

**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DERECHO ECONOMICO**

Memoria de prueba para optar al grado  
Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

**Derecho de Aprovechamiento de Aguas. Análisis Histórico,  
Extensión y Alcance en la Legislación Vigente.**

Alumna: Paula Ugarte Araya.

Profesor guía: Gustavo Manríquez.

Septiembre, 2003.

## INDICE DE MATERIAS

Introducción.....	5
-------------------	---

### Capítulo I

Evolución histórica de la legislación chilena sobre el derecho de aprovechamiento de aguas.

1.España y su influencia en el Nuevo Mundo .....	8
1.a. Castilla y su importancia en el Nuevo Mundo .....	8
1.b. Evolución histórica del Derecho de Castilla.....	11
1.c. El derecho positivo que conforman los códigos de Castilla.....	15
a. El Fuero Juzgo.....	15
b. El Fuero Viejo de Castilla.....	17
c. El Fuero Real.....	18
d. El Ordenamiento de Alcalá de Henares.....	19
e. El Código de las Siete Partidas.....	19
1.d. La abolición del régimen feudal.....	22
1.e. La colonización española.....	23
2. Disposiciones legales anteriores al Código Civil de 1855.....	35
2.a. Decreto Supremo de 18 de Noviembre de 1819.....	35
2.b. La Ley de Municipalidades de 8 de septiembre de 1854.....	36
3. El Código Civil de 1855.....	38
3.a. Aspectos relevantes del Código de Aguas de 1855 en materia de aguas.....	38
3.b. Clasificación de las aguas.....	38
3.c. Derechos sobre las aguas nacionales de uso público.....	42
4. Disposiciones posteriores al Código Civil de 1855.....	49
4.a. Ordenanza General de 3 de enero de 1872.....	49
4.b. Las Leyes Municipales de 1887 y 1891.....	52
4.c. Código de Procedimiento Civil de 1902.....	52

## Capítulo II

1. El Código de Aguas de 1948.....	58
2. El Derecho de Aprovechamiento en el Código de Aguas de 1951.....	59
2.a. Definición.....	59
2.b. Ámbito de aplicación.....	60
2.c Características del derecho de aprovechamiento.....	62
2.d. Facultades anexas al ejercicio del derecho de aprovechamiento.....	63
3. Modificaciones introducidas por la Ley de Reforma Agraria N° 16.640. Código de Aguas de 1967- 1969.....	64
3.a. Características del derecho de aprovechamiento.....	65
4. Segunda reforma al Código de Aguas: Decreto Ley N° 2.603.....	69
5. Visión del derecho de aprovechamiento bajo el proyecto de ley que modifica el actual Código de Aguas.....	72
5.a. Análisis de la situación actual.....	73
5.b. El derecho de aprovechamiento en el proyecto de ley que modifica el Código de Aguas.....	78
a. Establecimiento del pago de una patente por la no utilización De las aguas.....	81
b. Facultades de la autoridad para la concesión de nuevos Derechos de aprovechamiento.....	84
c. Normas sobre conservación y protección de las aguas y cauces.....	88
d. Consideración de la interacción de las aguas superficiales y Subterráneas en el otorgamiento del derecho de aprovechamiento.....	89
e. Normas que permiten perfeccionar el procedimiento de regularización en el artículo 1° transitorio del Código de Aguas.....	90
f. Extensión de la personalidad jurídica a las comunidades de aguas.....	91

## Capítulo III

El uso y goce de las aguas: el derecho de aprovechamiento.

1. El derecho de uso y goce sobre las aguas.....	93
1.a. Clasificación de las aguas.....	94
1.b. Las aguas: bienes nacionales de uso público.....	96
1.c. Derecho de uso común y derecho de uso privado.....	98
a. Uso común de las aguas.....	98
b. El derecho de uso privado de las aguas.....	101
1.d. Naturaleza jurídica del derecho de uso y goce en las aguas.....	102
2.El Derecho de Aprovechamiento.....	108
2.a. Características.....	110
2.b. Clasificación del derecho de aprovechamiento.....	111
a. Derechos consuntivos y no consuntivos.....	112
b. Derechos de ejercicio permanente y de ejercicio eventual.....	113
c. Derechos continuos, discontinuo y alternado.....	116
2.c. Modos de adquirir el dominio del derecho de aprovechamiento.....	116
a. Generalidades.....	116
b. Modos de adquirir derivativos.....	117
b.1 Sucesión por causa de muerte.....	118
b.2 La tradición.....	118
c. Modos de adquirir originarios.....	124
c.1 Por acto de autoridad.....	125
c.2 La ocupación.....	132
c.3 La accesión.....	131
c.4 La ley.....	134
c.5 La prescripción.....	135
2.d. Extinción del derecho de aprovechamiento de aguas.....	147
a. Prescripción.....	147
b. Extinción del objeto del derecho.....	148
c. Renuncia.....	148
d. Nulidad.....	149

3. Protección Jurisdiccional del Derecho de Aprovechamiento.....	150
3.a. Norma General sobre procedimientos judiciales en materia de aguas.....	150
3.b. Acciones que derivan de procedimientos administrativos de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas.....	150
a. Oposición.....	151
b. Reconsideración.....	151
c. Reclamación.....	152
d. Situación especial de oposición.....	152
3.b. Acciones que tienen por objeto proteger el ejercicio de derechos de aprovechamiento de.....	152
a. Recurso de protección.....	153
b. Amparo Judicial.....	154
c. Acciones posesorias.....	155
3.d. Otras acciones.....	158
a. Acciones derivadas de proceso de constitución de comunidades de aguas, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia.....	158
b. Acciones ejecutivas.....	158
c. Procedimiento arbitral.....	159
 Conclusión.....	 160
 Bibliografía.....	 166

## INTRODUCCIÓN

El agua es tan antigua como el mundo. O más precisamente tiene un día menos que éste, según la leyenda bíblica señalada en el Libro de Génesis. Ya desde antiguo, los filósofos de la historia notan la importancia de que, en la prehistoria, los pobladores del mundo se agruparan en los cuatro valles formados por los grandes ríos. La irrigación artificial que permitían el Nilo, el Eúfrates, el Ganges y el Yang-Tse- Kiang, influyó tan poderosamente en los destinos humanos, que determinó la conglomeración de los hombres en cuatro regiones, que originaron las más variadas civilizaciones.

Desde tiempos inmemoriales a las aguas se les otorgó una importancia económica y social en las diversas legislaciones mundiales. En el Egipto arcaico, por ejemplo, el riego ejerció considerable influencia política y social, porque como en el valle del Nilo la vida dependía del óptimo aprovechamiento de sus crecidas, forzó a los hombres a formar conglomeraciones sociales, los nomos, para un mejor aprovechamiento de las aguas. De este modo las aguas del Nilo obligaron a los Egipcios a organizarse en sociedad y se impuso la necesidad política de crear una autoridad central, la faraónica, para que regulara los conflictos de intereses entre los nomos. Estos nomos, anteriores al año 3.300 A.C., son el más remoto antecedente de las comunidades de regantes o canalistas.

También las aguas, por su trascendencia económica como aguas de regadío, tienen importancia en códigos tan antiguos como el de Hammurabí quien en una de sus disposiciones señala vanagloriándose de ser el *“Príncipe que ha dado vida a Erech, llevando abundantes aguas a sus habitantes”*. Y en el Corán, Mahoma señala que *“ anuncia a aquellos que creen y que hacen el bien y que practican la virtud, como premio a ésta, que vivirán eternamente en los jardines donde corren los arroyos y los ríos de aguas claras”*.

En civilizaciones como la de Grecia se aprecia también la importancia que se daba a este recurso natural. El cerrado aislamiento en que vivían las polis o ciudades-estados debido al ferviente localismo, se veía disminuido en dos ocasiones: por motivos religiosos-deportivos y por problemas de regadío. Fue así como la Anfitionías, aparte de una finalidad religiosa, tenían la de construir tribunales ínter estadales que resolvieran los conflictos que aparecían con motivo del regadío.

En Roma, su derecho contenía toda una teoría sobre el régimen jurídico de las aguas.

Y la legislación Española, fuente directa de nuestra legislación de aguas, tanto la que se aplicó en las Indias como la del continente, recibe influencias de este derecho romano pero también de los diversos pueblos invasores, como se señalará más adelante.

Como se puede apreciar, los recursos hídricos desde tiempos remotos han estado presente en las más antiguas legislaciones mundiales debido a la importancia trascendental que tienen éstos, tanto para la vida humana, como para el desarrollo económico de los países. Por tal motivo me pareció de mucho interés realizar una memoria relacionada con este recurso y específicamente referirme al derecho de aprovechamiento sobre las aguas y el desarrollo que éste ha tenido a lo largo de la historia de nuestro país, su análisis histórico y la extensión y alcance que tiene dicho derecho en nuestra actual legislación. Porque desde la época del descubrimiento del Nuevo Mundo hasta nuestro días, la regulación de las aguas y en especial su utilización ha ido evolucionando a medida que se tornan más complejos sus usos, los que van de la mano con el mayor desarrollo tecnológico de los países.

Sumado a lo anterior, se encuentra el hecho de la preocupación constante de la escasez del recurso y que las aguas sean declaradas como un bien nacional de uso público, haciendo, en consecuencia necesaria la regulación sobre su uso y goce.

Para efectos del análisis del tema de mi memoria, ésta se encuentra dividida en tres capítulos. En el primero, se analiza las normas que regulaban el aprovechamiento sobre las aguas en la España conquistadora y, en especial, el derecho de Castilla, por el legado que dichas normas nos dejaron. Posteriormente se analizan las primeras disposiciones que comenzaron a dictarse en nuestro país para efectos de regular las situaciones de hecho que comienzan a plantearse en cuanto a la utilización de los recursos hídricos. Se señala además, la importancia que en materia de regulación de las aguas poseen el Código Civil de 1855 y el Código de Procedimiento Civil de 1902.

El capítulo segundo, se refiere al análisis del derecho de aprovechamiento dentro de los primeros códigos de aguas que se dictan en nuestro país, partiendo por el código de 1948 y el de 1951. Se desarrollan las modificaciones introducidas por la ley de reforma agraria y las realizadas por el Decreto Ley N° 2.603, para terminar con un análisis respecto de la visión que se da al derecho de aprovechamiento en el proyecto de ley que pretende modificar nuestro actual código de aguas.

En el tercer y último capítulo se analiza el derecho de aprovechamiento en nuestra actual legislación, refiriéndome, en especial, al objeto de este derecho de aprovechamiento, las aguas, en relación a su clasificación, la característica de ser un bien nacional de uso público, su uso común y privado y la naturaleza jurídica del derecho de uso y goce sobre las aguas. Posteriormente se hace un análisis detallado del derecho de aprovechamiento en el actual código de aguas.



## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN CHILENA SOBRE EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUA.**

Al descubrirse América por los expedicionarios del antiguo mundo, comenzó a gestarse una interacción entre éste y los nuevos territorios descubiertos. Esta relación tuvo un amplio campo de aplicación en todos los aspectos humanos, religiosos, de costumbres, educación, economía y comercio. Las instituciones del Derecho de Agua no escaparon a esta nueva relación que se gestaban entre colonizados y colonizadores, y en parte importante, las leyes e instituciones que surgieron en este nuevo mundo, fueron en gran medida aportadas por las existentes en el viejo continente, especialmente, las que existían en España.

Por lo anterior, es necesario comenzar este trabajo con un análisis de la legislación española que en materia de aguas existía en aquel país, para ir entendiendo, a su vez, las instituciones que nacieron en el nuestro.

#### **1. -ESPAÑA Y SU INFLUENCIA EN EL NUEVO MUNDO.**

##### **1.a. - Castilla y su importancia en el Nuevo Mundo.**

Conocido es el hecho que quien impulsó y patrocinó el descubrimiento del nuevo mundo fue Isabel de Castilla y no Fernando de Aragón, lo que ocasionó que los territorios descubiertos por Colón y sus sucesores fueron políticamente incorporados a la Corona de Castilla, la cual, continuaba manteniendo su propia personalidad jurídica y política, que incluía su propio cuerpo de leyes, puesto que España, en esa época, no era un reino verdaderamente unificado. Así fue como las leyes de Castilla y ninguna de las otras leyes de la Península Ibérica, fueron las que influyeron directamente sobre la vida jurídica de las Indias.

Cuando el Nuevo Mundo fue incorporado a Castilla, carecía de una estructura política propia, por lo que fue necesario proveerla de una, utilizándose, en consecuencia y para este fin, las instituciones de Castilla.

Claramente la intención de los Reyes era la de organizar los territorios descubiertos de acuerdo a la normativa imperante en Castilla, pero las evidentes diferencias sociales, culturales, económicas, políticas y geográficas hicieron necesario desistirse de tal empresa y comenzar a crear un cuerpo de leyes aplicables al Nuevo Mundo, con normas jurídicas que pudieran solucionar las situaciones de hecho desconocidas hasta entonces.

Fue así como se aplicó un “principio de derecho” en América, el cual regía de la siguiente manera: la ley primaria o dominante, en aquellos casos en que existía, era la ley dictada para su aplicación expresa en la Indias; y en los casos en que no había una ley Indiana que se pudiera aplicar en el caso concreto, se invocaban los preceptos legales existentes en Castilla.

“La realidad, o por mejor decir las dos realidades enfrentadas en el hecho colonial, señalan las dos fuentes de Derecho que, a más de la propia recopilación, se entrelazan con ella, y dan la idea cabal de la completa y mucho más extensa ordenación jurídica de aquellos territorios. El Derecho indígena embrionario y variable y el Derecho de Castilla desenvuelto y uniforme son esas dos normas, para muchos asuntos primarias, porque están mandadas a respetar, y en varios ordenes de la vida no encontrarán preceptos, que les atajen el paso de las leyes propiamente de Indias. Respecto de éstas, en las materias por ella reguladas, para complementar su insuficiencia, mostrar su supuesto o aclarar su sentido, aquellas otras normas, especialmente del derecho castellano, vendrán a ser las supletorias”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Alcalá- Zamora, Niceto; Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias; Buenos Aires, 1944. Editorial Guillermo Kraf Ltda.; pág. 26.

Se puede notar, en consecuencia, el carácter de supletorio que tuvo el derecho castellano en las Indias, puesto que el ordenamiento jurídico aplicable a ésta se conformó en su mayoría por normas casuistas, condicionadas al hecho concreto que motivaba su dictación.

De esta forma comenzaron a configurarse las Leyes de Indias, que consistían en los preceptos jurídicos dictados especialmente para los territorios de las Indias Occidentales por los altos órganos gubernamentales que eran el Rey, el Real y Supremo Consejo de las Indias y la Casa de Contratación de Sevilla, a través de las disposiciones del derecho indiano como las Reales Cédulas, Provisiones, Cartas Reales, Instrucciones, Ordenanzas, etc.

Debido al carácter casuista de las leyes de Indias, su acelerado incremento y continuo mejoramiento, y como su derecho supletorio, el de Castilla, también se encontraba en un proceso de crecimiento y cambio, hizo que algunos preceptos jurídicos aplicados a las Indias fueran variados y muchas veces confusos, por lo que comenzó a vislumbrarse la idea de que era necesario coordinar las diferentes normas dictadas para las Indias, proyecto que se inició a mediados del siglo XVI y logró terminarse en el año 1680, el cual culminó con el nacimiento de la *Recopilación de las Leyes de Indias de 1680 o Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*.

“Que la recopilación de 1680 se haya tomado, durante siglos, como base documental de todo estudio histórico jurídico no es cosa que debe extrañarnos. Representaba aquélla la colección más abundante de textos legales utilizables, con tanta mayor facilidad cuanto que estaba impresa. Era a la vez la colección dotada de fuerza legal; por tanto, el índice más seguro, dadas las ideas reinantes, del derecho vivido”.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Ots y Capdequi, José María; *Historias del Derecho Español e Indiano*; 1969; pág. 97.

Los preceptos de la Recopilación de 1680 no fueron modificados por ningún otro código posterior, en consecuencia, en ella podemos encontrar el derecho escrito que en materias de aguas se impuso a las colonias españolas.

Como anteriormente se dijo, en las Indias se aplicó en forma supletoria el Derecho de Castilla. En consecuencia, en materia de aguas, se utilizó la misma fórmula general. Por este motivo, es necesario un cierto conocimiento respecto de las disposiciones de Castilla que trataron acerca de las aguas, en la época de la colonización del nuevo mundo.

“Uno de los hechos más importantes que debe ser destacado, es que las leyes e instituciones de aguas que surgieron en - el nuevo mundo- fueron un compuesto de instituciones españolas, del medio ambiente americano y de la interacción entre estos dos... Las leyes de aguas de Nueva España fueron creadas en una tierra árida, por gentes que consideraban al agua como un bien escaso y precioso...Mientras la preocupación primordial de los ingleses era la tierra, a los españoles les preocupaba la tierra y el agua. El interés de los españoles en el agua se reflejaba en el hecho que las concesiones españolas generalmente mencionaban tierras y agua, no sólo tierras, como lo hacían las inglesas”.<sup>3</sup>

### **1.b. - Evolución histórica del derecho de Castilla.**

“Un país que recibió su civilización y leyes de la culta Roma, que por espacio de siete siglos fue ocupado en parte por un pueblo de genio hidráulico como fue el árabe, que dejó encarnados en nuestras costumbres el cultivo de las tierras y sus bien combinados riegos, no puede menos de tener su historia legislativa sobre el agua, en más o menos extensión, según sus mayores o menores usos”.<sup>4</sup>

El Derecho de Castilla, a la época del descubrimiento, estaba compuesto por un ordenamiento jerárquico de normas, el cual también se recogió en la Recopilación

---

<sup>3</sup> Stewart, Daniel L; El Derecho de Aguas en Chile; Santiago, 1970. Editorial Jurídica de Chile, pág. 27.

<sup>4</sup> Spota, Alberto G. Tratado de Derecho de Aguas. Tomo I. Buenos Aires; 1941 Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez; pág. 228-229.

misma, para efecto de aplicarse en aquellos casos que no estuvieran específicamente cubiertos por las Leyes de Indias.

Según lo disponía la Ley II del Título I, Libro II de la Recopilación de 1680:

*“Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleytos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, ó por Cédula, Provisiones, ú Ordenanzas dadas, y no revocadas por la Indias y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reyno de Castilla. Conforme a la de Toro... ”.*

La ley de Toro, a la que hace mención, fue la primera de una colección de leyes que fueron aprobadas en 1505, en la cual se reproducía una ley anterior, el Ordenamiento de Alcalá de Henares, promulgada en 1348, la que establecía, a su vez, el siguiente orden de preferencia en las fuentes del derecho castellano:

1. - El propio ordenamiento de Alcalá.
2. - Los Fueros (tanto municipales como reales) y;
3. - Las Siete Partidas.

España, a raíz de sus sucesivas invasiones, fue recogiendo las leyes y costumbres de los pueblos dominadores, como los cartagineses, romanos, godos, sarracenos (moros). Después de estas invasiones, vino un período en el que España fue paulatinamente arrancada de manos de los moros por un grupo de principados independientes y durante el cual nuevas leyes y costumbres fueron establecidas en diversas partes del país. De estas normas se hicieron recopilaciones, como el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real de León, y el Fuero Real de Castilla y de León, y, a fines del siglo XIII, las famosas Siete Partidas, las que sin embargo, comenzaron a ser aplicadas a mediados del siglo XIV. Luego vino el Ordenamiento de Alcalá y diversas recopilaciones posteriores de códigos y leyes.

En esta época, que va desde el Fuero Juzgo hasta las Partidas, estas primeras compilaciones de leyes que los invasores bárbaros ordenaron efectuar en España estaban orientados por el Derecho Romano.

En 1567, después del Ordenamiento de Alcalá, la Nueva Recopilación, que no debe ser confundida con la Recopilación de las Leyes de Indias, fue promulgada. Este fue el primer código de leyes que tuvo vigencia en toda España. Posteriormente, fue reeditado, revisado y vuelto a promulgar como La Novísima Recopilación de las Leyes de España, en 1805.

Como se puede apreciar, a raíz de los numerosos gobiernos, cada uno aplicando sus propias leyes y costumbres, sumado a las diversas recopilaciones de leyes y códigos, no se pudo dar en España un sistema ordenado ni de gobierno ni de jurisprudencia, y se fue produciendo tal confusión en la aplicación de normas de los Códigos de Castilla, que fueron siendo abandonados recurriéndose al derecho romano como orientador para solucionar los problemas jurídicos.

Esta confusión también se dio en materia de derecho de aguas, y tal vez en este derecho fue donde se vio más profundamente la falta de un mejor ordenamiento, ya que en materia de aguas, hasta incluso bastante adentrado el siglo XIX, los códigos “reconocían las leyes y costumbres locales, formulándose las leyes generales, en gran medida, sujetas a ella cuando éstas estaban bien establecidas y en forma escrita. Estas costumbres locales, mucha de las cuales habían recibido la aprobación real en algún momento, eran incluso de mayor variedad que las leyes generales escritas, pero, localmente eran todopoderosas”.<sup>5</sup>

En general, la mayoría de las costumbres de regadío fueron probablemente de origen moro, puesto que ellos controlaron las regiones regadas de España. Estas prácticas de riego no tuvieron un lugar preponderante dentro de las leyes generales del país, siendo en el fondo consideradas por los gobernadores de aquellas áreas

---

<sup>5</sup> Stewart, Daniel L. *Op. Cit.*, pág. 30.

donde no se utilizaba el regadío como costumbres locales de aquellas áreas o provincias regadas, las que eran consideradas separadas del resto del país.

Debido al incremento económico y social, las zonas de riego fueron paulatinamente extendiéndose, con lo cual se fueron desarrollando nuevas costumbres locales, produciéndose de esta forma una mayor confusión legal, ya que España siempre se enfrentó a la problemática de no tener la formación de un derecho general de aguas que fuera aceptado en todas sus provincias. Por este motivo, es que en España existían leyes generales aplicables en todas sus provincias que regulaban el derecho de propiedad sobre las aguas y el derecho de uso de agua para riego y las costumbres locales.

