDICO CON QUE SE EFECTÚA EL CAMBIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LAS AGUAS	73
a) La reserva y la expropiación	73
b) Mantenimiento de los expropiados en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento	74
c) Derecho de aprovechamiento limitado	74
d) Establecimiento de una tasa de uso racional beneficioso	76
e) Limitación constitucional de la indemnización	77



<b>CAPÍTULO III: CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO EN LAS DISTINTAS NORMATIVAS</b>	<b>84</b>
3.1 EN EL CÓDIGO DE AGUAS DE 1951	84
3.2 EN EL CÓDIGO DE AGUAS DE 1969	87
3.3 LA SITUACIÓN ACTUAL	90
<b>CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES</b>	<b>94</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>96</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>102</b>
<b>ÍNDICE</b>	<b>103</b>