El origen legal de la tenencia de bienes en España se remonta al derecho romano. Posteriormente, con la invasión goda se instauró un sistema despótico en el cual las aguas se consideraron como propiedad común y los ríos como propiedad pública. Luego con la conquista de España en manos de los moros, los arroyos, ríos y aguas en general, pasaron a considerarse como propiedad de los poderes gobernantes. Sin embargo "... derechos perpetuos sobre el agua destinada a riego fueron otorgados a aquellos que estaban en la mejor posición para utilizarla, y así se establecieron muchos derechos extensivos de este tipo, los que fueron posteriormente reconocidos al ser España reconquistada por los cristianos .....de este modo, durante los siglos en que en Italia y en Francia las aguas estaban en su mayoría, bajo la posesión de los déspotas, en España.....(durante) el primer período de los bárbaros, el derecho de aguas de los romanos, más liberal, fue virtualmente adoptado; y (los moros), los posteriores invasores.....cambiaron hasta tal punto sus características bárbaras, que llegaron a ser unos sabios repartidores de los privilegios de agua y los impulsores de liberales prácticas de riego. Así fue como el riego en España gozó de amplia libertad bajo gobernantes opresores, hasta que, en el siglo IX, el sistema feudal fue introducido por un emperador cristiano, en una parte del país que estaba libre del dominio moro. Pero, aunque este sistema fue firmemente establecido en el norte, oeste y centro de España, fue erradicado antes

de que las grandes regiones españolas donde se practicaba el riego fueran ganadas....(a) los moros. Es decir, entonces, que las antiguas áreas regadas de España no estuvieron sujetas al sistema feudal, y como consecuencia, no encontramos allí grandes tenencias de agua, como en Italia, oprimiendo al pueblo y resultando en monopolios de tierras, sino que, por el contrario, encontramos el agua unida a la tierra, la tierra dividida en pequeñas parcelas, y la gente como campesinado independiente”.<sup>6</sup>

### **1.c.- El derecho positivo que conforma los Códigos de Castilla.**

En forma muy breve se puede señalar que, en materia de derecho de aguas de la España Castellana se utilizó el Fuero Juzgo y otros Fueros, el Ordenamiento de Alcalá y el Código de las Siete Partidas.

#### **a.- El Fuero Juzgo.**

Se trata de un código gótico-romano, también conocido como *Lex Wisigothorum o Liber Judicum*, recopilado a fines del siglo VII A.C., y que constituyó una recopilación de leyes romanas y costumbres germanas muy superior a otros códigos de los bárbaros, pero contenía muy pocas disposiciones en materias de aguas. Lo más destacado en este aspecto era que regulaba la obligación de no obstruir los cursos de los ríos más importantes, es decir, que diques u otros tipos de obstáculos sólo podían ser construidos en el medio de un curso de agua. La idea era obligar a dejar libre el curso del río y que los setos o las presas sólo se construyeran hasta la mitad del cauce.

*“Los grandes ríos, porque vienen los salmones, a otro pescado de mar, o en que echan los omnes las redes, o por que vienen las barcas con alguna mercadería, nengun omne non debe encerrar al río por toller la proa á todos los otros, é facer la suya, mas puede facer seto fasta medio del rio, allí o es el agua mas fuerte, é que la otra meatad finque libre para la pro de los omnes. E si alguno ficiere demás contra*

---

<sup>6</sup> Stewart, Daniel L. *Op. Cit.*, pág. 31.



*esto que nos decimos, el señor de la tierra ó el ives lo crebante luego el seto....E si dambas las partes del río oviere dos sennores, non deven cercar todo el río fasca que diga cada uno que cerro la de su meatad; mas el uno debe cerrar la su meatad de suso, y el otro la de yuso, é dexe por medio pasar el río. E si non oviere mas de un logar, que puedan ambos cerrar, de guisa lo cierren ambos que puedan pasar las barcas é las redes.....”.*<sup>7</sup>

También se prohibía a los ribereños “extender sus diques de represas más allá del medio del río o arroyo”, ya que impone la obligación, en los grandes ríos, de dejar siempre expedito el paso de las barcas o de los peces a fin de no *toller la pro de todos*.

Da cuenta esta ley del comienzo de una distinción entre los ríos que servían para comunicaciones fluviales –*flumina majora*- y aquellos que no servían.

En esencia esta distinción importa observar el principio de que todos los grandes ríos deben ser bienes utilizables por todos, ya que, son cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo.<sup>8</sup>

Se puede apreciar en estas leyes la existencia de dos principios respecto a las aguas: 1) el principio del derecho romano que sostenía que ciertas aguas eran comunes a todos los hombres y que por lo tanto no podían formar parte de la propiedad privada de ninguno y, 2) que estas mismas aguas podían ser reclamadas como parte de la propiedad privada de ciertos señores feudales.

Este principio no tuvo una mayor importancia en España, pues, las regiones donde se practicaba el riego durante este régimen feudal eran minoritarias en comparación a las regiones no regadas.

---

<sup>7</sup> Fuero Juzgo, Título IV, Libro VIII.

<sup>8</sup> Spota, Alberto G. Ibid. Pág. 234.

Durante el período precolonial, estos dos principios se entrelazan y confunden, influenciando a las Leyes de Indias y posteriormente al derecho de aguas en Chile.

También el Fuero Juzgo contenían normas punitivas contra los que demolieran molinos o usurparan aguas, castigando este delito con gran severidad.

Esto revela que en cualquier tiempo el agua siempre se ha presentado como un bien de carácter común y público. Carácter que no fue reconocido y completamente desvirtuado en la época feudal en la cual todas las corrientes podían ser materia de disposición del príncipe o de los señores como cualquier otra cosa de su patrimonio.<sup>9</sup>

#### b.- El Fuero Viejo de Castilla.

Este código de la antigua nobleza española de la Edad Media, cuya fecha de codificación comenzó aproximadamente en el año 1212 y fue aprobado en 1356, trataba diferentes materias de aguas. Se refería así a los molinos impulsados con agua, los derechos preferenciales otorgados a antiguos dueños sobre los más recientes, sancionaba los daños producidos en instalaciones hidráulicas de terceros, regulaba la facultad que correspondía al dueño del molino para cortar las aguas cuando en él se hicieran obras.

En este sentido, la ley castellana determina el derecho preferente del antiguo propietario del molino, en relación con el más nuevo. Por este motivo se establece que ningún vecino puede dañar las instalaciones hidráulicas más antiguas de otro: quien causa daño no podría alegar que sólo pretendió usar su heredad.

Otra norma interesante es aquella que establece la facultad del dueño de un molino cuando esta instalación hidráulica se hubiere arruinado, de contener el agua que utilizan otros molinos por cierto plazo:

---

<sup>9</sup> Spota, Alberto G. Ibid. Pág. 235.

*“Si los molinos cayeran, e suo dueño los quier facer, puedel dueño del molino tener tajada el agua a los otros molinos fasta doce dias, e non deue pechar nada por este tiempo a los otros dueños de otros molinos”.*

Luego, la ley, remarcando el principio de que las obras hidráulicas realizadas por un vecino no deben perjudicar las instalaciones efectuadas en otras heredades señala:

*“E si molino quisier ome facer de nuevo en sua eredat, puédelo facer, non haciendo mal a los otros molinos, nin a las otras eredades agenas”.*

Cabe destacar que este código parece haber confundido la cosa pública, que pertenece a la nación y es administrada por el estado, con la propiedad que pertenecía exclusivamente a la Corona. Ya no es tan clara la clasificación que se había hecho en el derecho romano, que es mucho mas precisa que la realizada en los primeros códigos feudales o semif feudales, los que se caracterizaron por la confusión entre los conceptos de derecho público y de derecho privado.

Durante este período, el régimen de las aguas públicas vino a ser en cierto sentido privado....De intransferible que había sido en manos del imperio, o del pueblo romano, la propiedad de las aguas verdaderamente pública pasó....a la soberanía de los reyes, de las ciudades y de los señores, concesionarios, ocupantes o usurpadores...<sup>10</sup>

#### c.- El Fuero Real.

Este código terminado aproximadamente en el año 1255, fue uno de transición entre las leyes godas y los principios del derecho romano. En él se aprecia una mayor protección hacia las comunicaciones públicas; se encontraba explícitamente protegida la navegación fluvial; el Supremo Soberano tenía el rol de protector de las vías fluviales públicas. También se aprecia la importancia asignada a los “intereses

---

<sup>10</sup> Spota, Alberto G. Ibid. Pág 238.

sociales”, es decir, a los intereses de la navegación, por sobre los intereses individuales. También sancionaba, como en el Fuero Juzgo, la clausura de los grandes ríos.

d.- El Ordenamiento de Alcalá de Henares.

Se publicó en 1358, y según lo señalado por el autor Alberto G. Spota “ revelan una característica del último período del derecho feudal, la vigorización del poder del soberano, quien determina que ciertos aprovechamientos de las aguas constituyen “regalías suyas” .<sup>11</sup>

e.- El Código de Las Siete Partidas.

Hasta ahora, no aparecía de manera precisa una teoría legal clara sobre la condición jurídica de los ríos, por esto se ha dicho que la legislación castellana es, en este época feudal, de las más oscuras con respecto a la materia que nos interesa.

En este código, a diferencia de las anteriores compilaciones de leyes, se establece una condición jurídica de los ríos, y, en este sentido, se adopta, aunque parcialmente, el sistema establecido en el derecho romano.

Las Partidas, recopiladas alrededor del 1260, fueron la empresa más ambiciosa, hasta la fecha, tendiente a reemplazar las numerosas leyes locales por un sistema jurídico de tipo territorial. La influencia del derecho romano se aprecia en la división de las cosas que se hace con respecto al dominio. En este sentido se adopta la clasificación que se hace en el Código Romano de Alfonso X, el cual después de clasificar las cosas en comunes (*res comunes*), públicas (*res publicae*), cosas pertenecientes a las ciudades (*res universitates*), cosas privadas (*res private*) y cosas que no pertenecen a nadie, determinaba que entre las cosas comunes se comprendían el aire, las aguas lluvias, el mar y las playas o riberas de éste.

---

<sup>11</sup> Spota, Alberto G. Op. Cit. Pág. 239

Así, las Siete Partidas, contenían idéntico criterio e igual disposición considerando al aire, el agua de lluvia, el mar y sus costas entre las cosas comunes, pero esta ley no incluía a los aguas corrientes.

La Ley 6, título 28, Partida 3<sup>o</sup> define la ribera de mar:

*“ E todo aquel lugar es llamado ribera de la mar, quanto se cubre del agua della, quanto mas crece en todo el año, quier en tiempo del invierno o del verano”.*

No es difícil ver en esta definición legal de las playas marítimas la influencia de la definición contenida en las fuentes romanas, ya que en esencia, la ley de las partidas entiende por ribera marítima aquella zona sobre la cual llegan las aguas en toda época.

Así, el Código establecía:

*“Las cosas que comunalmente pertenescen a todas las criaturas que biuen en este mundo, son estas: el ayre, e las aguas de la lluvia, e el mar, e su ribera. Ca qualquier criatura que biua, puede usar de cada una destas cosas, según quel fuere menester. E porende tomo ome se puede aprovechar de la mar, e de su ribera, pescando, o navegando, e faziendo y todas las cosas que entendiere que a su pro son”.*

En relación a la condición jurídica de los ríos, el Código de las Siete Partidas expresa:

*“Los rios, e los puertos, e los caminos publicos pertenecen a todos los omes cominalmente; en tal manera que también pueden usar dellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran, e biuen en aquella tierra, do son”.*

Se aprecia que la ley no hace distinción para considerar públicos a los ríos en relación de si sus aguas son navegables o no.

Aquí se ve claramente la adopción del criterio romano en esta materia, ya que se consideran públicas a las corrientes perennes de cierta magnitud y consideradas por los vecinos como tal: *perennis, magnitudo y existimatio circun colentium*. Diferenciando la ley desde el punto de vista del dominio público o privado a las riberas externas.

En armonía con lo anterior, Gayo señalaba en su antigua Roma: “Es público por derecho de gentes el uso de las riberas, así como el del río mismo. Y así, cualquiera tiene libertad para acercarse a ellas, su nave, atar cuerdas de los árboles allí nacidos, tender a secar y extraer del mar las redes y acomodar en ellas alguna carga, así como navegar por el mismo río. Pero la propiedad es de aquellos con cuyos predios colindan; por cuya causa son también de los mismos, los árboles en ellos nacidos”.<sup>12</sup>

Se demuestra así, la vinculación entre el derecho justinianeo y el sistema de las Siete Partidas: los ríos, sin distinguir entre navegables y flotables, eran considerados públicos.

El hecho de entender que todos los ríos eran considerados públicos, no significa que navegables y no navegables estuvieran sometidas a igual reglamentación. En este sentido, se prohibió el uso de los ríos navegables que perjudicaran la navegación y también prohibía el uso de las riberas que son indispensables para que se pudieran realizar las comunicaciones fluviales. Pero estas limitaciones no regían para aquellos ríos que no eran susceptibles de servir como vía de comunicación. Así, se podía instalar artefactos hidráulicos ya sea en la propia heredad, en las del Rey o en las de las comunas. Pero el carácter de público de estos ríos, se revela en que la ley establecía una limitación muy importante: el molino debía ser hecho de tal modo que no ocasionare perjuicios a los otros vecinos, en el sentido de que el agua “*corra libremente según que era antes acostumbrada a correr*”.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Spota, Alberto G. Op. Cit. Pág. 244, nota al pie 373.

<sup>13</sup> Partida 3º, Título 32, Ley 18.

También se establecían restricciones a la propiedad, así la heredad inferior estaba sujeta a la restricción de soportar el descenso de las aguas que corren naturalmente por el fundo superior, con tal que no se proceda con ánimo nocendi. Pero la obligación del dueño del fundo inferior puede quedar modificada o suprimida si ha hecho obras cuya existencia fuera de diez años entre presentes o veinte entre ausentes, ya que, en ese caso, habría prescripción a favor del mismo y por falta de contradicción durante esos plazos del propietario a quien perjudicaban dichas obras.

En relación a la propiedad privada de las aguas, es decir, de aquellas aguas que los particulares derivaran de esos ríos, el Código de Alfonso X reconoció que la propiedad de las aguas subterráneas corresponde al dueño del fundo en el cual esas aguas fueron alumbradas. Ese derecho no admitía otro límite que su ejercicio con intención de dañar a los vecinos cortando las venas hídricas que alimentaban sus pozos. Pero, si ese ánimo nocendi faltaba, el hecho de que el agua de los pozos vecinos menguara o desapareciera, no era imputable al que había perforado el nuevo pozo en su propio fundo.

En ese punto, también se siguió la orientación romana. La Ley de las Siete Partidas se alejó de los elementos característicos del derecho feudal en cuanto a la confusión que existía en éste entre el poder público y el señorío o dominio territorial, ya que la Ley de las Siete Partidas siguió la orientación y los principios de la Ley Romana.

#### **1.d.- La Abolición del Régimen Feudal.**

Este período comienza desde mediados del siglo XVIII con la Instrucción de Intendentes Corregidores, del año 1749, hasta comienzos del siglo XIX, época en que el sistema feudal deja de primar.

El hecho que da comienzo al término del régimen feudal en materia de aguas es la creación de la Ley de Intendentes Corregidores. La tendencia a preservar las corrientes de aguas para el dominio y usos públicos comienza a revelarse con mayor

intensidad en el siglo XVIII. En esta época el rey Fernando VI otorga instrucción a los intendentes corregidores por medio de la Ordenanza de 13 de octubre de 1749, en la cual al explicar el motivo de la creación de las intendencias en las provincias, establece que los ingenieros se informaran particularmente con respecto a las calidades y temperamentos de las tierras que contiene cada provincia, de los montes, bosques, dehesas, de los ríos que se podrán comunicar, engrosar y hacer navegables.

Se revela de este modo, que el Gobierno Supremo se reserva la dirección o impulso de las obras necesarias para el aprovechamiento de las aguas públicas.

El otro hito importante en esta materia está dado por el rey Carlos III, quien otorga una nueva instrucción para los corregidores y alcaldes, en la cual se reproducía lo dicho por Fernando VI, agregando directrices para facilitar la fertilidad de los campos con el aprovechamiento de todas las aguas que puedan aplicarse en este beneficio.

Puede apreciarse, en consecuencia, el debilitamiento del poderío de los señores feudales, frente a la cada vez mayor omnipresencia del poder de la Corona, en cuanto a la regulación y administración de las corrientes de aguas.

### **1.e.- La Colonización Española.**

“Se ha dicho, y es una verdad histórica absolutamente comprobada, que el descubrimiento, conquista y colonización de América Española, fue una obra eminentemente popular.

Significa esto que en las expediciones descubridoras predominó el esfuerzo privado, individual, sobre la acción oficial del Estado. El título jurídico que sirvió de base a toda expedición de descubrimiento o nueva población fue la capitulación o



contrato otorgado entre la corona o sus representantes y el jefe de la expedición proyectada”.<sup>14</sup>

A pesar del incuestionable predominio de elementos privados en las primeras expediciones del descubrimiento, la presencia de la Corona Española se hizo manifiesta en las Indias desde un principio.

Los nuevos territorios descubiertos no se consideraron como meras factorías comerciales ni como depósitos de esclavos, sino que se incorporaron políticamente a la Corona de Castilla y se consideró a los aborígenes como vasallos de los Reyes de España.

En nombre de los Reyes- y no como Señores- obraron siempre Colón y sus continuadores y así fue como tomaron posesión jurídica de las tierras – y aún de los mares- que descubrían.<sup>15</sup>

El autor Alberto G. Spota, al respecto señala:

“El dominio que sobre las aguas poseyeron los incas y los aztecas pasó, con la conquista, a la Corona Española: las aguas, los montes y los pastos constituían “realengos”. Sabemos que esta clase de señorío implicaba un aspecto del régimen feudal imperante en España y sobre el cual el rey ejercía plenamente su autoridad. Ahora bien, estos “realengos”, es decir, estos bienes de la Real Corona, pertenecían al soberano..... Es en uso de ese derecho de dominio que los soberanos españoles regularon todo lo atinente con el uso de las aguas, lo cual, como veremos, nos autorizará a sentar esta trascendente conclusión; todas las aguas – y más especialmente, las corrientes de agua – eran bienes del soberano, y, por lo tanto, sometidas al uso común.”<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup>Ots y Capdequi, José María; El Estado Español en la Indias; Cuba, 1975. Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del libro. Pág. 9.

<sup>15</sup> Stewart, Daniel L. Ibid. Pág. 46.

<sup>16</sup> Spota, Alberto G. Op. Cit. Pág 260.

A pesar de este dominio soberano sobre las aguas, las primeras leyes de las Indias estuvieron fuertemente influenciadas por el carácter privado y contractual de las primeras expediciones, así como también por los amplios poderes otorgados a los jefes de esas empresas para que ellos se recompensaran a sí mismos y a sus compatriotas con las mercedes de tierra, aguas e indios, elementos todos que formaban parte del patrimonio real. Estos privilegios reales de los que gozaron los líderes de las expediciones hicieron que ellos confundieran sus propios intereses privados con los intereses públicos.

Era corriente recompensar al descubridor o nuevo poblador con grandes extensiones de tierras. Estaba facultado además, generalmente, para repartir tierras y solares entre los que le acompañaban, lo que quedaba establecido en las capitulaciones, donde se pactaban tales repartimientos. A veces se distinguía entre la propiedad de las tierras y la de las aguas. Así en una capitulación pactada con Gabriel de Socanes para la conquista de la Isla San Bernardo el año 1537 se declara expresamente:

*“...por la presente vos doy licencia y facultad para que os podáis aprovechar y aprovecheis del diezmo de las aguas que hay e hoviese en la dicha Isla, para los dichos vuestros ingenios y grangerías”.*<sup>17</sup>

Es importante destacar que en esta capitulación se concede expresamente solo el uso de aguas, pero en nada se refiere al dominio de las mismas. Este es el mayor problema que se presenta en la colonización: el hecho de permitir a los particulares adquirir dominio sobre aguas que corrieran libremente por cauces naturales.

Se puede ver que el derecho de propiedad otorgado en las aguas no es en nada claro, como tampoco lo es el hecho de si el derecho estaba o no sujeto a la condición de que el agua fuera usada solo para los propósitos mencionados en la capitulación.

---

<sup>17</sup> Ots y Capdequi, José María; Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho Propiamente Indiano. Buenos Aires, 1943. Pag. 222.

Esta incertidumbre se produce en gran medida debido a los amplios poderes que la Corona daba a los gobernadores para que éstos otorgaran las reparticiones, a lo que se debe sumar la confusión existente respecto de la naturaleza de las aguas corrientes en las Indias.

Esto puede apreciarse en la excepcional merced hecha por Hernán Cortés en Nueva España en 1529, la que, según el autor Ots y Capdequi, demuestra elementos subyacentes del derecho feudal y la confusión entre propiedad privada y poder público:

*.....por la presente vos hacemos merced, gracia y donación pura y perfecta y no rebocable, para agora e para siempre jamás de las villas e pueblos de.....con sus tierras.....montes y prados y pastos y aguas corrientes, estantes y manientes...para que todo ello sea vuestro e de vuestros herederos e subcesores.....y para que los podáis e puedan vender y dar donar y trocar.....<sup>18</sup>.*

Sin embargo fue recién en el año 1526 donde hubo un pronunciamiento respecto a las practicas de riego y a la distribución de aguas. En los pueblos indígenas el uso y la distribución de las aguas se regulaba atendiendo a un mejor aprovechamiento de las mismas y para el beneficio de la comunidad.<sup>19</sup>

Así lo señala la Orden Real de 1526, más tarde incorporada a la Recopilación, la cual determinaba lo siguiente:

*"Ordenamos que la misma órden que los indios tuvieron en la división y repartimiento de aguas, se guarde y practique entre los españoles en quien estuvieren repartidas y señaladas las tierras, y para esto intervengan los mismos naturales, que antes lo tenían a su cargo con cuyo parecer sean regadas, y se dé a cada uno el agua, que debe tener sucesivamente de uno en otro, pena de que al que*

---

<sup>18</sup> Stewart, Daniel L., Ibid. Pág. 50.

<sup>19</sup> Spota, Alberto G. Op. Cit. Pág. 279-280.

*quisiere preferir, y la tomara, y ocupare por su propia autoridad, le sea quitada, hasta que todos los inferiores á el rieguen las tierras, que estuvieron señaladas."*

Al parecer esta ley indica la existencia de un orden establecido en la distribución de aguas, en la cual cada persona debía recibir una cantidad de agua "sucesivamente de uno en otro". Los que violaran este orden establecido serían sancionados con la privación de su parte de agua hasta que los propietarios de aguas abajo hubieran recibidos las suyas.

A juicio del autor Daniel L. Stewart, el reconocimiento por parte de la Corona de este orden establecido, probablemente significa que la adquisición de derechos de agua por los colonos estaba sujeta a derechos previamente adquiridos.

Como anteriormente se dijo, las facultades amplias y bastantes vagas que la Corona otorgó a los jefes de las expediciones fue limitándose a través del tiempo. Fue así como en 1532 se dictó una Orden que después pasó a formar parte de la Recopilación de 1680 y que estipulo lo siguiente:

*"Los Virreyes y Audiencias vean lo que fuere de buena gobernación en quanto á los pastos, aguas y cosas públicas, y provean lo que fuere conveniente á la población, y perpetuidad de la tierra, y envíennos relación de lo proveido, executándolo entretanto que les constare de lo que hubiéramos determinado. Y ordenamos que entre partes hagan en esta metria justicia á quien la pidiere."*

Con esta Orden, se nombra a los Virreyes y Audiencias como administradores del patrimonio real y además les otorga jurisdicción para resolver los conflictos en los cuales se vieran involucrados las propiedades reales mencionadas en dicha Orden.

Fue finalmente en el año 1541, donde Carlos V declaró a todas las aguas de las Indias como propiedad común de sus habitantes.

Así fue reconocido en una Orden Real que más tarde pasó a ser la Ley V, Título XVIII, Libro IV de la Recopilación, la cual establecía lo siguiente:

*“Nos hemos ordenados, que los pastos, montes y aguas sean comunes en las Indias, y algunas personas sin título nuestro tiene ocupada muy grande término, y tierras en que no consientes que ninguno ponga corral, ni buhio, ni trayga allí su ganado; Mandamos que el uso de todos los pasto, montes, y aguas de las Provincias de las Indias, sean común á todos los vecinos de ellas, que ahora son, y después fueren para que los puedan gozar libremente....sin embargo de qualquier ordenanza, que si es necesario es para que quanto a esto las revocamos, y damos por ningunas y de ningun valor y efecto. Y ordenamos á todos los Consejos, justicias y Regidores, que guarden y cumplan y hagan cumplir y guardar lo contenido en esta nuestra ley y qualquier persona que lo estorbare, incurra en pena de cinco mil pesos en oro....y así se guarde donde no hubiere título, o merced nuestra, que otra cosa disponga”.*

Esta ley deja claramente establecido, primero, que las aguas son de dominio de la Corona Española, y que en consecuencia queda bajo su derecho de regalía y segundo, que esta Orden Real establece que las aguas estaban destinadas al uso común.

Este uso común se extendía tanto a los indios como a los españoles; por lo menos, esto es lo se dispuso en 1553 en la que más tarde fuera la Ley VII, Título XII, Libro IV, de la Recopilación:

*“Los montes, pastos, y aguas de los lugares, y montes contenidos en las mercedes, que estuvieren hechas, ó hiciéremos de Señoríos en las Indias, deben ser comunes á los Españoles é Indios. Y así mandamos a los Virreyes, y Audiencias, que lo hagan guardar, y cumplir”.*

El autor Alberto G. Spota, en relación a este tema, señala que queda entonces bien sentado que en el sistema de la legislación de Indias, las aguas susceptibles o no de permitir la navegación en ellas, constituían bienes de la Real Corona, o sea, realengos. En consecuencia, el dominio de las mismas jamás pudo pertenecer a los particulares, salvo las expresas concesiones que se hubieran efectuado.

Este autor señala que una de las cuestiones legales mas importantes durante el período colonial es el hecho de si se encontraba o no contemplada en las Leyes de Indias la “concesión expresa” de dominio sobre las aguas públicas. Este autor es de la opinión que estas concesiones si fueron contempladas en las Leyes de Indias, citando para tal efecto una orden de Carlos V dictada en 1532, la que posteriormente se convirtió en la Ley V, Título XII, Libro IV, de la Recopilación:

*"Habiéndose de repartir las tierras, aguas, abrevaderos, y pastos entre los que fueren á poblar los Virreyes, o Gobernadores, que de nos tuvieren facultad, hagan el repartimiento, con parecer de los Cabildos de las Ciudades, ó Villas teniendo consideración á que los Regidores sean preferidos, si no tuvieren tierras, y solares equivalentes; y á los Indios se les daxen sus tierras, heredades y pastos, de forma que no les falte lo necesario, y tengan todo el alivio y descanso posible para el sustento de sus casas y familia."*

Dos medidas reales tomadas posteriormente parecen confirmar esta posición: una ordenanza real publicada en 1563, más tarde incorporada a la Recopilación, la cual establecía que:

*"Ordenamos que si se presentare petición.....sobre repartimiento de aguas y tierras para ingenios, se presente ante el Virrey, o Presidente, y él la remita a Cabildo, que asimismo habiéndolo conferido, envíe á decir su parecer con un Regidor, para que visto por el Virrey o Presidente, provea lo que convenga."*

Y una ley dictada en 1568, la que después también pasó a formar parte de la Recopilación, la cual otorgaba amplios poderes a los Virreyes y Presidentes con respecto a su autoridad para conceder aguas, señalaba:

*"Si en lo ya descubierto de las Indias hubiere algunos sitios y comarcas tan buenos, que convenga fundar poblaciones, y algunas personas se aplicaren á hacer asentamientos, y vecindad en ellos, para que con más voluntad y utilidad lo puedan hacer, los Virreyes y Presidentes les dén en nuestro nombre tierras, solares y aguas,*

*conforme a la disposición de la tierra, con que no sea en perjuicio de terceros, y sea por el tiempo, que fuere nuestra voluntad".<sup>20</sup>*

Según lo señalado por el autor Daniel L. Stewart, Spota remarcó la idea de que concesiones de agua pudieron haber sido hechas en el período colonial, señalando que:

“Pero, en general, bien se puede concluir en esta materia expresando que en los repartos de tierra, con motivo de las fundaciones de los pueblos, dejábanse en calidad de realengos los ríos, bañados, lagunas, etc. Los reyes españoles se consideraron, en este sentido, sucesores de los derechos que correspondían a los pueblos aztecas, incas y otros de América; bien sabemos que en el régimen del calpulli o del ayllú, las aguas constituían bienes comunes a estos clanes. De ahí que, en cierto sentido, podría afirmarse que la conquista española no vino a modificar esta calificación jurídica de las aguas: las corrientes naturales, sin distinción entre continuas o discontinuas, navegables o innavigables, así como todos los lagos, eran de uso común”.

De acuerdo a la opinión de los autores antes citados, aparentemente se podía adquirir un “título” sobre las aguas públicas o de uso común por medio de esta “concesión expresa” de la cual nos habla el autor Alberto G. Spota. La verdad es que parece discutible que la Corona haya querido crear un instrumento, como es esta concesión expresa, la cual tuviera por fin que un particular pudiera adquirir un posible dominio sobre estas aguas públicas. Reafirma lo anterior el hecho de que en 1591 se dictó una Orden Real, tendiente a regularizar los casos en que grandes extensiones del patrimonio real estaban siendo ocupados sin que la Corona o las autoridades competentes hubieran otorgado el título correspondiente para esta ocupación. Con el fin de recuperar estos realengos se dictó esta Orden Real que más tarde pasó a formar parte de la Recopilación de 1680, la cual señalaba que:

---

<sup>20</sup> Stewart, Daniel L. Ibid. Pág. 53.

*"Por habernos sucedido enteramente en el señorío de las Indias y pertenecer a nuestro patrimonio y corona real los valdíos, suelos y tierras, que no estuvieren concedidos por los señores reyes nuestros predecesores ó por nos, ó en nuestro nombre, conviene que toda la tierra, que se posee sin justos y verdaderos títulos se nos restituya, según y como nos pertenece, para que reservando ante todas cosas lo que a nos, ó a los virreyes, audiencias y gobernadores pareciere necesario para plazas, exidos, propios, pastos y valdíos de los lugares y consejos, que están poblados así por lo que toca al estado presente en que se hallan, como al provenir, y al aumento que pueden tener, y repartiendo á los indios lo que buenamente hubieren menester para labrar, y hacer sus cementseras y crianzas, confirmándoles en lo que ahora tienen. Toda la demás tierra quede y esté libre y desembarazada para hacer merced, y disponer de ella a nuestra voluntad. Por todo lo cual ordenamos y mandamos a virreyes y presidentes de audiencias pretoriales, que cuando les pareciere, señalen término competente para que los poseedores exhiban ante ellos...los títulos y recaudos o justa prescripción poseyeren, se nos vuelvan y restituyan las demás para disponer de ellas a nuestra voluntad."*

Se puede apreciar que en esta Orden Real solo se refiere a los “ valdíos, suelos y tierras, que no estuvieren concedidos”, pero en ninguna parte hace mención respecto de aguas que hayan sido poseídas “ sin justo y verdaderos títulos”, como tampoco dice que deban ser restituidos a la Corona.

La explicación a esta omisión debe ser entendida en el hecho de que, como anteriormente se señaló, Carlos V en una Orden Real del año 1541 elevó a principio la declaración de que todas las aguas eran bienes de la Corona y las colocó en la categoría de uso común, uso que debían respetar tanto conquistadores como conquistados y estando elevadas a la categoría de bienes de la Corona y de uso común, no podrían haber sido poseídas con justos y verdaderos títulos y menos aún sin título por un particular.



Importante es destacar aquí la opinión que recoge el autor Daniel L. Stewart de don Lazo de la Vega, quien señala, citando la doctrina de Avendaño en su *Thesaurus Indicus*, que las aguas que se originan en un terreno son concedidas junto con él, como parte o frutos de esas tierras. Así fue como algunas de las aguas de Nueva España pasaron del real patrimonio a aquellos que habían recibido mercedes de la corona.

El trozo citado de Avendaño se refería a “las fuentes” y “los manantiales”, diciendo que éstos son “ de ellos a quienes la tierra, dentro de la cual se tienen su orígenes, pertenece”.

Lo importante de esta cuestión, señala Daniel L. Stewart, es decidir que “derecho” incluía la palabra “son”, si acaso era un derecho de uso o de dominio de las aguas mismas. Aunque la respuesta para esta interrogante no pudo ser determinada para Chile durante la época colonial, en el Código Civil de 1855 se concedía el “dominio” de ciertos pequeños cursos de aguas a particulares.

En relación a la regularización de la utilización de las aguas, cabe destacar que, como ya se dijera, los pueblos indígenas regulaban el uso y la distribución de las aguas de acuerdo a lo que ellos consideraban su uso en beneficio de la comunidad, criterio que en la época de la conquista no tuvo mayores cambios. Así la Ley XI, Título XVII, Libro IV de la Recopilación de 1680, ordenaba:

*“...que el mismo orden que los indios tuvieron en la división y repartimiento de aguas se guarde y practique entre los españoles...y para esto intervengan los mismos naturales, que antes lo tenían a su cargo...y se dé a cada uno el agua, que debe tener sucesivamente de uno en otro”.*

En relación a los problemas que se pudieran suscitar con motivo de su utilización como agua de regadío, la Ley IX señalaba que:

*“Los Virreyes y Audiencias vean lo que fuere de buena gobernación en cuanto a las aguas...y vean lo que fuere conveniente a la población y perpetuidad de la tierra.....y ordenamos que entre partes hagan en esta materia justicia a quien la pidiere”.*

Según Daniel L. Stewart, dada la importancia que se atribuía a las aguas durante la colonia, se puede deducir que el gobierno debió haberse preocupado de regularlas. Por ejemplo, en 1612 una Orden Real, después incorporada a la Recopilación como Ley XIII, Título XII, Libro IX, distinguía entre tierras de regadío y las no regables:

*“Ordenamos á los Virreyes que se informen de las tierras, que hubiere de regadío, y ordenen que se saquen de ellas los ganados, y siembre de trigo, sino tuvieren los dueños títulos para tener estancias de esta calidad”.*

Sin embargo fue en el año 1563 donde Felipe II dictó una Ordenanza sobre las aguas en la que se establecía que las autoridades competentes nombrarían jueces de aguas, los que debían repartir a los indios la cantidad de agua necesaria para el riego de sus cultivos y el abrevado de sus animales. Una vez hecha la distribución, los jueces tenían que dar cuenta al virrey o al presidente. Además, se agregaba que en las causas que debían ser decididas por esos jueces, se admitía un recurso de apelación ante la audiencia, pero que por la rapidez que era necesaria en el despacho de esas causas, el juez podía ordenar la ejecución de su sentencia aun cuando la apelación estuviere pendiente.

Esta Ordenanza, incorporada más tarde en la Recopilación de 1680 como la Ley LXIII, Título II, Libro III, dispone que:

*“Ordenamos que los Acuerdos de las Audiencias nombren jueces si no estuviere en costumbre, que nombre el Virrey, o Presidente, Ciudad y Cabildo, que reparten las aguas a los Indios, para que rieguen sus chacras, huertas y sementeras, y*

*abreven los ganados, los quales sean tales, que no les haga agravio, y repartan las que hubiere menester...Y mandamos que estos jueces no vayan a costa de los indios, y en las causas de que conocieren, si se apelare de sus sentencias, se execute lo que la Audiencia determinare, sin embargo de suplicación, por la brevedad que requieren estas causas; y si executando suplicaren las partes, los admita la Audiencia en grado de revista, y determine lo que fuere justicia”.*

Para finalizar este primer punto de la colonización española y su influencia en los pueblos conquistado, citaremos lo dicho por el argentino Alberto G. Spota, quien señala:

“Para los países que, como el nuestro, formaron parte de las colonias americanas pertenecientes a España, las Leyes de Indias constituyen el documento legislativo que, en primer término, debe consultarse. Si bien es cierto que la evolución del derecho español estuvo orientada en el sentido de considerar públicas, o de uso común a las aguas corrientes, ese principio, como lo hemos visto y salvo lo que resulta del sistema romano adoptado por las leyes de Partidas, sólo se impuso en época reciente y después de haber concluido en los principales países de América la dominación española. Por el contrario, la legislación de Indias elevó a principio la declaración de que todas las aguas eran bienes de la Real Corona o, empleando un lenguaje adecuado a nuestro derecho patrio, bienes del dominio público. Agréguese a ese gran principio el hecho de que las Leyes de Indias tenían preferente aplicación en América y fácil será deducir la importancia que este antecedente tiene. Pruébalo ello, además la consideración de que los Códigos de los países que estuvieron sometidos a España adoptaron tan fundamental norma. El Código Civil chileno ya había adoptado el principio de acuerdo al proyecto de Andrés Bello.”<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Spota, Alberto. Op. Cit. Pág. 281.

## **2.- DISPOSICIONES LEGALES ANTERIORES AL CÓDIGO CIVIL DE 1855.**

Con respecto a la normativa que tuvo aplicación en materia de aguas en nuestro país antes de comenzar a regir el Código Civil de 1855, se debe hacer mención a las siguientes normas:

### **2.a.- Decreto Supremo de 18 de noviembre de 1819.**

Se trata de la primera disposición legal promulgada por el Gobierno de la República de Chile con respecto a las aguas de la nación, dictada por Bernardo O'Higgins, el 18 de noviembre de 1819, que establecía:

“Conformándose con lo acordado por el Excmo. Senado en cinco del corriente, vengo en declarar por regla general: que el regador<sup>22</sup>, bien sea del Canal del Maipo o de cualquiera otros ríos, se compondrá en delante de una sesma de alto- seis pulgadas españolas- y de una cuarta de nacho – nueve pulgadas- con el desnivel de quince pulgadas, el que se aprecia en 750 pesos, cuya venta sólo se verificará en dinero de contado: previniéndose que, así como el que necesitase menos, nunca podrá bajar de la mitad: y que los marcos y boca-tomas serán de cuenta del comprador quedando al cuidado del Gobierno el nombrar persona de su satisfacción, que señale el lugar donde debe fijarse el marco y abrirse la boca-toma con el declive insinuado. También se declaran libre los razgos o tránsitos de las aguas por cualquier terreno que pasen o sea conveniente al comprador, a no ser que por aquellos donde haya planteles, en cuyo caso éstos podrán convenirse con el propietario”.

Se trata como se puede apreciar, de una norma bastante vaga, ya que podría interpretarse que existiría una forma de enajenar una parte de la corriente de agua conducida por un río, como si se tratara de una compraventa, en la cual se encuentra

---

<sup>22</sup> Regador de Agua: Esta frase tiene como origen la costumbre de los campesinos de llamar así a la porción de aguas que un peón podía manejar sacándola de la acequia para regar los potreros.

establecido el valor a pagar ( 750 pesos), por la cantidad específica de agua señalada. O también se podría señalar que solamente se trata de un derecho de uso sobre esta cantidad específica de agua, o si es acaso un derecho que se otorga para ciertos usos determinados y limitados. Tampoco se señala si esta venta o uso es a perpetuidad o si es por un tiempo determinado.

Otra disposición interesante en este decreto supremo es que incorpora la servidumbre legal de acueducto: sólo en el caso de que el correr del agua a través de las tierras de un tercero, causara un daño para los “planteles” de éste, debía el comprador de un regador llegar a un acuerdo con el propietario de dicho terreno; de otro modo, el comprador podía llevar “sus aguas” a través de las tierras de otro en la forma que le fuera más conveniente.

## **2.b.- La Ley de Municipalidades de 8 de septiembre de 1854.**

De esta Ley de Municipalidades son dos los artículos que merecen especial interés:

El artículo 118, que disponía:

“Los ríos y demás corrientes de agua del uso común de los habitantes, están sujetos a la acción de las Municipalidades, en cuanto a establecer reglas para el buen uso de las aguas, mientras corran por el cauce natural y ordinario, y para determinar jeneralmente la forma y seguridades con que deben construirse las tomas o los marcos de las acequias o canales que de dichos ríos se sacaren.

Sacada el agua de la corriente común, sólo quedará sujeta a la acción municipal en cuanto lo exigieren las reglas jenerales de policía, de salubridad y las que se dictaren para mantener espedito el tránsito por los caminos del departamento o territorio municipal.

Las mercedes o permisos para sacar agua de un río, o estero, corresponden al jefe del departamento en que el saque o toma haya de establecerse, sin que en virtud de estas mercedes se adquiriera más derecho que el que corresponda por las leyes comunes, atendidas la antigüedad y preferencia en la merced entre los varios interesados.”

El otro artículo destacable es el 119, que establecía:

“El dictar reglas de policía respecto de los ríos que dividan departamentos o provincias, sobre actos que no sean el simple uso de las riberas, corresponde al Presidente de la República, y si esas reglas recayesen sobre la policía de navegación de los mismos u otro uso semejante, y se asignase penas de policía deberá procederse con acuerdo del Consejo de Estado.”

Pareciera ser que los legisladores consideraron todos los ríos como de uso común para todos los habitantes, es decir, como pertenecientes a la nación. Se destaca también que se otorga a las municipalidades la jurisdicción para administrar esta agua comunes, con la excepción de lo señalado en el artículo 119, que establece una jurisdicción especial al Presidente de la República para el caso allí señalado. Otro punto relevante es el hecho de que se otorga al Gobernador del Departamento donde se haga la toma de agua, la competencia para otorgar mercedes de aguas. Esta ley da a entender que para extraer agua de un río, necesariamente se debe ser titular de una merced o tener permiso para hacerlo.

Esta misma ley establece una limitación al jefe o gobernador del departamento para otorgar estas mercedes de aguas que se encuentra establecida en el artículo 118, ya que esta autoridad puede otorgar una merced o permiso para sacar agua pero sin que este hecho establezca más derechos que el que corresponde por las leyes comunes atendida la antigüedad y preferencia en la merced entre los varios interesados. Lamentablemente no se especifica a que ley común se esta haciendo referencia o qué derechos se podían adquirir bajo estas leyes.

### **3.- EL CÓDIGO CIVIL DE 1855.**

#### **3.a.- Aspectos relevantes del Código Civil de 1855 en materia de aguas.**

La importancia de este Código, es que fue el primer cuerpo de leyes codificado, de nuestro país, que reguló acerca de la materia de las aguas. Al respecto, lo más relevante es que el Código Civil de 1855 realizó la siguiente clasificación de las aguas:

##### **a.- Clasificación de las Aguas.**

Este código establecía tres clases de aguas:

- a.- aguas comunes a todos los hombres,
- b.- aguas nacionales de uso público, y
- c.- aguas de dominio privado.

El código en mención establece un principio rector respecto de las aguas superficiales, el cual se encontraba establecido en el artículo 595, que señala:

“Los ríos y todas las aguas que corren por causas naturales, son bienes nacionales de uso público”. A tal principio el mismo código establecía una excepción especificada en el inciso segundo: “ Exceptúanse las vertientes que nacen 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”.

Como se puede apreciar, este principio rector regía respecto de las aguas superficiales dada la importancia que este tipo de agua tenía para la agricultura. Con respecto a las aguas subterráneas, este código las trato, en menor medida, ya que la única disposición que al respecto existía es el artículo 945 que señalaba:

“Cualquiera puede cavar en el suelo propio un pozo, pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo.”

Según los autores Pedro Lira Urquieta y Lorenzo de la Maza, señalan que en general se acepta que las aguas subterráneas son de dominio privado del dueño del terreno donde afloran a la superficie. La posesión de ellas, por consiguiente, ofrece iguales particularidades que la posesión de las aguas detenidas de dominio privado que se encuentran en la superficie. De ahí que sea innecesario referirse especialmente a la posesión de estas aguas subterráneas.<sup>23</sup>

También la distinción entre público y privado se hizo con respecto a las aguas no corrientes:

“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 riberanos”.

La clasificación hecha por el código de los ríos y otros cursos de aguas que no nacían y morían dentro de una misma heredad, como bienes nacionales de uso público, parece estar de acuerdo con la clasificación del derecho colonial y con aquella que hacía la ley de Municipalidades de 1854, la que en su artículo 118 se refería a los ríos como “... de uso común de los habitantes...”. Las aguas de uso común de los habitantes de una nación eran consideradas diferentes de aquellas aguas que, por su naturaleza misma, eran comunes a todos los hombres, prescindiendo de su nacionalidad o de su lugar de residencia.

En el artículo 585 del Código se expresa explícitamente la naturaleza jurídica de las cosas comunes (res comunes):

---

<sup>23</sup> Lira- de la Maza. Régimen Legal de las Aguas en Chile. Santiago, 1940. Editorial Nascimento. Págs. 18-21.



“Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene el derecho de apropiárselas.

Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el Derecho Internacional.”

Lamentablemente los ideólogos del Código de 1855 no fueron explícitos al definir la naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público, a diferencia de lo hecho con los bienes o cosas comunes y de la propiedad privada, lo que creó en definitiva muchas confusiones doctrinales importantes respecto al carácter jurídico de las aguas públicas y de los derechos que sobre ellas podían adquirir particulares, ya que se vio que este Código niega a los particulares el poder apropiarse de la propiedad común.

Según el autor Daniel L. Stewart, en este punto es importante comparar ese lenguaje con el que se utiliza en el artículo 589 para describir la propiedad nacional de uso público:

“Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llama bienes del Estado o bienes fiscales”.

Daniel L. Stewart, señala que según este artículo, el dominio de los bienes nacionales pertenecían a la nación entera; haciéndose la distinción entre bienes del Estado y bienes públicos de acuerdo a si el uso de los bienes pertenecían o no, en general, a todos los habitantes de la nación. Pero el artículo no señala claramente si acaso la propiedad nacional de uso público y del Estado podía ser prescrita, enajenada o usada por particulares. En otras palabras, el artículo 589, a diferencia

del artículo 585, no expone claramente los derechos que un particular podía adquirir, si es que le era posible adquirirlos del todo, sobre los dos tipos de propiedad nacional ahí definidos. Pero no obstante esta omisión, nunca se ha discutido en la jurisprudencia chilena el poder del Estado para regular y disponer de la propiedad por éste como bienes del Estado o bienes fiscales.

Agrega Stewart, que el artículo 602 del mismo Código, se refería específicamente a la enajenación de tierras de dominio público, puesto que en este artículo se disponía lo siguiente:

“ Sobre las obras que con permiso de la autoridad competente se construyan en sitios de propiedad nacional, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo.

Abandonadas las obras, o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo por el ministerio de la ley al uso y goce privativo del Estado, o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana.

Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por el Estado”.

Este artículo parece concordar con las Leyes de Indias en cuanto a que, por medio de una merced expresa, a una persona privada le era permitido adquirir bienes de dominio público. Es necesario recalcar, eso sí, que no era suficiente que el Estado permitiera el uso y goce de propiedad nacional, ya que sin una concesión expresa de propiedad del suelo ningún individuo podía legalmente reclamar como suya una parte del dominio público. Más aún, el artículo 44, N°3 de la Constitución Política de 1925, expresamente autoriza al Congreso Nacional para enajenar, arrendar y conceder por más de veinte años...”bienes del Estado o de las Municipalidades”.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Stewart, Daniel L. Op. Cit. Págs. 64-65.

En el Código de 1855 no existía ningún artículo que se refiriera expresamente a la enajenación del Estado de las aguas denominadas públicas. Esto debido a que una característica esencial de los bienes nacionales de uso público es que por su naturaleza son inalienables e imprescriptibles, en consecuencia, se encuentran fuera del comercio humano.

Según el autor argentino Alberto G. Spota, el principio que sostiene que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, se deriva del derecho y se confirma por doctrinas y jurisprudencia. No hay ningún precepto legal que abarque estas cualidades, pero de distintos preceptos del derecho civil se desprende claramente que es imposible adquirir por usucapión el dominio de propiedad pública. Por tanto, los particulares podían adquirir por usucapión aquellos bienes de propiedad privada, del Estado o de las Municipalidades. Por el contrario, la propiedad pública no está sujeta a esta forma de adquisición de dominio por lo menos mientras permanezca como tal, es decir, mientras no haya modificado de sus fines que lo coloque en las esferas del derecho privado. Esa modificación sólo puede ocurrir a través de un acto formal de la administración o del legislador, de otro modo, se abrirían las puertas a la usurpación por particulares, de la propiedad sujeta a uso público.

La enajenación o cualquier otro acto que suponga disponer de las cosas públicas, sólo cabe cuando haya una declaración formal, que siga los procedimientos legales pertinentes de que las cosas públicas no continúan siendo tales.<sup>25</sup>

#### **b.- Derechos sobre las aguas nacionales de uso público.**

Para determinar los derechos que los particulares podían adquirir sobre las aguas nacionales de uso público, es necesario examinar las disposiciones del Código y también algunas normas posteriores al Código de 1855.

---

<sup>25</sup> Spota, en comentario de D. Stewart. Ibid. Pág. 66, nota 10.

El Código Civil de 1855 reconocía tres tipos de derechos que los particulares podían tener sobre las aguas públicas de la Nación:

- 1) Derechos legalmente adquiridos con anterioridad al Código Civil;
- 2) Uso que podía hacer el dueño de una heredad por la que corría o que era bordeada por un curso de agua público, es decir, uso riberano, y
- 3) Uso o aprovechamiento por parte de aquellos que estuvieran en posesión de una merced o concesión otorgada por la autoridad respectiva.

#### 1.- Derechos legalmente adquiridos con anterioridad al Código Civil.

El artículo 605 del Código era bastante explícito con respecto a los derechos adquiridos antes de la promulgación del Código, el cual establecía:

“No obstante lo prevenido en este título y en el de la accesión relativamente al dominio de la nación sobre ríos, lagos e islas, subsistirán en ellos los derechos adquiridos por particulares antes de la promulgación de este Código”.

Los derechos de aguas obtenidos por particulares antes de que fuera promulgado el Código Civil eran aparentemente de dos clases: por un lado, los derechos adquiridos pudieron haber sido, simplemente, los de uso de aguas públicas, sin que nunca se llegara a tener dominio sobre ellas, mientras que por el otro, los derechos bien pudieron referirse al dominio sobre aguas, que, de otro modo hubieran sido clasificadas como bienes nacionales de uso público. Fuere cual fuere la naturaleza de los derechos previamente adquiridos, y desafortunadamente la posible distinción entre los dos tipos no aparece en el Código mismo, según la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes del 7 de octubre de 1861, ellos tuvieron que estar sometidos, en lo referente a sus goces y cargas y, además, en cuanto a su extinción, al Código Civil y a las normas de la legislación posterior en materia de aguas.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Ver Lira- De La Maza. Ibid. Págs. 87-88.

Se podría señalar que cualquier persona que reclamare como válido un derecho de uso o dominio, sobre aguas que hubieren sido declaradas bienes nacionales de uso público, teóricamente tendrá que haber demostrado que era efectivamente posible adquirir tal derecho o dominio, y que él o sus antecesores legalmente adquirieron tal derecho o dominio. Desgraciadamente, en la práctica, la acumulación de pruebas adecuadas que demostraran la validez de un derecho de uso adquirido hace más de un siglo, podría presentar problemas insuperables.

2.- Uso que podía hacer el dueño de una heredad por la que corría o que era bordeada por un curso de agua público, es decir, derechos de uso riberano.

Los artículos 834 al 837 del Código Civil, contenidos en el libro II, Título XI, Párrafo 1: “De las Servidumbres Naturales”, más lo establecido en el artículo 944, otorgaban a los propietarios riberanos un verdadero derecho de uso sobre las aguas naturales.

El artículo 834 dispone la regla general, ya que señala:

“El dueño de una heredad puede hacer, de las aguas que corren naturalmente por ella, aunque no sean de su dominio privado, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego de la misma heredad, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas y abrevar a sus animales.

Pero aunque el dueño pueda servirse de dichas aguas, deberá hacer volver el sobrante al acostumbrado cauce a su salida del fundo.”

Este derecho que se otorga a los propietarios riberanos no se entiende que excluya los derechos de aquellos propietarios no riberanos para que puedan sacar canales de los cauces naturales.

Respecto de los usuarios que no poseían derechos de aguas previamente adquiridos, el artículo 834 del Código Civil daba una clara preferencia a los riberanos.

Este derecho era el resultado de la calidad de propietario riberano o de que una heredad fuera atravesada por un cauce natural, en consecuencia, era necesario tener estas características para poder hacer uso del derecho de aprovechamiento que la ley concede. Solo era necesario tener esos requisitos para hacer uso de este derecho sin necesidad de ningún permiso, ni de mercedes o concesiones especiales. Bastaba, en consecuencia, la calidad de ser dueño de una heredad atravesada o circundada por el cauce natural.

Por otro lado el artículo 944 disponía:

“El que quisiere construir un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades o a otro ingenio, molino, o establecimiento industrial, y que no corren por un cauce artificial construido a expensa ajena, podrá hacerlo en su propio suelo o en suelo ajeno con permiso del dueño; con tal que no tuerza o menoscabe las aguas en perjuicio de aquellos que ya han levantado obras aparentes con el objeto de servirse de dichas aguas, que de cualquier otro modo hayan adquirido el derecho de aprovecharse de ellas”.

Aunque el artículo 834 se refería específicamente a sólo cuatro usos: necesidades domésticas, riego de una propiedad riberana, generación de energía y abrevado de animales, los términos del artículo 944 implican que la lista del artículo 834 era más bien indicativa que taxativa.<sup>27</sup>

Con todo, al aparecer, el dueño riberano no tenía derecho a usar una cantidad mayor de estas aguas públicas de la nación que aquella necesaria y suficiente para satisfacer los usos anteriormente indicados, ya que el artículo 834 nos habla de usos convenientes, es decir, un uso útil, provechoso y proporcionado al fin perseguido. Aunque en la práctica es difícil determinar con exactitud este “uso conveniente”, también da a confusión el hecho de interpretar la obligación que se impone al

---

<sup>27</sup> Stewart, Daniel L. Op. Cit. Pág. 69, nota 14.

propietario riberano de devolver al cauce natural, “ el sobrante”, una vez terminado el uso de las aguas en el riego de sus tierras.

Según Daniel L. Stewart, existen dos puntos de vista para entender esta obligación. Según un punto de vista, un regante no podía disponer a su voluntad de aguas sobrantes o derrames, sino que tenía que devolverlos al cauce natural. El otro punto de vista, plantea la posición de que el dueño de una heredad podía transferir a otro la facultad de aprovechar sus derrames, es decir, que el dueño de una heredad podía aprovechar sus sobrantes como quisiera, incluso transfiriendo a otros, por contrato, parte de los mismos.<sup>28</sup>

Con respecto a las aguas que corrían entre dos heredades el artículo 836 disponía:

“ El uso de las aguas que corren por entre dos heredades corresponde en común a los dos riberos, con las mismas limitaciones, y será reglado en caso de disputa por la autoridad competente, tomándose en consideración los derechos adquiridos por prescripción u otro título, como en el caso del artículo precedente.”

Se puede apreciar en este artículo, que el legislador no estableció, en el caso de los propietarios riberos entre cuyas tierras corre el cauce, las preferencias que se pueden apreciar en el artículo 834. Por el contrario, se establece que el uso de las aguas corresponde en común a los dos riberos, es decir, los dueños de ambas riberas tienen igual derecho para usar las aguas que corren por entre las dos heredades y que en consecuencia ambos propietarios están sujetos a las mismas e iguales limitaciones.

Con respecto al derecho de prescripción al cual se hace alusión se refiere a la posible prescripción de un propietario en contra de otro y no en contra del Estado, en virtud de que las aguas públicas eran imprescriptibles.

---

<sup>28</sup> Stewart, Daniel L. Ibid. Pág. 72.

A su vez, el artículo 835 señala una serie de limitaciones a las que se encontraba sujeto el dueño de una heredad respecto del uso de las aguas que corren por ella.

### 3.- Las Mercedes otorgadas por la Autoridad Competente.

Se trata del último derecho sobre las aguas públicas mencionado por el Código Civil.

Este derecho aparece reconocido en el artículo 860 que establece:

“Las mercedes de agua que se conceden por autoridad competente, se entenderán sin perjuicio de derechos anteriormente adquiridos por ellas”.

Se puede ver que lamentablemente este artículo es bastante vago ya que no precisa los usos para los cuales se otorgaba la merced, bajo qué condiciones ni cuales eran las autoridades competentes. Lo que queda claro de esta disposición es que el Código reconoce que las mercedes eran un medio para poder adquirir derechos de aguas, donde no se fijaba plazos ni condiciones y que sólo se ven limitadas en el hecho de no ir en perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos sobre las mismas aguas.

Esta merced puede ser definida como “...el permiso concedido por la autoridad competente para extraer de los ríos y demás corrientes naturales consideradas como bienes nacionales de uso público, las aguas necesarias para usos agrícolas, industriales o fabriles”.<sup>29</sup>

Según la jurisprudencia, la merced autorizaba al concesionario para usar y gozar de las aguas, sin más trámites ni formalidades, dentro de los términos de su merced

---

<sup>29</sup> Definición dada por Alfredo Barros Errázuriz; Curso de Derecho Civil, Tomo I, pág. 396, citado por Daniel L. Stewart. Op. Cit. Pág. 82.



y con la limitante establecida en el artículo 836 de no perjudicar derechos anteriormente adquiridos en las mismas aguas.

En consecuencia, se debe buscar en la merced misma, las características de derecho que se está entregando por medio de ella, sus usos y abusos, plazos, condiciones, limitaciones a su transferencia y transmisión, limitaciones, caducidad o extinción.

Es decir, sólo a través del estudio del título de derecho de cada persona en particular era posible establecer el alcance, en términos absolutos o relativos de ese derecho.<sup>30</sup>

En relación a la autoridad competente para otorgar las mercedes de tierra, al parecer sería el gobernador del departamento en el cual estaban localizadas las tomas de los canales. Esto según lo establecido la Ley de Municipalidades del 8 de septiembre de 1854, en su artículo 118, inciso tercero, aunque con la posterior dictación de leyes y reglamentos, esta potestad de otorgar mercedes paso a ser algo confuso.

Otro punto interesante, es el hecho de la relación entre las mercedes y los derechos riberanos concedidos por los artículos 834 y 835 del Código Civil. De lo tratado, se desprende que las mayores diferencias entre los derechos adquiridos mediante una merced y aquellos adquiridos a través de la calidad de riberano no residía tanto en el carácter intrínseco de los derechos sino en la forma en que éstos eran obtenidos. Parece que el Código otorgó a los propietarios riberanos un derecho preferencial al uso de esas aguas, en cuanto ellos no necesitaban de ningún permiso especial para poder utilizar dichas aguas. Por otro lado los dueños no riberanos también podían a adquirir un derecho de uso sobre aguas públicas, pero previa obtención del permiso requerido para hacerlo o que hubiesen adquirido por prescripción el derecho de uso de otro particular.

---

<sup>30</sup> Stewart, Daniel L. Op Cit. Pág. 86.

A pesar de esta preferencia por los propietarios riberanos y en los del caso anterior- no riberano- la merced tenía ciertas ventajas, sobre todo si se considera que las aguas nacionales de uso público que se desviaban por un canal artificial mediante una merced otorgada por la autoridad competente, terminaban de ser propiedad del Estado y pasaban a ser de dominio particular con todas las protecciones de la propiedad privada.

Para terminar este breve análisis de las disposiciones más importantes que el Código Civil de 1855 establecía en materia de aguas, señalo el mensaje que se acompañó al proyecto del código presentado por el Presidente Manuel Montt al congreso el día 22 de noviembre de 1855, quien manifestó lo siguiente:

“En la interesante materia de las servidumbres se ha seguido, se puede decir, paso a paso el Código Civil Francés. Para la servidumbre legal de acueducto, nos ha servido principalmente de modelo el Código Civil de Cerdeña, único, creo, de los conocidos, que ha sancionado el mismo principio que nuestro memorable decreto de 18 de noviembre de 1819, que ha avasallado a la agricultura tantos terrenos que la naturaleza parecía haber condenado a una esterilidad perpetua. Pero en este punto, como el código que le ha servido de guía, 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”<sup>31</sup>.

#### **4.- DISPOSICIONES POSTERIORES AL CÓDIGO CIVIL DE 1855.**

##### **4.a.- Ordenanza General de 3 de enero de 1872.**

Ni la Ley de Municipalidades de 1854, ni el Código Civil de 1855 dispusieron medidas administrativas destinadas a regular los conflictos que pudieran presentarse entre municipalidades por cuyos territorios corre un mismo río. La primera norma al

---

<sup>31</sup> Mensaje del Presidente Manuel Montt al Congreso Chileno, proponiendo la aprobación del Código Civil, citado por Stewart, Daniel L. Pág. 61.

parecer que viene en regular esta clase de conflictos es la dictada por el Presidente Errázuriz quien el de 3 de enero de 1872 dictó una Ordenanza para la distribución de las aguas de los ríos que dividen provincias o departamentos, en los casos de escasez.

El objetivo de esta Ordenanza aparece claramente establecido en su artículo primero:

“ Cuando sobrevenga escasez de agua en los ríos que dividen departamentos o provincias, de manera que sea necesario para el buen arreglo someterlos a turno, se procedería a hacer la distribución de sus aguas entre los canales de una y otra ribera, haciéndose el repartimiento de la manera más equitativa posible y en proporción a la cantidad de agua que ordinariamente haya llevado a cada canal. Tendrán parte en esta distribución todos aquellos canales que tengan título o merced concedida por la autoridad competente, aquellos cuyos derechos hubiesen sido declarados por los Tribunales de Justicia, o se encontrasen reconocidos sin contradicción, y los que tengan en su favor el título de la posesión, todos con las limitaciones que se indicarán más adelante”.

Se puede apreciar que todos los canalistas que entraban a este tipo de prorratio de las aguas lo hacían con iguales derechos, haciéndose el repartimiento de las aguas de la forma más equitativa posible. A esta repartición entran no solamente los propietarios riberanos o los que son titulares de una merced, sino también, todos aquellos que siendo no riberanos son canalistas por medio de una merced, por declaración de un Tribunal de Justicia, por un título de posesión o porque su derecho se encuentra reconocido sin contradicción.

La regla general entre los canalista era la de igualdad entre todos los canales, con la única excepción de aquellos canales que hubieran sido declarados por los tribunales como preferentes, los cuales tendrían esta preferencia respetada en el reparto de las aguas en los turnos.

La autoridad competente para declarar que los ríos iban a estar sujetos a turno era el Presidente de la República. Las autoridades ejecutivas locales, como Gobernadores o Intendentes, según quien tuviere en su jurisdicción el caso correspondiente podían aconsejar al Presidente en cuanto a la conveniencia de establecer los turnos y suspenderlos, atendida la escasez o abundancia de las aguas.

El artículo 9° de la Ordenanza establecía la obligación de que una vez declarado un río sujeto a turno, el dueño o dueños de cada canal servido por ese río, debía comunicar al Intendente o Gobernador, quién era la persona que iba a representar los intereses de ese canal. La pena fijada para la omisión de dicha obligación era la de excluir al canal del sistema de distribución de aguas.

Este sistema de distribución de las aguas en cada canal debía ser hecha por jueces de aguas, quienes eran nombrados por el Presidente de la República. La persona que se sintiera perjudicada por la repartición efectuada por estos jueces de agua podía apelar ante el juez de letras de la cabecera del departamento más inmediato al río.

Además se establecían penas y multas para aquellos dueños de canal que destruyan o alteren las demarcaciones hechas por el juez de agua.

Posteriormente se siguieron dictando Ordenanzas locales, entre 1872 y 1880, las cuales eran similares a la Ordenanza General, estableciendo el sistema de turno, para aquellos ríos cuyo cauce, de vez en cuando, no alcanzaba a satisfacer plenamente las necesidades de todos los que pretendían hacer uso de su derecho de usar sus aguas.

#### **4.b.- Las Leyes de Municipalidades de 1887 y 1891.**

En relación a estas disposiciones basta decir que la Ley de 1887 era muy parecida a la Ley de Municipalidades de 1854, con la excepción de que con la nueva normativa se dice de que el Presidente de la República dictara reglamento respecto de ríos que “corren” por más de un departamento cambiando la antigua expresión que decía “dividen”.

Por su parte, la Ley de 22 de diciembre de 1891, cambió la potestad del Presidente de la República y la naturaleza administrativa de la repartición de aguas en los cauces que atravesaran solamente un territorio municipal. Además se modificó la Ordenanza de 1872 en el sentido de que las atribuciones que se otorgaban al Presidente de la República fueron traspasadas al Juez Letrado más inmediato al río en cuestión, sustituyendo de esta forma el carácter administrativo de estos juicios por la intervención de la justicia.

#### **4.c.- Código de Procedimiento Civil de 1902.**

Este código fue promulgado en agosto de 1902. La importancia de este cuerpo legal en materia de aguas fue el haber incorporado un procedimiento especial para tratar el tema de la distribución de las aguas de los cursos de aguas públicas.

En el mensaje que el presidente Manuel Montt envió al Congreso señalaba que:

“La distribución de aguas comunes da lugar a frecuentes y molestas dificultades por falta de un procedimiento sencillo y breve que reglamente la manera de hacer el reparto. Establecido este procedimiento para sólo efectos pasajeros, se reserva al juicio ordinario la determinación definitiva del derecho de los comuneros”.

El título XI del Libro III “De los Juicios Especiales”, en su artículo 823 se disponía:

“Para proceder a la distribución de aguas pertenecientes a varios dueños i conducidas por un mismo cauce, natural o artificial, citará el juez letrado respectivo a todos los interesados, a solicitud de cualquiera de ellos, a una reunión que deberá celebrarse con sólo los que asistan. La citación se hará con quince días por lo menos de anticipación, por medio de carteles fijados en la puerta del juzgado, i de tres avisos que se publicarán en un periódico del departamento o de la cabecera de la provincia, si en aquel no lo hubiere.”

El Artículo 824 definía la jurisdicción del tribunal con respecto a los ríos que corrieran a través de dos o más departamentos de la misma provincia y a los ríos que dividieran o que corrieran a través de dos o más provincias.

A su vez el artículo 825 establecía:

“En esta reunión harán valer los interesados los títulos o antecedentes que sirvan para establecer su derecho en el agua común. Si no hubiere acuerdo sobre este particular, el juez resolverá sin más antecedentes que los acompañados”.

La ley otorgaba a los comuneros que no hubieren asistido a la reunión, como asimismo a aquellos a quienes no se les hubiere asignado su parte correspondiente en la distribución, el poder de apelar u objetar el fallo del tribunal, sin establecer un plazo determinado para ejercer tal acción. A solicitud de estos comuneros el tribunal debía citar a las partes interesadas a una nueva reunión, sin que en el ínter tanto se altere lo que se hubiere acordado o resuelto.

También se señalaban las medidas que podían adoptarse en estas reuniones. Entre estas medidas se contempla el nombramiento de una o más personas para que distribuyeran las aguas comunes, el establecimiento de los gastos ordinarios comunes exigidos por la construcción de nuevas obras y la cuota y el establecimiento de multas en dinero para los que estuvieran retrasados en el pago de sus cuotas y para los que alteraran la distribución establecida por el repartidor designado, y la

formación de una junta de vigilancia o el nombramiento de un delegado de la comunidad para llevar a efecto las medidas y resoluciones tomadas.

Aparte de las medidas anteriormente enunciadas, se podían adoptar otras no contempladas en la ley para lo cual se requería la concurrencia de todos los interesados o la aprobación de los que no concurrieron.

Por último, se debe señalar que todo lo que se regula en este título se entendía sin perjuicio de las facultades correspondientes a la autoridad administrativa, en cuanto a materias de policía y a la concesión de mercedes de aguas.

Cabe señalar, que las disposiciones de este Título XI, Libro III del Código de Procedimiento Civil, junto con otras leyes posteriores fueron largamente debatidas a nivel doctrinal, ya que existían varias interpretaciones y análisis de estas normas, como por ejemplo si los fallos de los tribunales en esos juicios especiales tenían o no la fuerza de cosa juzgada, de qué forma podía apelarse las resoluciones del tribunal y cuales normas tenían preferencia - la del Título XI Libro II del C.P.C. y las de la Ordenanza de 3 de enero de 1872- cuando se referían al mismo caso en la distribución de las aguas que corrían por cauces naturales.

Entre la dictación del Código de Procedimiento Civil y la promulgación del Código de Aguas de 1951, se crearon varias medidas, las cuales se pueden agrupar, para una mejor síntesis, de acuerdo a la clasificación dada por Daniel L. Stewart, de la siguiente manera:<sup>32</sup>

a) Medidas relacionadas con las mercedes de aguas.

Este punto se refiere a el procedimiento a los que debía sujetarse la solicitud de petición de merced. Un decreto de 8 de febrero de 1907 regulaba la concesión de mercedes de agua en ríos y esteros para fines industriales. Un decreto reglamentario regulaba las mercedes otorgadas para fines de regadío sobre aguas públicas que corrían por más de un territorio municipal.

---

<sup>32</sup> Stewart, Daniel L. Ibid. Pág. 102.

El Decreto Ley N° 160 del 18 de diciembre de 1924 modificó los tramites para conseguir una merced, obligando a los solicitantes de mercedes para regadío, fuerza motriz y usos industriales a pagar una suma relacionada con la cantidad de agua pedida. Este pago por los derechos de concesión debía renovarse cada diez años. Si no cumplía con esta obligación, el Estado podía declarar la caducidad de la concesión. Igual sanción ocurre si durante los diez años el concesionario ha cambiado el objeto a que fue destinada la concesión. Tampoco el concesionario podía transferir ni ceder a algún título su derecho sobre la concesión, sin autorización previa del gobierno.

b) Medidas relacionadas con la distribución de aguas conducidas por cauces artificiales.

La importancia de estas medidas es que se establece una servidumbre sobre el uso de aguas que corrían por un cauce artificial, permitiendo al dueño de la heredad sirviente el uso de las aguas para generar fuerza motriz. Se menciona por primera vez que quien hubiere construido los canales artificiales es el “dueño de las aguas” y que, en consecuencia, las aguas que corrían por cauces artificiales eran de dominio privado.

También en el año 1908 se dictó la Ley N° 2139, tendiente a regular las comunidades de regantes, que eran simples asociaciones de hecho, las cuales se regían por las normas del cuasicontrato de sociedad, reglamentando la situación y funcionamiento de estas comunidades de aguas existentes y las que se formarían en el futuro.

Lo anterior permitió que se pudieran organizar como comunidades de canalistas con personalidad jurídica, con patrimonio propio, salvo el agua que pertenecía a todos los canalistas y que pudieran tener una estructura administrativa que les permitiera cumplir con sus objetivos: tomar el agua de la corriente matriz, repartirla entre los accionistas y conservar y mejorar los acueductos.



Finalmente, también esa Ley entregó a los Directores de las Asociaciones el conocimiento y resolución de todas las cuestiones que se susciten entre los accionistas, sobre derechos o repartición de aguas, y las que surjan entre los accionistas y la asociación, otorgándole facultades de árbitros arbitradores, limitándose en consecuencia, la competencia de los tribunales ordinarios en el conocimiento de los juicios especiales sobre distribución de aguas entre los comuneros.

c) Medidas relacionadas con una sistematización de los derechos de aguas en el país.

En el año 1924, hubo un intento de tratar de efectuar un registro preciso de todos los derechos de aguas existente hasta ese tiempo. Para este fin, el Decreto Ley N° 160 ordenaba inscribir los derechos, concesiones o mercedes de aguas en un plazo de cinco años en el Registro o Rol de Mercedes de Aguas. Sin embargo esta idea no llegó a buen fin; incluso se modificó la naturaleza jurídica de este Registro, pasando a ser este empadronamiento puramente administrativo.

Como se puede apreciar, en nuestro país existía un régimen legal de aguas bastante confuso y con normas muy dispersas, por lo que fue necesario comenzar a realizar un esfuerzo tendiente a ordenar en forma sistemática y metódica estas numerosas leyes y normas dispersas a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, para poder dar paso a un solo cuerpo legal, que aunara todas estas leyes, dando lugar a la formación de un Código de Aguas.

Desde fines del siglo XIX se realizaron en Chile ensayos para codificar la legislación de aguas, llegándose en 1936 a un proyecto de Código de Aguas que fue aprobado por la Cámara de Diputados, pero fue continuamente modificado durante su trayectoria legislativa, la que duró nada menos que 12 años. Finalmente en el año 1948, fue promulgado el primer Código de Aguas mediante la Ley N° 8.944, la cual fue publicada en el Diario Oficial el 11 de febrero de 1948. Pero la vigencia de dicho código fue suspendida desde ese mismo año hasta el 1951, año en que se aprobó el

texto definitivo del código y se dispuso que el Código de Aguas regiría desde el 1° de abril de ese mismo año.

## **CAPITULO SEGUNDO**

Habiéndose revisado la antigua legislación que en materia de aguas rigió en la España conquistadora y en nuestro país hasta antes de la existencia de un cuerpo legal único que regulara dicha materia, toca ahora analizar del tratamiento que sobre derecho de aprovechamiento de aguas se hace en los Códigos de Aguas dictados en nuestro país a partir de 1948, año en que como se señaló anteriormente, se dictó el primer Código relativo a esta materia.

### **1. - CODIGO DE AGUAS DE 1948.**

Como ya se dijo, este Código tuvo una breve existencia, pues su vigencia se suspendió para 120 días después de su promulgación y posteriormente fue nuevamente suspendido, hasta promulgarse el Código de 1951. A pesar de su accidentada existencia, contenía algunas normas que me parecen interesantes comentar muy brevemente.

Así, este Código señalaba que su ámbito de aplicación comprendía tanto las aguas terrestres como las marítimas, por lo que nos da una idea que esta primera compilación de leyes ya era ambiciosa en cuanto a la magnitud que quería abarcar en cuanto su aplicabilidad.

Otro tema que merece atención es el hecho que en este Código se definía el derecho de aprovechamiento como "un derecho real que consiste en el uso y goce y disposición de las aguas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código". Se puede ver que nuestro primer Código de Aguas le daba al derecho de aprovechamiento la naturaleza jurídica de ser uno real, otorgándole todas las facultades propias de él, esto es, su uso, goce y disposición.

Señalaba además, que el ejercicio del derecho de aprovechamiento debía hacerse por medio de obras aparentes, aunque su uso no fuera continuo ni se empleare la mano del hombre.

También parece importante de destacar el hecho que se establecía una inseparabilidad de las aguas con relación al predio a la que estaban destinadas. La enajenación de estas aguas separadamente del inmueble sólo procedía con autorización judicial y en los casos expresamente señalados por dicho Código.

Pero como se dijo anteriormente este Código de 1948, fue nuevamente estudiado y modificado para pasar a constituir, una vez reformado, en lo que conocemos como el Código de Aguas de 1951.

## **2. - EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO EN EL CODIGO DE AGUAS DE 1951.**

### **2.a.- Definición del Derecho de Aprovechamiento.**

Este Código también contenía una definición de derecho de aprovechamiento, la que se encontraba contemplada en el artículo 12, el que señalaba: " El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas en conformidad a las reglas que prescribe este Código".

Se puede apreciar que este Código concibe el derecho de aprovechamiento también como un derecho real, el cual de acuerdo a la definición que nos da el Código Civil en su artículo 577, debe entenderse que es un derecho que tenemos sobre una cosa sin respecto de determinada persona.

## **2.b.- Ámbito de Aplicación.**

Señala además que este derecho se tiene respecto de las aguas públicas, ya que este Código mantuvo la distinción de aguas públicas y privadas que consagraba el Código Civil. Las aguas de dominio privado, muy minoritarias, eran: las vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad; los lagos no navegables por buques de más de cien toneladas; ciertas aguas subterráneas y los derrames de aguas. La idea era reducir el campo de las aguas de dominio privado, aumentando las que deben ser de control por parte del Estado.

Así, el mensaje del Código 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 aquellas".

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. El inciso 1º, artículo 10 y el artículo 11 del Código de Aguas son transcripciones fieles de los textos civiles sobre estos puntos.

2. - Aguas que corren por cauces artificiales. En este punto la nueva legislación innovó fundamentalmente lo dispuesto en el artículo 837 del Código Civil, el que derogó. En efecto, para terminar con la discusión que existía respecto de esta agua y tomando en cuenta que los adelantos técnicos y las exigencias del progreso las iba haciendo cada vez más importantes, este Código de Aguas determinó incorporarlas al dominio público. Dice así su artículo 21, inc. 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 el cauce". En consecuencia son tres requisitos copulativos que impone la ley para ser titular del derecho de aprovechamiento sobre estos cauces artificiales, a saber:

1. - Ser dueño de un derecho de aprovechamiento de dicho cauce.
2. - Haber construído el cauce; y,
3. - Haber cumplido con los requisitos legales.

3. - Aguas subterráneas. Con respecto a esta agua, la Ley ha distinguido dos situaciones diversas:

3.1. - Las aguas subterráneas extraídas para la bebida y los usos domésticos continúan sujetas al régimen imperante.

3.2. - Con respecto al uso que se haga de esta agua para fines diferentes a los señalados anteriormente, deberá pedirse previamente una merced concedida de acuerdo a la normativa de dicho Código. Pero en el artículo 22 se establece un nuevo requisito al disponer que en terrenos de particulares el aprovechamiento de esta agua corresponde al dueño del suelo. En el fondo, la determinación sobre la explotación de las aguas subterráneas queda entregada al libre arbitrio de los particulares.

4. - Mar territorial. El Código Civil en su artículo 593 señala: " El mar adyacente, hasta la distancia de una legua marina, medida desde la línea de más baja marea es mar territorial y de dominio nacional". En consecuencia nos encontramos en presencia de un bien nacional, cuyo uso corresponde a todos los habitantes de la nación, es decir, de uso público. Pero no fue el espíritu del legislador de dicho cuerpo legal reglamentar esta agua, por lo que no cabe aplicar las normas sobre aprovechamiento a dichas aguas.

Respecto de las aguas de dominio del Estado, los particulares podían adquirir derechos de aprovechamiento a través 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.

## **2.c.- Características del Derecho del Aprovechamiento.**

Las características que el Derecho de Aprovechamiento tenía en este Código eran las siguientes:

1. - Es un derecho real. Así se desprende de la propia definición dada por el Código.
2. - Era un derecho gratuito.
3. - Era 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. Si se quería destinar a un uso diverso se requería de la autorización correspondiente.
6. - Solo podía adquirirse en virtud de una merced otorgada única y exclusivamente por el Presidente de la república.
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, la cual consagra estas acciones para una serie de situaciones allí establecidas y luego dispone que para los demás casos regirán las disposiciones contenidas en el Código Civil Título XIII y XIV del libro II. En virtud de esta remisión queda descartada la acción reivindicatoria por no encontrarse regulada dentro de dichos títulos lo que obedece con la aparente voluntad del legislador de estimar que el derecho de aprovechamiento no importa dominio sobre las aguas, ya que la acción reivindicatoria es propia acción del dueño.
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 señalaba: " ni aún el goce inmemorial bastará para constituirlo en cauces naturales".
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.

## **2.d.- Facultades anexas al ejercicio del Derecho de Aprovechamiento.**

El derecho de aprovechamiento, comprende evidentemente la posibilidad de hacer uso de todos los medios necesarios para que su ejercicio no resulte ilusorio.

Como el uso de estos medios necesarios para el ejercicio del derecho que nos ocupa puede significar una molestia a un tercero, el Código de Aguas de 1951 regulaba en su artículo 13 y 14 estas situaciones.

El artículo 13 establecía: " El que tiene un derecho de aprovechamiento lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercitarlo. Así, el que tiene derecho a sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido en el título". Se puede apreciar que este gravamen que se constituye a un tercero que no es otra cosa que una servidumbre, la cual se rige por las disposiciones del Código Civil. Sin embargo puede ocurrir que al utilizar los medios necesarios para el ejercicio del derecho de aprovechamiento se esté gravando a un tercero con una servidumbre no reglamentada, en este caso, el Código habla de constituir una servidumbre voluntaria. Tratándose de ellas, el Código Civil señala: " Cada cual podrá sujetar a su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al orden público y no se contravengan a las leyes. Las servidumbres de esta especie pueden adquirirse por sentencia de juez en los casos previstos por las leyes".

A su vez, el artículo 14 señalaba la segunda de las facultades anexas al derecho de aprovechamiento: " El que goza de un derecho de aprovechamiento puede hacer a su costa las obras indispensables para ejercitarlo".

Pareciera que esta disposición es redundante, ya que al hablar de la realización de obras indispensables para ejercitar el derecho de aprovechamiento, es lo mismo a



lo que se refiere el artículo 13 al hablarnos de los medios necesarios para ejercitarlos.

### **3. - MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE REFORMA AGRARIA Nº 16.640. CODIGO DE AGUAS 1967-1969.**

La ley Nº 16.640 vino a modificar toda la estructura que tenía el derecho de aprovechamiento en el Código de 1951. Dicha ley vino a incorporar 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 tienen las aguas había sido desvirtuada por las amplias facultades que el Código concedía sobre las aguas mismas. Es que justamente la calidad de bienes nacionales de uso público que tienen las aguas se oponía a la facultad de disposición que se daba entonces respecto de 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. Al otorgar a los particulares la facultad de disponer de dichas aguas, dejaba en letra muerta aquella 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.

Se puede apreciar que dos son los conceptos que hacen variar la idea del derecho que comentamos, 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. Cabe en consecuencia preguntarse: ¿ A qué obedece este cambio?.

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 colectividad por sobre el individuo. Ejemplo de aquello es lo que ha ocurrido con el derecho de aprovechamiento. Si se analiza como fue este concebido por el Código de Aguas al terminar la primera mitad del siglo pasado y las modificaciones introducidas al mismo por la Ley N° 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 a 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 claramente el Mensaje de la Ley N° 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."

### **3.a.- Características del Derecho de Aprovechamiento.**

De acuerdo con esta definición se pueden ir desprendiendo las nuevas características de este derecho de aprovechamiento:

1. - El que sea un derecho real administrativo, significa que el derecho de aprovechamiento 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>33</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 citado artículo 12, se establece que el derecho de aprovechamiento "recae sobre las aguas". Como se señaló en su oportunidad, el Código original agregaba, en la parte pertinente "públicas", ya que bajo la vigencia de aquel código, quedaban algunas aguas bajo el dominio privado.

Con la Ley N° 16.640, todas las aguas pasaron a ser públicas. El artículo 94 de dicha Ley señalaba: " Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público". Para tal empresa, fue necesario la declaración de utilidad pública y expropiación de las aguas que hasta entonces eran de dominio particular, de lo que da cuenta el artículo 95 del Código de Aguas.

La indemnización sólo procedía cuando, por la extinción total o parcial del derecho de aprovechamiento, fueren los titulares privados del agua suficiente para satisfacer mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la expropiación. Pero no obstante la expropiación, los hasta entonces dueños de esas aguas podían seguir usando de ellas, en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento concedido por el sólo ministerio de la ley.

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.

---

<sup>33</sup> Manríquez, G. y Muñoz, G.. Curso de Post Grado de Aguas Subterráneas. Santiago. 1978, pág. 16.

Con relación a este punto, se puede señalar el artículo 104 de la Ley de Reforma Agraria, modificó el artículo 12 del Código al establecer que " no podrá cederse el derecho de aprovechamiento". Se puede ver claramente excluida la facultad de disposición. Como aquella prohibición no pudo ser del todo 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 adquirente o adjudicatario, los derechos de aprovechamiento". Lo anterior es de toda lógica 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 sus créditos, sobre 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 de 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 el declarar las aguas como bienes nacionales de uso público, las dejó fuera del comercio humano y requisito necesario para que opere la prescripción de un bien es que éste se encuentre dentro del comercio humano, según lo señala el 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 N° 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, éstas operaban en casos, más o menos, excepcionales.

Se establecieron numerosas causales que provocan la caducidad del derecho de aprovechamiento, que atendido al hecho que se fundamenten, han sido agrupadas en dos tipos:

a.- Causales imputables al titular; y,

b.- 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 al Código de 1951, se explica por tener inspiraciones filosóficas distintas. El primero es el producto, como se pudo ver, 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 únicamente este derecho real administrativo sobre su derecho de aprovechamiento, 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 exclusivamente para los fines que las solicitó, bajo pena de caducidad para el caso de contravención. Así, siguiendo el mismo criterio, cuando son varios los que solicitan 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, como ya se dijo, 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 su otorgamiento y caducables en el caso de que el agua no se aproveche del modo previsto por la ley, por lo anterior además dicho proyecto expresaba taxativamente las causales de extinción y caducidad del derecho de aprovechamiento delimitándose, en consecuencia, la esfera de acción de las autoridades encargadas de su control.

#### **4. - SEGUNDA REFORMA AL CODIGO DE AGUAS: DECRETO DE LEY Nº 2.603.**

Como resultado de la nueva visión respecto del agua, la cual es ahora mirada como un recurso - y no como un bien de diversos usos, como anteriormente era vista- el legislador introduce una nueva modificación a la legislación de aguas en nuestro país.

El Decreto Ley Nº 2.603, publicado en el Diario Oficial de 23 de Abril de 1979, modificó en su artículo 1º, el Acta Constitucional Nº 3, reconociendo a los titulares de derechos de aprovechamiento la propiedad sobre estos.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Antes de la reforma constitucional de 1967, por la ley 16.615, publicada en el Diario Oficial de 20 de enero de 1967, no había remisión alguna en el texto constitucional respecto a los derechos sobre las aguas. El artículo 10 Nº 10 de la Constitución de 1925, garantizaba la propiedad, lo que cubría naturalmente a los derechos de aprovechamiento. La reforma constitucional de 1967, que fue el primer paso necesario para la Reforma Agraria, modificó el artículo 10 Nº 10 de la Constitución: "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". Con esto se modificó sustancialmente, como se dijo, el régimen de propiedad de las aguas que había regido hasta entonces. Luego, en el año 1976, en el Acta Constitucional Nº 3, aprobada por el DL. Nº 1.552, de 13 de septiembre de dicho año, no se estimó procedente hacer referencias sustantivas sobre el punto. Se consideró que el problema de las aguas no era íntegramente de rango constitucional, aunque se sustentaron opiniones en el sentido contrario. Así, finalmente y debido a la complejidad que demanda lo relativo a la regulación de las aguas, se acordó el Artículo 1, Nº 16, que señala que " Un estatuto especial regulará todo lo concerniente a la propiedad minera y al dominio de las aguas". Posteriormente viene la modificación al Acta Constitucional Nº 3, por el DL. 2.603, eliminando del artículo 18 Nº 16, la frase " y al dominio de las aguas", quedando: " Un estatuto regulará todo lo concerniente a la propiedad minera". Acto continuo agregó: "Los derechos de los particulares sobre las aguas,

Dicho decreto procuró una nueva reformulación a la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento e inició un nuevo proceso tendiente a normalizar todo el sistema relacionado con las aguas. Bajo esa mira restituyó el derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento y facultó al Presidente de la República para dictar las normas necesarias para el establecimiento de un nuevo régimen, pudiendo modificar o reemplazar, total o parcialmente, el Código de Aguas y demás normas atinentes a la materia. Para ello se concedió el plazo de un año, el cual fue posteriormente prorrogado a través de decretos leyes.

En virtud de esta facultad, se dictó el Decreto con Fuerza de Ley N° 2.603, el cual fue publicado en el Diario Oficial con fecha 3 de Agosto de 1979, del que mencionaré los puntos más trascendentes.

El decreto de ley que comentamos separó el avalúo de la tierra y el de las aguas, procurando con ello lograr una mayor eficiencia en su utilización por parte de los usuarios y reducir el mínimo el derroche del recurso. Restableció también, la comerciabilidad de los derechos, en el mismo orden de ideas.

En su artículo 7º, estableció una importante presunción, la que es considerada para la interposición del recurso de amparo judicial en los artículos 181 y siguientes del Código de Aguas. Tal presunción es la de titularidad del derecho de aprovechamiento. Señala la norma: " Se presumirá dueño de derecho de

---

reconocidos o constituídos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos". Este texto fue conservado intacto en la Constitución de 1980, pasando a configurar el artículo 19 N° 24 inciso final de la misma. Se estimó que estaba bien hablar de " los derechos de los particulares sobre las aguas" y no referirse a los derechos de aprovechamiento, pues esa terminología aludía a una legislación, que según se consideró unánimemente, había causado un grave perjuicio económico, especialmente a la agricultura. Por lo demás con el empleo de los términos " derechos de los particulares" se reforzaba el carácter de derecho real, ya no administrativo, sino civil, que se daba al derecho de aprovechamiento. Aunque se consagró de esta manera la disposición, se hizo notar que el uso del vocablo "particulares", no era exacto, ya que habían casos en que las aguas eran aprovechadas por el Estado, a través de las empresas de agua potable y de la gran minería del cobre. (Sesión 184). En cuanto a la frase "reconocidos o constituídos por ley", se debe señalar que con ella se pretendió amparar y darle jerarquía a los derechos en ese momento existentes, que habían sido constituídos conforme a la ley; se dejó constancia de ello para que no se entendiera que el precepto se refería a una ley futura, que habría de dictarse, aprobándose la norma con esa salvedad. Por último, la norma concluye concediendo la propiedad sobre tales derechos, dándoles así, la mayor certeza y seguridad; el derecho de aprovechamiento, queda entonces sujeto a las limitaciones del derecho común, sin establecer limitaciones especiales en el texto constitucional. (Sesiones 183 y 184).

aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua ".

Este punto ha sido bastante debatido ya que se establece que la presunción señalada adolecería de errores de redacción en la norma que la establece, error de gran trascendencia, pues implicaría amparar bajo dicha presunción al "usurpador de tierras ", ya que bastaría el uso del agua sin importar el título para ser titular del amparo.

Otro punto de gran importancia, es aquel que se establece en el artículo 8º, el cual indica que en los actos y contratos que transfieran el dominio de inmuebles agrícolas, industriales, minero u otro que requiera de aguas, deberá expresar si se incluyen o no los derechos de aprovechamiento. De omitirse esta declaración, el acto será nulo absolutamente. Esta sanción ha sido muy criticada, pues parece muy fuerte para la envergadura del hecho que sanciona.

Como las normas de este decreto ley no fueron derogadas a la dictación del Código de 1981, siguieron rigiendo después de él, por ejemplo la presunción del artículo 7º, la cual se hacía aplicable. Así, la norma señalada del artículo 8º, rigió hasta 1984, en que se dictó la Ley 18.405, de 2 de diciembre de 1984, que agregó un artículo al Código de Aguas, derogando el precepto en comento. La nueva regulación la establece el artículo 317 del Código de Aguas, que dispone: " En los actos y contratos que importen la transferencia del dominio de un bien raíz o de un establecimiento para cuya explotación se requiera utilizar derechos de aguas, deberá señalarse expresamente si se incluyen o no tales derechos. Si así no se hiciere se presumirá que el acto o contrato no los comprende ".

En virtud de la facultad concedida por el artículo 2º del Decreto ley 2.603, se dictó el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1-2603, del Ministerio de Agricultura. En su artículo



1º se define el derecho de aprovechamiento como " un derecho real que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas, en beneficio particular, con los requisitos y en conformidad a las disposiciones de esta ley ".

Con la definición anterior se modifica la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento, volviendo a configurarse como un derecho real, de los que podemos llamar "civiles", restituyéndose las facultades de goce y disposición.

También el decreto en comento estableció algunas normas relativas a la inscripción de los derechos. Así, estableció normas que dicen relación con el otorgamiento por escritura pública de los actos y contratos celebrados sobre el derecho de aprovechamiento; sobre el Registro en el Conservador de Bienes Raíces; sobre la hipoteca del derecho de aprovechamiento y otras normas.

Con los principios establecidos por estos decretos y en virtud de las facultades concedidas por el primero, se dictó el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1.122 del Ministerio de Justicia, que pasó constituir el nuevo Código de Aguas que actualmente nos rige.

## **5. - VISIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO BAJO EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO DE AGUAS.**

Para efectos de tener una visión amplia de cómo ha sido el desarrollo histórico del derecho que nos ocupa me parece del todo interesante ver cuál es el tratamiento que el legislador, en nuestros días, le está dando al derecho de aprovechamiento en el Proyecto de Ley que en el año 1992 el entonces Presidente de la República, don Patricio Aylwin Azocar, envió al Congreso Nacional para su estudio y aprobación.

## **5.a.- Análisis de la situación actual.**

Antes de partir por las modificaciones que se contemplan en este nuevo proyecto modificadorio del Código de Aguas, me parece que es necesaria una breve caracterización de la legislación de aguas que rige actualmente en nuestro país, refiriéndome, claro está, al Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, de 29 de octubre de 1981, conocido normalmente como Código de Aguas del año 1981.

Estamos en presencia de una legislación 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 de dominio, permitiéndose su enajenación sin restricciones de ninguna especie y se priva a la autoridad administrativa - Estado- de potestades para el manejo y desarrollo de este recurso natural.

Si bien, tanto para 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 pertenece a la nación toda, y su uso corresponde a todos los habitantes de la nación - artículo 589 del 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 10 N° 24 de la Constitución Política del Estado.

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 de bien nacional de uso público.

El agua es un bien principal, y ya no 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 derechos de aprovechamiento de aguas sin tierra o industria a las cuales destinarlos. Lo anterior implica que para el agua se ha establecido un régimen registral similar al de la propiedad raíz.

Se elimina la distinción entre concesión provisional y definitiva y el beneficiario del derecho no está obligado a ejecutar obras de aprovechamiento con las cuales acredite la seguridad del uso real y efectivo del recurso.

Se priva a los órganos competentes del Estado de la instrumentación necesaria concebida para llevar a cabo una gestión planificada del recurso, en consideración a su rol tutelar y de gestor del bien común, de acuerdo a la naturaleza jurídica del bien nacional de uso público que tiene el agua.

No existe la obligación de usar los derechos de aprovechamiento de aguas. Su no uso no trae aparejada ninguna sanción.

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 la preferencia era la siguiente:

- a) Bebida y servicios de agua potable;
- b) Usos domésticos y saneamiento de poblaciones;
- c) Otros usos.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Artículo 42, 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).

Los derechos de aprovechamiento son otorgados gratuitamente por el Estado a los particulares que lo solicitan. Por otra parte, como ya se ha dicho, la conservación de estos derechos a lo largo del tiempo, independiente de su utilización en forma productiva, no tiene para su titular costo real alguno (salvo el de la oportunidad que en verdad no es tal).

A este respecto, conviene hacer un paralelo con las legislaciones de aguas más avanzadas del mundo, como por ejemplo, la de los estados del oeste de Estados Unidos. En ella rige el principio del uso efectivo y beneficioso de las aguas, el cual funciona como incentivo a la asignación más eficiente por el propio mecanismo del mercado. Por tanto, si a las aguas no se les da un uso efectivo y beneficioso se caduca el derecho a esas aguas, volviendo ésta a dominio del Estado.

Existe 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 dará a las aguas, como tampoco justificar la cantidad de agua pedida; Y, por otra parte, el cambio de uso del agua queda entregado al exclusivo arbitrio del titular del derecho.

La observación de la situación actual y el estudio de sus tendencias muestran que el desarrollo del país se realizará en un escenario de un uso intensivo y conflictivo de los recursos hídricos.

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 más que 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 social del medio ambiente y recreación.

En ese escenario, describiremos sucintamente el diagnóstico que el Gobierno tiene sobre los efectos negativos y positivos que la actual normativa tiene en el manejo del recurso hídrico:

a.- Aspectos positivos.

a.1.- Existe seguridad jurídica para los dueños de derechos de aprovechamiento de agua. Lo anterior incentiva la inversión privada, tanto nacional como internacional, en proyectos que requieren contar con proyectos hídricos seguros.

a.2.- Existe flexibilidad y movilidad en el cambio de uso de las aguas. Lo anterior permite dar al recurso el destino más eficiente y productivo que pueda encontrar el dueño del derecho de aprovechamiento.

a.3.- Existe libertad en la transacción y transferencias de los derechos de agua, lo que obviamente tiende a la optimización en el uso del recurso.

En general, la libre transacción de los derechos de aprovechamiento, a juicio del Gobierno, constituye un mecanismo adecuado para la reasignación de los recursos concedidos, que ha permitido en algunas cuencas solucionar problemas, como la transferencia de derechos para el uso doméstico, sin intervención del Estado.

b.- Aspectos negativos.

b.1.- Se incentiva el acaparamiento y especulación con los derechos de aprovechamiento de aguas.

b.2.- No se garantiza ni se incentiva el uso productivo del agua.

Siendo el agua un recurso escaso, no existe razón alguna para permitir que un particular adquiera derechos de agua, gratuitamente por el Estado, y no las use. Esta posibilidad permite la especulación e incluso obtener un enriquecimiento por el mero transcurso del tiempo, a costa de un bien de dominio público escaso y de demanda ecológica, social y económica creciente. El no incentivo del uso beneficioso y efectivo de las aguas favorece los monopolios y el manejo del recurso como instrumento de competencia económica desleal. Así, bloqueando el acceso al recurso, se impide el ingreso de nuevos competidores y la expansión de la oferta de bienes y servicios.

Esto es particularmente cierto en el caso de la minería de zonas áridas y en la generación de energía.

Creo, finalmente, que abusa de su derecho quien detenta para sí la facultad de uso exclusivo y excluyente de un bien nacional de uso público y no lo destina a un aprovechamiento efectivo y beneficioso para la comunidad. Aunque no se debe confundir, a mi juicio, esta situación de jactancia con el no uso esporádico que se hace del recurso agua sobre la base de ciertas consideraciones particulares. Sólo el no uso sin justificación razonable o lógica es lo que me merece reparos.

b.3.- No se considera debidamente la importancia de evitar la contaminación de las aguas, ni otros factores ambientales- ecológicos que hacen aconsejable exigir la mantención de un flujo mínimo en los cauces naturales.

b.4.- Existe una falla crítica en la lógica económica del Código, lo que impide que el mercado del agua funcione eficientemente. En efecto, conseguir derechos de agua del Estado y mantenerlos en el tiempo, aunque sea sin uso, es gratis.

Así, quien requiere agua no la compra en el mercado, sino que la solicita al Estado, y quien tiene agua de sobra no la vende porque espera obtener un mejor precio más adelante, y, en el ínter tanto, esto no le ocasiona ningún costo.

Por todo lo anterior, es que se puede apreciar que el Código de Aguas actualmente vigente contiene deficiencias normativas que han determinado la acumulación o concentración de derechos de aprovechamiento de aguas, sin que el recurso se use efectivamente.

Esta práctica ha sido posible porque el sistema no establece ningún costo, para el titular de tales derechos, por el no uso del recurso. Ello atenta abiertamente contra el sistema que el mismo Código de Aguas buscó establecer, en orden a que el propio mercado regulara los usos y asignación de aguas.

En efecto, y como se vio, la actual legislación consagra una total libertad para el uso del agua sobre la que se tiene derecho de aprovechamiento, pudiéndolos particulares destinar el recurso hídrico a las finalidades o tipos de uso que deseen, libertad que es permanente. De este modo, en la actualidad no es necesario justificar el uso que se dará a las aguas al solicitar los derechos de aprovechamiento, como tampoco que se les dé algún uso concreto o productivo mientras subsiste este derecho de aprovechamiento.

Por otra parte, no se exige que en las transferencias de derechos de aprovechamiento de aguas se respeten o se mantengan los usos originales o anteriores, permitiéndose que libremente pueda cambiarse el destino del recurso hídrico, por ejemplo, de riego a consumo humano.

#### **5.b. - El Derecho de Aprovechamiento en el Proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas.**

Atendidas todas estas deficiencias normativas anotadas y el abuso que en la práctica se ha hecho de esas libertades del sistema, el Presidente de la República don Patricio Aylwin Azócar envió, en el año 1992, un proyecto modificadorio del Código de Aguas, tendiente a dar solución a los problemas reseñados.

El mensaje original del proyecto tuvo en vista los siguientes objetivos para conseguir dicha finalidad: terminar con la acumulación de derechos de aprovechamiento de las aguas en forma desmesurada; permitir un acceso equitativo al recurso natural agua; desarrollar una política nacional de aguas; usar racionalmente los recursos hídricos; promover la conservación y protección de los cauces; permitir la recuperación de las aguas como un bien nacional de uso público. Para ello, se propuso el uso obligatorio de las aguas y la exigencia de justificar la necesidad del agua solicitada.

Con posterioridad, se han formulado indicaciones sustitutivas al proyecto de ley en cuestión, que guardan directa relación con las ideas matrices de éste.

Es así, que el mensaje que el Presidente de la República dirigió a la Honorable Cámara de Diputados, con el cual se inicia el proyecto que modifica el Código de Aguas señala:

" Uno de los desafíos y problemas mayores a que la sociedad chilena se verá enfrentada en los próximos años es el que se relaciona con la disponibilidad de recursos de aguas, en cantidad y calidad apropiadas, para responder a los requerimientos de su desarrollo económico y social, en un proceso que signifique, además, respeto al medio ambiente y a la calidad de vida de nuestros ciudadanos.

El país se encuentra enfrentado a condiciones generales críticas de escasez y de contaminación acentuadas en las zonas más áridas, que requieren de normas generales eficaces para solucionar esas dificultades.

La actual legislación adolece de excesiva permisividad y pasividad frente a la administración y conservación de este recurso escaso y finito, defectos que deben



ser corregidos a la brevedad para evitar situaciones de crisis que, en definitiva, conduzcan a soluciones intempestivas y poco razonadas.

La acumulación de derechos de aguas en forma desmesurada sin que exista un uso actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ellas, no obstante su obtención original gratuita, constituye el germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país.

La existencia de cauces naturales afectados por contaminación insoportable, implica, asimismo, la semilla de conflictos que afectarán las bases mismas de nuestro medio ambiente y la salud y vida de nuestros compatriotas.

El actual proceso de avance y desarrollo sostenido de los sectores agrícolas, hidroeléctrico, industrial, minero y sanitario que en gran medida se sustentan en el uso del agua y que son receptores de grandes inversiones nacionales y extranjeras, exige seguridad jurídica en la utilización de los recursos hídricos. Esa seguridad no se consigue con normas que permiten situaciones abusivas, como las indicadas, sino con disposiciones legales justas y equilibradas, que conduzcan a un acceso equitativo a este preciado recurso natural, y que garanticen al mismo tiempo su utilización racional y su conservación....."

Así, en nuestro parlamento se estudia actualmente el tercer intento por reformar de manera más profunda la legislación vigente, aduciéndose toda la problemática ya señalada, esto es, que la normativa actual es demasiado permisiva, impide el funcionamiento del mercado y provoca problemas de acaparamiento, especulación, barreras a la entrada e inseguridad jurídica. Se pretende cambiar la situación actual en que los tenedores de derechos de aguas tienen el dominio a perpetuidad, pueden transar libremente sus derechos y el mercado es el asignador del recurso, por un sistema en que el derecho está ligado a un uso y la acción del mercado es fuertemente restringida, pasando a ser la Dirección General de Aguas el verdadero asignador del recurso.

El diagnóstico anterior nos permite entender los propósitos que se persiguen con el Proyecto de modificación del Código de Aguas, cuyos aspectos más importantes y que guardan relación con el derecho de aprovechamiento son los siguientes:

**a.- Establecimiento del pago de una patente por la no utilización de las aguas.**

Con relación a este punto, cabe señalar que la libre comercialización de los derechos de aprovechamiento de aguas constituye, en general, un mecanismo adecuado para lograr usos y asignaciones de las aguas económicamente más eficientes. Sin embargo, este efecto que se ha pretendido conseguir con la aplicación de los mecanismos de mercado, en la práctica no se ha producido, al menos significativamente.

Lo anterior, por deficiencia de la propia normativa que regula dichos mecanismos, toda vez que no contempla un sistema de precios que permita valorizar la obtención originaria y la conservación a perpetuidad de los derechos de aprovechamiento.

Este vacío legal, en virtud del cual no existe costo para la conservación indefinida del derecho de aprovechamiento, incentiva la especulación y el mal uso del recurso.

Así, por ejemplo, la posesión de derechos de agua puede distorsionar gravemente el mercado de la energía del país, al introducir barreras a la libre concurrencia de nuevos competidores, pues muchas veces los derechos de agua se solicitan no para usarlos, sino que para impedir que otros los tengan, y evitar de esta manera el ingreso de nuevos competidores al mercado.

Con el objeto de lograr una mayor fluidez de las transacciones y evitar la acumulación de derechos de agua en forma desmesurada, sin que exista un aprovechamiento actual y futuro previsible por parte de quienes los detentan, se hace

necesario establecer un sistema de patentes que grave los derechos de aprovechamiento de agua no utilizados en todo o en parte.

En consecuencia, se proponen normas que someten a los titulares de derechos de aprovechamiento cuyas aguas no estén siendo utilizadas en todo o en parte al pago de una patente, cuyo monto, en el caso de los derechos consuntivos, difiere entre las cuencas hidrográficas del Norte, Centro y Sur del país, en razón de la mayor y menor escasez de agua existente en ellas.

La determinación de los derechos no utilizados constituye una materia técnica que el proyecto de ley encomienda a la Dirección General de Aguas, estableciendo el mismo proyecto las instancias de reclamación pertinentes. Asimismo, el texto establece presunciones legales de no uso de tales derechos, de tal forma de fijarle un marco lo más objetivo posible a la autoridad administrativa. Dichas presunciones son las siguientes:

a.- Si no existen las obras de aprovechamiento necesarias para el ejercicio del derecho o éstas estuvieran manifiestamente abandonadas;

b.- Si la capacidad de las obras de captación o conducción fueren insuficientes para captar o conducir el total de las aguas sobre las que recae el derecho de aprovechamiento;

C.- Si no existieren los cultivos, industrias, instalaciones o establecimientos en que pudiere utilizarse el recurso; y

D.- En general, en todos aquellos casos en que el no-aprovechamiento de las aguas resulte acreditado mediante los informes técnicos pertinentes.

Por otra parte, se definen distintos valores según se trate de derechos consuntivos y no consuntivos y permanentes y eventuales, considerando el diferente significado económico de unos y otros.

Para hacer efectivo el incentivo económico de la patente, sin que ello importe restringir la posibilidad de desarrollar los estudios de ingeniería necesarios, se adopta un sistema de aumento progresivo de su valor según el tiempo por el cual se prolongue la no utilización de las aguas y un procedimiento judicial para su cobro en caso de que el interesado no pague la patente dentro del plazo que la ley establece. Este procedimiento puede concluir con el remate de todo o parte del derecho de aprovechamiento de agua y se establece, además, la posibilidad de renuncia y extinción de dicho derecho.

Así, de lo que se trata es incentivar que los derechos de aprovechamiento sean solicitados cuando existe verdaderamente el propósito de aprovecharlos, de modo que el resto del tiempo estén disponibles para que cualquiera pueda evaluar su utilización sin que existan barreras legales y/o fácticas.

Una vez desarrolladas las obras de aprovechamiento, se considera un procedimiento de recuperación parcial de los pagos efectuados con anterioridad (hasta los últimos cinco años), como una forma de no encarecer innecesariamente los proyectos, manteniendo simultáneamente la eficacia del cobro de la patente como incentivo al uso efectivo de los recursos hídricos.

La normativa propuesta consulta procedimientos de reclamo para que los afectados puedan ocurrir ante la propia autoridad administrativa y ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, en defensa de sus intereses.

Se ha criticado este sistema del pago de una patente por la no utilización de los derechos de aprovechamiento por cuanto se ha señalado que al no pagarse la patente el derecho caducaría o se iniciaría un proceso de caducidad, y en este contexto, la fijación del precio de la patente sería el detonante para la reasignación y no el mercado, por lo que se estaría siendo contrario al sistema escogido por el país para la asignación de los recursos. Se señala además que siendo un componente de

los insumos empleados por las empresas, el agua no debería ser sometida a una forma de asignación distinta de los demás componentes de la actividad económica.

**b. - Facultades de la autoridad para la concesión de nuevos derechos de aprovechamiento.**

Consistente con lo anterior, se propone modificar los requisitos que deben contener las solicitudes de derecho de aprovechamiento de aguas y los requisitos que deben contener las resoluciones que los constituyan.

Al respecto se propone establecer límites razonables a la concesión de los derechos de aprovechamiento de aguas, los que, en definitiva, se traducen en la justificación de la necesidad del agua solicitada.

En este sentido, se propone al Director General de Aguas, la facultad para que, mediante resolución fundada, deniegue o limite las solicitudes de derechos de aprovechamiento, en los siguientes casos: (entre otros)

a.- Si no hubiere justificado la cantidad de agua que se necesite extraer atendidos los fines invocados por el peticionario;

b.- Si se comprometiere gravemente el manejo y desarrollo del recurso de la respectiva cuenca u hoyo hidrográfica; y

C.- En general, en todos aquellos casos en que por razones de utilidad pública fuere necesario destinar el recurso a fines distintos del solicitado.

Asimismo, el Director General de Aguas podrá, en circunstancias excepcionales y en virtud de condicionantes hidrológicas, constituir el derecho de aprovechamiento de aguas en modalidades distintas a como fue solicitado, y siempre que conste el

consentimiento del interesado, lo cual no difiere de lo que en la práctica actualmente realiza la Dirección General de Aguas.

El Director General de Aguas estará facultado para establecer en el acto de constitución, especificaciones técnicas, condiciones, plazos, prohibiciones u otras modalidades y limitaciones que afecten el derecho.

Se aprecia aquí, que el legislador introduce el criterio de la necesidad a la solicitud del derecho de aprovechamiento, al estipular que se debe especificar el álveo que se necesita aprovechar y la cantidad de agua que se necesita extraer, en lugar a la referencia al álveo que se desea aprovechar y la cantidad de agua que se desea extraer. Dicho criterio de necesidad se refleja en que se establece, en el proyecto modificadorio del Código de Aguas, que se deberá acompañar una memoria explicativa en la cual se justifique la cantidad de agua que se necesitará extraer, según el uso o destino que se dará a ella. Se mantiene el requisito de indicar él o los puntos donde se desea captar el agua, pero se limita la obligación de indicar el modo de extraerla.

En relación a este punto, el autor Enrique Brow Opazo, ha señalado: "...el carácter de bien nacional de uso público del agua no es un tema discutido en la actualidad. ( Por su parte, el derecho de aprovechamiento) está amparado por la garantía constitucional del derecho de propiedad y su titular sólo puede ser privado de él mediante el mecanismo de la expropiación. Los motivos que justificarían una modificación del Código de Aguas en esta materia serían por tanto más aparentes que reales.

Resulta de todo inadecuada la norma que agrega como nuevo requisito de la solicitud para adquirir un derecho de aprovechamiento de aguas, la justificación de la necesidad de la cantidad de agua que se solicita.

Se está en presencia de otro aspecto poco preciso, en el cual la autoridad administrativa deberá actuar calificando a su arbitrio si la necesidad manifestada por el solicitante justifica o no el otorgamiento del derecho de aprovechamiento."<sup>36</sup>

Al respecto, como vimos, el Proyecto de Ley, en su redacción de 20 de agosto de 1997, estipula que " corresponderá al Director General de Aguas determinar los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no hayan sido utilizadas total o parcialmente" y agrega " serán aplicables a las resoluciones de la Dirección General de Aguas los recursos contemplados en los artículos 136 y 137 de este Código", los cuales dicen relación con los recursos de reconsideración y el reclamo ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Mas aún habría que considerar que las propuestas en cuestión no dicen relación con la titularidad de los derechos de aprovechamiento; solamente establecen mayor precisión en el sentido de que se otorga el derecho de aprovechamiento con respecto a ciertas aguas, que son las necesarias y de hecho utilizadas.

La propiedad del particular permanece intacta; el Estado retiene y ejerce su poder de tutela sobre las aguas que el particular no necesita y no utiliza, en función de la utilización beneficiosa de aquel bien nacional de uso público que son las aguas no concedidas para el uso y goce del titular del derecho de aprovechamiento.

Con respecto a las mayores limitaciones propuestas a los derechos de aprovechamiento (al solicitar y utilizar las aguas referidas a su otorgamiento), es posible la aplicación de un principio de la tutela pública sobre los bienes nacionales de uso público, la cual sería irrenunciable por parte del Estado a través de la transferencia de propiedad del bien en cuestión.

---

<sup>36</sup> Brow Opazo, E.. Análisis del Recurso de Agua y su Connotación en la Legislación Chilena. Santiago. Universidad Finis Terrae. 1994. Pág. 21.

Dicho principio podría ser aplicado en casos en los cuales la manera funcional de otorgamiento de derechos de aguas equivalga a una alienación y transferencia del dominio público sobre el agua. Un caso de posible aplicación del principio es el otorgamiento de derechos de aguas sin plazo, sin obligación de uso y sin requerimiento de uso efectivo.

Este supuesto viola la tutela pública, puesto que el Estado se desprende funcionalmente de su deber- facultad de controlar el buen uso del dominio público al otorgar derechos incondicionales en cuanto a su uso y eternos en cuanto su duración. Por lo menos una de los dos elementos debe estar presente: a) obligación de uso efectivo y beneficioso; o b) plazo limitado del derecho.<sup>37</sup>

Con respecto a una eventual discrecionalidad por parte de la autoridad administrativa con relación a las facultades que se le otorgan en el Proyecto analizado, se debe señalar que estas normas son imprescindibles para que el Estado pueda hacer una administración eficiente y coherente de los recursos hídricos.

En la actualidad, sin normas como las propuestas, se posibilita que se creen situaciones perjudiciales, irreversibles o sólo modificables a un altísimo costo, sin que los mecanismos de mercado puedan introducir una corrección efectiva (por ejemplo: constitución de derechos no consuntivos por la totalidad del caudal de un río en su desembocadura; dificultades de abastecimiento de agua potable por constitución de derechos de aprovechamiento sobre la totalidad de los recursos hídricos disponibles en las proximidades de asentamientos urbanos).

Las normas actuales consideran exclusivamente la protección de los usos y derechos actuales y no los posibles escenarios futuros, lo que se pretende solucionar con las normas propuestas.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Dourojeanni, Axel. Mercado de Derecho de Aguas y Entorno Legal. Revista de Derecho de Aguas. Universidad de Atacama. Instituto de Derecho de Minas y Aguas. Volumen 5. 1994. Pág.23.

<sup>38</sup> Jager Cousiño, P. Proposiciones de Modificación al Código de Aguas. Santiago. Publicación del Colegio de Abogados de Chile. Marzo de 1997. Págs. 20 y sgtes.



Finalmente, debo señalar que considero que en el actual Proyecto de Modificación es muy difícil, por no decir inexistente que pudiera darse alguna arbitrariedad o discrecionalidad por parte de la autoridad administrativa, por las siguientes razones:

a.- Toda resolución que a este respecto se dicte por la autoridad deberá ser fundada, esto es, dar cuenta de las razones de hecho y derecho que la justifican.

b.- Dichas resoluciones estarán sujetas a revisión de legalidad por parte de la Contraloría General de la República, a través del trámite de Toma de Razón.

c.- Quienes se sientan afectados por las resoluciones, podrán hacer uso de los recursos de reconsideración (art. 136 del Código de Aguas), ante el Director General de Aguas y de reclamación (Art.137), ante Corte de Apelaciones Respectiva.

### **c. - Normas sobre conservación y protección de las aguas y cauces.**

La ley de Bases del medio Ambiente, Nº 19.300, de 1994, establece la necesidad de conservar los ecosistemas acuáticos, los recursos escénicos y recreacionales, acorde con las crecientes demandas de mejoramiento de la calidad de vida de la población y la valorización social del medio ambiente, lo cual hace indispensable definir normas que faciliten la consideración de la demanda ambiental en la constitución de derechos de aprovechamiento.

De ahí que, el proyecto establece la obligación de la autoridad, al otorgar un derecho de aprovechamiento de aguas, de respetar en todos los cauces naturales un caudal ecológico, es decir, el mínimo de agua que debe escurrir para conservar los ecosistemas acuáticos, los recursos escénicos y recreacionales existentes en la fuente natural de que se trate.

Se establece también, normas para que la Dirección General de Aguas pueda exigir que las aguas provenientes de obras de recuperación de terrenos húmedos o

pantanosos sean restituídas al cauce receptor natural de las mismas, si de la ejecución de dichas obras resulta perjuicio a terceros.

Se proponen además normas para que la Dirección General de Aguas, respecto de aquellos cauces naturales que se encuentran sin protección alguna, puedan ser defendidos de la acción devastadora que terceros puedan ejercer sobre ellos, pudiendo recurrir al auxilio de la fuerza pública para obtener la inmediata paralización de las obras o labores no autorizadas en los cauces naturales.

Asimismo, se definen normas que amplían las facultades de policía y vigilancia que la normativa actual entrega a la Dirección General de Aguas y le encarga a ella el desarrollo de una red de estaciones de calidad de aguas tanto superficiales como subterráneas con la obligación de publicar y difundir la información obtenida

#### **D.- Consideración de la interacción de las aguas superficiales y subterráneas en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento.**

Actualmente, la Dirección General de Aguas, por aplicación de la normativa vigente, examina la disponibilidad del recurso, el cumplimiento de las formalidades legales y que no se perjudiquen ni menoscaben derechos de terceros para proceder a otorgar derechos de aprovechamiento de aguas.

De acuerdo a la normativa vigente se constituyen los derechos de aprovechamiento sin que exista una referencia explícita al tratamiento conjunto de las explotaciones de aguas superficiales y subterráneas de una misma cuenca u hoyo hidrográfica.

Esta situación es fuente de conflictos dada la influencia recíproca de ambos caudales, lo que genera interferencias en el ejercicio de los respectivos derechos.

Para evitar esta anomalía, se impone a la Dirección General de Aguas el análisis y cuantificación de todos los recursos de la cuenca, para determinar si existen las disponibilidades correspondientes en el lugar indicado en la solicitud.

**e. - Normas que permiten perfeccionar el procedimiento de regularización en el artículo 1º transitorio del Código de Aguas y que establecen obligaciones a que estarán afectos los Conservadores de Bienes Raíces del país, en relación con el Catastro Público de Aguas.**

El artículo 1º transitorio del Código de Aguas establece un procedimiento para regularizar e inscribir aquellos derechos de aprovechamiento que en alguna oportunidad hayan sido inscrito en el registro de Propiedades de Aguas respectivo, pero que en posteriores transferencias o transmisiones no lo hubieran sido.

En virtud de dicho procedimiento, el interesado puede recurrir al Conservador de Bienes Raíces respectivo solicitando la inscripción de los títulos correspondientes desde su actual dueño hasta llegar a la inscripción de la cual proceden.

En caso que no pudiere aplicarse lo establecido anteriormente, el interesado puede recurrir al juez competente para que éste ordene la inscripción, debiendo para ello tener a la vista los documentos y antecedentes que dicha norma indica.

Este procedimiento ha dado origen a múltiples problemas, por cuanto en su aplicación se han utilizado diversos criterios por parte de los jueces. Además, al no exigirse un informe de la Dirección General de Aguas, se priva a dicho organismo de tomar conocimiento de la materia, para los efectos de la información que sobre las aguas debe tener por expreso mandato del Código de Aguas, como también la de dar su opinión fundada sobre el tema y de poner en conocimiento del Tribunal los antecedentes que permitan una mejor resolución de la materia.

En consecuencia, se propone modificar dicho artículo en el sentido de establecer con carácter de obligatorio, el informe respectivo de la Dirección General de Aguas, estableciéndose además, la obligatoriedad de publicar la solicitud respectiva en el caso del procedimiento judicial, previsto en el inc. 2º de la norma que propone.

Por otra parte, la Dirección General de Aguas, por mandato del Código de Aguas, debe llevar el Catastro Público de Aguas, en el que debe constar toda la información que tenga relación con ellas.

No obstante, dicho servicio carece de los medios necesarios para exigir que la información respectiva le sea remitida, razón por la cual se proponen en esta indicación, normas que obligan a los Conservadores de Bienes Raíces a enviar a la Dirección General de Aguas, copias autorizadas de todas las inscripciones, subinscripciones y anotaciones que practiquen en el Registro de Aguas a su cargo, bajo apercibimiento de incurrir en las sanciones que en dichas normas se indican.

#### **f. - Extensión de la personalidad jurídica a las comunidades de aguas.**

Nuestra actual legislación otorga personalidad jurídica a las asociaciones de canalistas, que hayan sido formadas de acuerdo a la ley por todos los titulares de derechos involucrados en la organización.

En cambio, las comunidades de agua legalmente organizadas, no gozan de dicho atributo, lo que impide su desarrollo y el manejo adecuado de sus recursos. En efecto, con mayores atribuciones, las comunidades podrán tener acceso a créditos, convenios, postulación a beneficios derivados de la cooperación jurídica.

Cabe destacar, que existen registradas alrededor de 2.300 comunidades de aguas, las cuales sin personalidad jurídica, ven limitadas sus posibilidades de acción.

Esta diferencia legal, que no tiene fundamento alguno, es remediada en esta indicación mediante el otorgamiento de personalidad jurídica a las comunidades en las mismas condiciones que a las asociaciones de canalistas.

## **CAPITULO TERCERO**

### **EL USO Y GOCE DE LAS AGUAS: EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS.**

#### **1. - EL DERECHO DE USO Y GOCE SOBRE LAS AGUAS.**

Casi la totalidad de los autores que escriben sobre aguas ponen énfasis en la enorme importancia y variada utilidad que ella tiene. Son tan grandes y numerosas las utilidades que ella presta que se hace sumamente difícil su enunciación. Aparte de constituir un elemento indispensable para la vida humana y animal, el agua sirve como vehículo para el comercio, como medio de comunicación, como fuerza motriz, como elemento fertilizante, como factor poderoso e indispensable para el desarrollo de la actividad agrícola, constituye la base para la higiene personal y pública; a través de la pesca, representa un medio natural de subsistencia.

Los primeros usos del agua realizados por el hombre, fueron exclusivamente "domésticos", en especial para bebida suya y de sus animales, lo cual es lógico, ya que, el agua satisface una necesidad física indispensable para la vida misma.

Otro de los usos primitivos que verosímilmente debe haberse realizado respecto de las aguas, es la pesca, pues es sabido que, conjuntamente con la caza, la pesca constituyó el alimento por excelencia del hombre en las sociedades primitivas.

Así, poco a poco se le fueron dando los más diversos usos, los cuales ya no tenían por objeto satisfacer las necesidades básicas, sino que iban de la mano con lo más avanzado del desarrollo tecnológico, tendiente a ampliar la esfera de acción y poderío del hombre.

### **1.a. - Clasificación de las aguas.**

El derecho de uso y goce que nos ocupa, en definitiva el derecho de aprovechamiento, es uno real que se aplica sobre las aguas. Por ser éstas el objeto del derecho de aprovechamiento, y para un mejor entendimiento de este derecho, es necesario hacer una breve clasificación de las aguas, las cuales admiten la siguiente clasificación general según su estado:

- a) Aguas Pluviales.
- b) Aguas marítimas entre las cuales cabe distinguir la de alta mar y el mar territorial.
- c) Aguas terrestres, entre las cuales deben mencionarse las aguas superficiales y subterráneas; las corrientes y detenidas; los cauces o depósitos naturales y artificiales.

Respecto del dominio que se ejerce sobre ellas, las aguas admiten la siguiente clasificación dentro del sistema que se analiza, partiendo de la base que el antiguo artículo 9º del Código de Aguas establecía que las aguas son bienes nacionales: de dominio público y de dominio particular. Las aguas de dominio público eran las siguientes:

- a) Las aguas del mar territorial, esto es, el mar adyacente hasta la distancia de una legua marina medida desde la línea de más baja marea.
- b) Las aguas que corren por cauces naturales que atraviesan o deslindan más de una heredad.
- c) Las aguas de los lagos navegables por buques de más de cien toneladas, no bastando, de acuerdo a la opinión generalizada, que estas embarcaciones de más de cien toneladas, puedan flotar sino que es menester que puedan surcar el lago libremente.
- d) Las aguas subterráneas, entendiéndose por tales las que están ocultas en el seno de la tierra y que no han sido alumbradas.

- e) Las aguas lluvias, entiendo por tales, las que proceden directamente de las lluvias, hasta o mientras conserven su carácter, sin confundirse con otras aguas, como por ejemplo, las de los ríos, lagos o mar, pues al hacerlo siguen el destino de las aguas con las cuales se mezclan.
- f) 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.

A su vez, las aguas de dominio privado eran las siguientes:

- a) 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 del dueño, entendiéndose 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.
- b) Los lagos que no pueden navegarse por buques de más de cien toneladas, perteneciendo su propiedad, uso y goce de ellas a los propietarios riberaños.
- c) Los derrames y filtraciones. Se entiende por derrames de aguas las que quedan después del regadío de un predio una vez abandonadas a la salida del mismo y por filtraciones, todos aquellos afloramientos de aguas 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 normas que a los derrames.
- d) Las aguas que conducidas por cauces artificiales provienen de aquellas que se consideran de dominio de particulares.

La importancia de esta clasificación era que el antiguo Código se reconocía la existencia de aguas de dominio público y de dominio particular, ya que el Código señalaba clara y directamente: "...son de dominio particular", dejándose sin lugar a dudas establecido que el derecho que se ejerce sobre las aguas es el de dominio.



Nuestro actual Código de Aguas, clasifica las aguas en marítimas y terrestres. Las normas del Código de Aguas sólo se aplican a las aguas terrestres. En cuanto a las aguas pluviales, ellas serán marítimas o terrestres según donde precipiten. En cuanto a las aguas terrestres, ellas pueden ser superficiales, corrientes o detenidas, y subterráneas

### **1.b. - Las Aguas: bienes nacionales de uso público.**

Vimos que el derecho de aprovechamiento recae sobre las aguas, respecto de las cuales el Estado se reserva su dominio exclusivo, otorgándole a los particulares sólo este derecho de aprovechamiento sobre ellas, puesto que las aguas son consideradas bienes nacionales de uso público.

Respecto de este punto me parece sumamente interesante señalar que para el Estado moderno resulta indispensable el hecho que su administración pública cuente con un adecuado conjunto de recursos y bienes destinados al cumplimiento de los fines que le son propios y a la adecuada satisfacción de las necesidades públicas de la comunidad.

Dichos bienes y recursos en nuestro ordenamiento jurídico se identifican con los denominados Bienes Nacionales, reconocidos y cautelados adecuadamente a partir de la propia Constitución Política del Estado, que en su artículo 19 N° 23, a propósito de los Derechos y Deberes Constitucionales, prescribe que la Constitución asegura a todas las personas “ la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”.

La restricción anterior se relaciona directamente con la pregunta acerca de que bienes deben necesariamente pertenecer y ser de dominio de la Nación, entendida

ésta como el colectivo humano en donde sus miembros se encuentran estrechamente vinculados, interrogante cuya respuesta radica en el propio texto y espíritu constitucional que concibe al Estado como una persona jurídica finalizada o definida por la concreción de determinados fines u objetivos como son el estar al servicio de la persona humana y promover el bien común. Por ello, se entiende que todos aquellos bienes que son imprescindibles e insustituibles para el desarrollo y ejecución de estos fines asignados y valorados de manera positiva por el ordenamiento jurídico, deben pertenecer a toda la Nación.

De acuerdo con el artículo 589 del Código Civil, se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda y se dividen en dos categorías: los bienes nacionales de uso público o bienes públicos, que son aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda y su uso corresponde a todos los habitantes de la misma, y los bienes del Estado o bienes fiscales, que son aquellos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, quedando comprendidos dentro de ellos no solamente los bienes del Estado en sentido estricto (patrimonio fiscal) sino que también en aquellos que pertenecen a las Municipalidades y demás establecimientos públicos.

Como vemos, el criterio al cual ha atendido el legislador para clasificar los bienes nacionales en la forma señalada, ha sido el uso de los mismos por todos los habitantes de la Nación, señalándose expresamente que su dominio pertenece a la nación toda. Así el dominio público estaría constituido, dentro de nuestro sistema, por aquel conjunto de bienes nacionales de uso público, es decir, de aquellos bienes que pertenecen a la nación toda y su uso a todos los habitantes de la misma como las calles, plazas, puentes, caminos, mar adyacente y sus playas.

El autor Rafael Bielsa expresa con relación a este tema que: “ el dominio público es el conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad referida a una entidad administrativa de base territorial”.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Bielsa, Rafael. Principios de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 1949. Pág. 640.

A su vez, los profesores Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, señalan que “ nuestro Código Civil atiende a la generalidad del uso por todos los habitantes, para clasificar los bienes nacionales en públicos y fiscales o de derecho privado: si esa generalidad existe, son de primera especie; sino, de la segunda”.<sup>40</sup> Mas adelante los mismos autores sostienen que “ los bienes del Estado o fiscales están sujetos al derecho privado, sin perjuicio que a este respecto dispongan de leyes especiales. En principio pues, los bienes fiscales están en la misma situación que los bienes de los particulares. Por consiguiente son comerciables, pueden enajenarse, hipotecarse, embargarse y ganarse por prescripción”.<sup>41</sup>

Por la importancia vital de los recursos hídricos, el legislador ha señalado que las aguas son bienes nacionales (artículo 5º y 6º del Código de Aguas), cuyo dominio pertenece al Estado, otorgándoles a los particulares un derecho de uso y goce sobre ellas: un derecho real de aprovechamiento.

### **1.c. - Derecho de uso común y derecho de uso privativo.**

El derecho de uso y goce de las aguas puede ser clasificado en común y especial o privativo. El primero atiende al hecho de que todas las personas pueden utilizar las aguas en iguales condiciones, que como sabemos, son bienes nacionales cuyo uso corresponde a todos los habitantes de la nación, nacionales o extranjeros, es decir, atiende a una utilización común o pública. El uso especial, al contrario, atiende a una especial situación del particular por el cual éste puede usar exclusivamente ciertas aguas por el hecho de habersele otorgado una concesión o merced por parte del Estado.<sup>42</sup>

#### **a. - Uso común de las aguas.**

---

<sup>40</sup> Alessandri, A. y Somarriva M. Curso de Derecho Civil de los Bienes. Editorial Nascimento, 1957. Pág. 102.

<sup>41</sup> Ibid. Pág. 103.

<sup>42</sup> Alessandri, A.; Somarriva M. y Vodanovic A. Bienes. Santiago. 1953. Editorial Nascimento. Pág. 125.

En relación con el uso común de estas aguas, los particulares pueden, por el destino que per se tienen las aguas públicas, usar de estas conformándose a las disposiciones del Código de Aguas y las Ordenanzas Generales y Locales. Los bienes de dominio público de uso común, y por ende, las aguas públicas, están afectadas en ese uso y goce de los habitantes.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este uso común cabe preguntarse si importa un verdadero derecho; y, en caso de ser esto positivo, ¿de qué naturaleza es: real o crediticia?; o por el contrario, ¿ese uso común no es sino un hecho reglado por la ley?.

Nuestra legislación nos otorga a los particulares el aprovechamiento de las cosas públicas que admitan el uso común y dentro de la esfera que delimitan aquellos usos.

Una de las primeras tesis estimó que a los particulares les asistía un derecho privado del uso común. Se habló también de un derecho privado de naturaleza común: ya de derecho de uso, de servidumbre y hasta de derecho de propiedad.

Esta tesis se encuentra abandonada, ya que, no puede hablarse de un derecho real desde que no existe ni un poder de disposición, ni un derecho de carácter exclusivo sobre la cosa pública: en consecuencia no existe ninguna característica del derecho real.

Otros autores lo ven con un carácter o contenido publicístico: un derecho público subjetivo correspondiente a un particular, sea a título de condominio en la cosa común (condominio social), sea en razón de la pertenencia de dicho individuo a un Estado, provincia, comuna u otro ente público territorial.

. Deriva esta tesis de la doctrina que ve una relación de dominio, sea o no de derecho público, entre esos entes y las cosas de uso común, y por ende, a los

habitantes que forman parte del derecho público, del pueblo, al cual le corresponde ese dominio, también les atañen derechos públicos subjetivos sobre la cosa común.

Tal doctrina tampoco es del todo suficiente: no es razón de que un particular sea miembro de una colectividad que le corresponde el pretendido derecho público subjetivo: todos los particulares, sean o no miembros de una colectividad determinada, usan las cosas comunes.

A todos los hombres, nacionales o extranjeros, domiciliados o transeúntes, habitantes o no, le corresponde el ejercicio del derecho común, como inherente a la libertad social.<sup>43</sup>

Se trata, en consecuencia, del ejercicio de una libertad individual. Quien usa de las aguas públicas sea para satisfacer sus necesidades domésticas, sea para navegar, sea con el fin de obtener aprovechamientos mínimos o generales de las mismas, no ejerce un derecho privado o público: se limita a ejercer una facultad que forma parte integrante de su esfera de libertad.

Mientras se mantenga dentro de esos límites, mientras no ataque las esferas de libertad que corresponden a otros individuos, ni sus derechos, mientras observe las reglamentaciones al aprovecharse de esas cosas públicas, no hace más que usar de su libertad.

Sólo en virtud de un derecho, de una concesión, puede sobrepasar los límites de esas esferas de libertad. Pero mientras se mantenga dentro de ellos, está ejerciendo, al utilizar las aguas públicas, y, en general, toda cosa de dominio público y de uso común, una parte de su libertad personal.

La facultad de servirse, dentro de una cierta medida, de las cosas públicas existentes no es otra cosa que una parte integrante de la libertad individual y

---

<sup>43</sup> Spota, Alberto. Op. Cit. Tomo II. Pág. 876 y sgte.

económica que, en nuestra sociedad, se considera como patrimonio natural del hombre, de la libertad social. La determinación de lo que se comprende en esta libertad social no ha sido hecha originariamente por la ley positiva; es la opinión común, la convicción general que le da su fundamento y contenido. Pero, esta libertad natural, tal como debía ser de acuerdo a las ideas generales, cede ante las prescripciones de la ley positiva que define, restringe o amplía la esfera de la libertad social.

#### **b.- El derecho de uso privativo sobre las aguas.**

El uso privativo, u ocupación, como también se le puede llamar, implica la reserva exclusiva de una porción del dominio público a un usuario individualmente considerado, no pudiendo la finalidad perseguida por éste encontrarse jamás en oposición con el destino de la cosa, vale decir, la ocupación privativa siempre supone compatibilidad con el uso general público, ya que no lo estorba ni entorpece, al menos en forma apreciable. Este uso privativo se otorga a través del permiso o de la concesión respectiva.<sup>44</sup>

El permiso es un acto unilateral de la administración, mediante el cual se autoriza a un particular determinado para ocupar temporalmente un bien público en beneficio exclusivo suyo, sin crearle derecho alguno. Se trata de un acto de tolerancia del Estado, y por ello, la autorización tiene un carácter esencialmente precario, pudiendo ser revocada discrecionalmente y sin responsabilidad alguna para la administración concedente del permiso. La concesión también es una autorización que la administración otorga a un particular para ocupar en forma privativa y temporal un bien determinado del dominio público, pero otorgándose derechos sobre el bien concedido, de carácter contractual, tanto en beneficio del público como del concesionario. En estos casos, la autorización se da generalmente a los concesionarios de un servicio público, para que ocupen los bienes nacionales en la

---

<sup>44</sup> Bielsa, Rafael. Ibid. Pág. 640.

medida necesaria al funcionamiento del respectivo servicio: canalizaciones de agua, tendidos de redes eléctricas, etc.<sup>45</sup>

Tanto el permiso como la concesión son de naturaleza precaria; pero en el caso de la concesión, junto con un acto unilateral de la administración, existen relaciones recíprocas entre cedente y cesionario, de naturaleza especialmente económica y de ahí que aún cuando la concesión puede ser revocada por la sola voluntad de la administración, pueda surgir un derecho a indemnización cuando los derechos del concesionario son violados o desconocidos, cosa que no sucede tratándose del permiso.

#### **1.d. - Naturaleza jurídica del derecho de uso y goce en las aguas.**

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica del derecho de uso, goce y disposición sobre las aguas, es decir, sobre el derecho real de aprovechamiento. En relación a este punto, se han originado diversas tesis que tratan de explicar la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento sobre las aguas, dentro de las cuales me parece interesante consignar las siguientes opiniones más destacadas al respecto.

Retrocediendo a la época de dictación del Código Civil que regía la materia, para determinar los derechos de los particulares sobre las aguas de dominio público, debía distinguirse entre los propietarios riberanos y los que no lo eran. De lo que disponían las normas de los artículos 834, 835 y 836 del citado Código, se desprendía que aquellos propietarios cuyos predios se encontraban atravesados o deslindaban con cauces naturales de uso público tenían el derecho de aprovechamiento de las aguas que corrían por ellos y esto, por el solo hecho de ser riberanos, sin permiso o autorización alguna de la autoridad. En el caso de existir varios riberanos con derechos a usar y gozar de las aguas conducidas por un mismo cauce natural, se formaba entre ellos una comunidad de aguas y en caso de disputa

---

<sup>45</sup> Bielsa, Rafael. Op. cit, pág. 125.

entre los comuneros, ella era solucionada por la autoridad competente. Los no riberanos, a su turno, debían previamente obtener de la autoridad un permiso para poder gozar de estas aguas.

Este permiso se conocía con el nombre de “merced”, acerca de cuya naturaleza jurídica surgieron numerosos debates:

Cinco han sido las teorías que se han elaborado por los tratadistas y estudiosos de estas materias, para explicar este punto.

1. - La primera teoría nos dice que el derecho de aprovechamiento sería un derecho de servidumbre.

Todas las doctrinas y en especial la que señala lo anterior, son fruto de denodados intentos para encasillar este derecho en los marcos tradicionales de alguno de los existentes en la ley civil, como si fuera imposible toda renovación y creación de figuras jurídicas. Sus sostenedores buscaron identificar la servidumbre con el derecho conferido por la merced a través de un análisis de los distintos elementos que configuran la servidumbre:

- a) Existencia de dos predios. El predio dominante sería el beneficiado con la merced según el objeto de esta: riego, energía eléctrica, minería, etc. El predio sirviente sería el que contiene y suministra las aguas nacionales de uso público. Si bien es cierto que se podría aceptar la idea del predio dominante; un río no puede ser predio sirviente, desde el momento que no es inmueble y que la Nación, como representante del dominio público no está facultada para imponerse a este tipo de gravámenes.
- b) Desde el momento en que la corriente nacional de uso público no puede revestir las características de predio sirviente resulta imposible pretender que se le pueda imponer una carga, máxime que las aguas al ser concedidas están cumpliendo su destino natural.



- c) En cuanto a la perpetuidad de las causas y a la indivisibilidad, que son características y no elementos de las servidumbres, tampoco concurren. La primera porque el derecho conferido por la merced puede ser ganado o perdido por prescripción y la segunda porque el derecho se confiere en litros por segundo, unidad plenamente divisible y enajenable parcialmente.

2. - Otros autores han sostenido que es un derecho de uso semejante al del Código Civil, es decir, que es semejante a la definición dada por el artículo 811 del Código Civil que señala que “ es un derecho real que consiste, generalmente en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa”.

Las diferencias que hacen imposible considerar el derecho sobre las aguas como un derecho de uso civil son:

- a) El derecho de uso es un derecho personalísimo, siendo en consecuencia intransferible e intransmisible. El derecho conferido por la merced es real, transferible y transmisible.
- b) El uso civil tiene la característica de una asignación alimenticia limitada a las necesidades del usuario y su familia. La merced muy por el contrario está limitada por las necesidades del predio o establecimiento que se beneficia con ella.
- c) La limitación en el tiempo es otra de las características del derecho de uso reglamentado en el Código Civil que lo hace diferir del derecho de aprovechamiento ya que este por regla general es perpetuo.

3. - Otra doctrina señala que estaríamos frente a un derecho de usufructo.<sup>46</sup> Este derecho definido en el Código Civil, artículo 764, como la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y substancia y de restituirla a su dueño.

Cuatro son los elementos que configuran el usufructo:

- a) Es un derecho de goce.
- b) Obligación de conservar la forma y la substancia.
- c) Restitución al dueño.

---

<sup>46</sup> Lira Ovalle, S. El Derecho de Aguas ante la Cátedra. Santiago. Universidad Católica de Chile. 1956. Pág. 106.

d) Como consecuencia de lo anterior, la temporalidad del derecho.

El derecho de aprovechamiento coincide con el usufructo únicamente, en que ambos dan el goce de la cosa objeto del derecho, diferenciándose en todo lo demás.

En cuanto a la conservación de la forma y substancia de la cosa fructuaria, no se puede pretender en el aprovechamiento de las aguas que se consumen por el uso.

La restitución al dueño de la cosa objeto del usufructo es una obligación que nada tiene que ver con la merced, en primer lugar porque no se puede restituir lo que se consume y en segundo lugar, porque la obligación de restituir no puede concebirse en la merced porque resultaría demasiado precaria e incierta la situación de los particulares y el valor de los predios.

La temporalidad del usufructo, que generalmente dura la vida del asignatario de él, es impropia de la merced, que por regla general es perpetua.

El usufructo es una asignación a favor de una persona, en tanto que la merced se concede en beneficio del predio o establecimiento, siendo indiferente el titular del dominio.

En consecuencia, el derecho de uso sobre las aguas no es usufructo.

4. - Otra teoría apunta al hecho de que el derecho de aprovechamiento sería un derecho de uso "sui generis" de tipo administrativo. Esta doctrina estima que el derecho conferido por la merced es semejante al derecho de uso concedido en bienes nacionales de uso público a que se refiere el artículo 598 del Código Civil y que tiene el carácter de derecho real.

Concuerdada esta doctrina con la tesis sustentada por el tratadista francés Hariou,<sup>47</sup> quien ha concebido una esfera administrativa totalmente distinta de la esfera civil, en la cual los derechos juegan adecuados a la diferente naturaleza jurídica de ella.

En esta forma, al ser las aguas un bien nacional de uso público, se concederían a los particulares en conformidad a las reglas que para los distintos casos iría dando la diferente reglamentación, siendo el derecho adquirido en ellas un derecho de uso especial administrativo que por ejercerse sobre una cosa sin consideración a persona determinada es real, transferible, transmisible y amparado por toda clase de acciones posesorias incluso la reivindicatoria.

Para desvirtuar esta teoría, hay varias razones. Entre ellas, las siguientes:

- a) El uso de calles, plazas, puentes, caminos y demás bienes nacionales de uso público, cuando ellos son concedidos por los particulares, no requiere de una reglamentación muy acabada, por cuanto estos bienes no se destruyen por su uso. No sucede lo mismo con las aguas, cuyo empleo, por regla general, lleva aparejado el consumo de ellas. Una reglamentación especial debe en este caso armonizar el interés particular y el bien común.
- b) El derecho sobre calles, plazas, puentes, etc. Es un bien que en ningún caso ingresa al patrimonio del beneficiario y tiene un carácter precario, por cuanto el Estado siempre se reservará el derecho de hacerlo caducar. El derecho sobre las aguas, por el contrario, es un bien patrimonial susceptible de ser objeto de toda clase de negocios jurídicos por su titular; y
- c) La concesión sobre bienes nacionales de uso público no es un bien apreciable en dinero, en tanto que el derecho de aprovechamiento si lo es, resultando en consecuencia esencialmente negociable.

5. - La última doctrina señala que estamos frente a un derecho real "sui generis" semejante al dominio.

---

<sup>47</sup> Tomado de Alessandri, A. y Somarriva, M. Curso de Derecho Civil. Tomo II. Santiago. 1940. Pág. 213.

Las aguas son bienes públicos y pertenecen a todos los habitantes de la Nación. El Estado en calidad de representante de ella, es un organizador del interés colectivo y en esta virtud concede el uso y goce de las aguas, pero no puede enajenarlas porque requeriría de una ley que lo autorizara en tal sentido y ésta nunca se ha dictado.

Es real, porque a pesar de la omisión que de él hacen los artículos 577 y 579 del Código Civil al enumerar esta clase de derechos, no impide que una rama distinta a esa ley pueda crear un derecho de esta naturaleza, toda vez que la enunciación que hace el Código Civil en ningún caso es taxativa. Así, el Código de Aguas lo ha hecho al definir el derecho de aprovechamiento, antiguamente en el artículo 12 y actualmente en el artículo 6º.

Es real, por cuanto se ejerce sobre una cosa sin respecto de determinada persona. Es sui generis, por cuanto se trata de una figura jurídica propia de una rama del derecho que, al independizarse del campo civil, ha buscado crear instituciones integradas por elementos que se avengan con su naturaleza.

El derecho de aguas, como se analizó en el primer capítulo, vivió largo tiempo cobijado por normas dispersas, muchas de las cuales correspondían al ámbito civil y comienza a surgir, impulsado por las necesidades propias del desarrollo, alzándose como una nueva categoría jurídica, que se construye con los elementos que necesita, aunque no sean los tradicionales y se expresa en nuevas figuras como es el caso del derecho de aprovechamiento.

Sostiene esta tesis que el derecho de aprovechamiento, no es sino una forma o especie de dominio, limitada y condicionada que sólo existe respecto de determinadas aguas, pero que en líneas generales, tiene su misma estructura. Partiendo de la base del concepto de derecho real que el Código Civil precisa en su artículo 577, se dice que el derecho de aprovechamiento se ejerce directamente sobre las aguas que son bienes nacionales de uso público, sin que terceros tengan

intervención alguna en la relación, teniendo solamente una obligación que es general y negativa, consistente en no violar ni perturbar en forma alguna el ejercicio del derecho, razones por las cuales se estima que se trata de un verdadero derecho real, y se precisan algunos puntos de contacto estrecho entre el derecho real de dominio y derecho real de aprovechamiento: ambos son exclusivos, esto es, confieren al dueño de la cosa un poder exclusivo o privativo sobre la misma (en el derecho real de aprovechamiento su titular es el único que puede gozar y disponer de agua objeto del derecho).

Pero sabemos, que ya al definir los Códigos de Aguas el derecho de aprovechamiento como un derecho real específico, la discusión doctrinaria acerca de su naturaleza pierde fuerza, quedando, en consecuencia, zanjado el debate sobre su naturaleza jurídica.

## **2. - EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO.**

Se ha dicho que las aguas son bienes nacionales de uso público y que su dominio exclusivo pertenece a toda la Nación, pero lo anterior no excluye que sobre este derecho real de dominio se pueda constituir otro derecho real, como es el derecho de aprovechamiento.

Este derecho se encuentra definido en el Código de Aguas en su artículo 6º, el cual establece que el derecho de aprovechamiento es "un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el Código de Aguas".

Ya se analizó la discusión que existió respecto de la naturaleza jurídica de este uso de los bienes nacionales de uso público, discusión que tuvo gran importancia antes del Código de Aguas de 1951 el cual definía el derecho de aprovechamiento

en su artículo 12º, como un derecho real que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas en conformidad a las reglas que prescribe este Código.

Con la definición señalada en el Código de Aguas, se da por superado la discusión referente a la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento de aguas, ya que se señala que es un derecho real específico. Se debe recordar que, como se dijo en el capítulo anterior, el Código de 1951, al definir el derecho de aprovechamiento, hablaba de uso, goce y disposición, en cambio, el Código del año 1967-1969, eliminó las palabras goce y disposición y conservó sólo el uso al señalar las facultades del titular de ese derecho real.

El actual Código, al definir este derecho real señala en su inciso 1º del artículo 6º que consiste en el uso y goce de las aguas. Se puede apreciar, que nuevamente agregó la palabra goce pero dejó fuera la facultad de disposición.

Lo anterior se debe a que el legislador quiso armonizar dicha norma con la intención que se tuvo al establecer que todas las aguas son de dominio público. Por este motivo además, el inciso 2º de dicho artículo establece que este derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.

En consecuencia, el inciso primero, al señalar que el titular del derecho de aprovechamiento puede usar y gozar de las aguas, no hace otra cosa que recalcar el dominio exclusivo del Estado sobre ellas por cuanto el titular del derecho de aprovechamiento jamás podrá disponer de esas aguas.<sup>48</sup>

Se distinguen, en consecuencia, un derecho de dominio originario cuyo titular es el Estado, y otro derecho real, el derecho de aprovechamiento, cuyo titular está

---

<sup>48</sup> Guzmán Alcalde, A -Ravera Herrera, E. Estudios de las Aguas en el Derecho Chileno. Santiago, 1993. Ediciones Jurídicas La Ley. Pág. 30.

facultado para usar y gozar de las aguas pero le está prohibido la disposición de éstas por cuanto dicha disposición adolecería de objeto ilícito.

Este titular también es propietario por cuanto la ley le señala que tiene un derecho de propiedad sobre su derecho de aprovechamiento y como tal puede usar, gozar y disponer libremente de él siempre que este uso, goce y disposición no sean contrarios a la ley o al derecho ajeno<sup>49</sup>.

Existe una diferencia entre este derecho real de aprovechamiento y los demás derechos reales limitativos del dominio, ya que mientras en los otros derechos reales en cosa ajena, el titular del derecho originario conserva todo menos la parte que ha entregado para limitar en parte su derecho originario, por ejemplo, en el usufructo, el nudo propietario conserva la facultad de disposición pero pierde la facultad de uso y de goce. En el derecho de aprovechamiento, en cambio, se ve afectado incluso la facultad de disposición del Estado además de limitar las facultades de uso y goce del mismo. En lo anterior radica la diferencia del derecho de aprovechamiento con relación a los demás derechos reales en cosa ajena, ya que mientras en el primero se refiere a las tres facultades del dominio en los otros se refiere tan solo a algunas facultades del dominio.

## **2.a– Características.**

Entre las características más importantes de este derecho real se pueden mencionar las siguientes:

- a) Es un derecho real (artículo 6º del Código de Aguas).
- b) Es un derecho real mueble por naturaleza, pero si las aguas están destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble se reputarán inmuebles (artículo 4º del Código de Aguas relacionado con el artículo 580 del Código Civil).
- c) Recae sobre un bien nacional de uso público (artículo 5º y 6º del Código de Aguas).

---

<sup>49</sup> Código Civil, artículo 582.

- d) Queda gravado de pleno derecho (artículo 214 inciso 1º, 258, 267 y 271 del Código de Aguas).
- e) Se expresa en volumen por unidad de tiempo (artículos 7 y 239).
- f) Impone ciertas cargas y responsabilidades (artículos 38 y 9).
- g) Cuando el titular del derecho se lo priva de parte del agua que le corresponde, incluso en caso que se declare zona de escasez, tiene derecho a ser indemnizado por aquella privación (artículo 314)
- h) Es de libre disposición (artículo 15)
- i) No es un derecho accesorio.
- j) Puede hipotecarse.
- k) Es divisible, independiente del predio.
- l) Puede ser embargado u objeto de medidas precautorias (artículo 116 N° 4).
- m) Su ejercicio no es obligatorio ni está afecto a una finalidad ni cantidad determinadas.
- n) Se extingue por las causas y en la forma establecida en el derecho común (artículo 129).
- o) Está amparado por el recurso de protección, por las acciones posesorias y reivindicatorias, el amparo judicial y las demás acciones generales del derecho común.
- p) Comprende la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo.
- q) Conlleva la facultad de imponer servidumbres necesarias para su ejercicio (artículo 25), sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes.

## **2.b – Clasificación del Derecho de Aprovechamiento.**

El Código de Aguas efectúa diversas clasificaciones las cuales se encuentran en los artículos 12 a 19, los cuales se complementan con las disposiciones contenidas en los artículos 24, 312 y 313 del mismo cuerpo legal.



Así, se puede señalar que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas se clasifica de la siguiente manera:

#### **a.- Derechos consuntivos y no consuntivos.**

##### **a.1.- Consuntivos:**

En virtud de lo señalado en el artículo 13 del Código de Aguas, el derecho de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad.

Esta norma debe entenderse relacionada con el artículo 313 del Código de Aguas el cual establece que, para los efectos del artículo 14 se reputan derechos de aprovechamiento consuntivo los siguientes:

1. - Los que emanen de mercedes concedidas por autoridad competente sin obligación de restituir las aguas;
2. - Los reconocidos con esta calidad por sentencia ejecutoriada, y
3. - Los derechos ejercidos con la calidad de consuntivos durante cinco años, sin contradicciones de terceros.

##### **a.2 No consuntivos.**

Por su parte el artículo 14 del Código de Aguas señala que:

Derechos de aprovechamiento no consuntivos son aquellos que permiten emplear el agua sin consumirla y obligada a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho.

En relación a este derecho cabe hacer presente que el artículo 140 del Código de Aguas señala si la solicitud para adquirir derechos de aprovechamiento recae en un derecho para usos no consuntivos, se indicará, además, el punto de restitución de las aguas y la distancia y desnivel entre la captación y la restitución.

A su vez, el artículo 149 dispone que la resolución que emita la Dirección General de Aguas, en relación a la solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento

deberá contener el desnivel y puntos de restitución de las aguas si se trata de usos no consuntivos.

El inciso segundo del artículo 14 consagra una norma de protección para los derechos de los terceros constituidos sobre las aguas respecto de las cuales se otorgó un derecho de aprovechamiento no consuntivo, si el acto de concesión nada dijo al respecto.

De esta forma, en este inciso segundo se señala que la extracción o restitución de las aguas se hará siempre en forma que no perjudique a los derechos de aquellos terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su calidad, subsistencia, oportunidad de uso y demás particularidades.

El artículo 15 del Código de Aguas complementa lo señalado en el artículo 14, en el sentido de que el dominio del derecho de aprovechamiento no consuntivo, no implica, salvo convención expresa entre las partes, restricción a la libre disposición de los derechos consuntivos.

## **b.- Derechos de ejercicios permanente y de ejercicio eventual.**

### **b.1 Derecho de ejercicio permanente.**

Esta una antigua clasificación que ya se recogía el Código Civil de 1855 que en su artículo 860 disponía que: “las mercedes de agua que se concedan por acto de autoridad competente se entenderán sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos en ellas”. Esto había producido dificultades de interpretación que llegaron a su clímax con los desastrosos efectos producidos por las sequías de los años 1870 y 1871. Para ponerles término, el ejecutivo dictó la Ordenanza General de Distribución de Aguas de 3 de enero de 1872, y de la aplicación de sus artículos 1° y 10° resultó la clasificación de mercedes permanentes y eventuales, siendo las primeras las que autorizaban para extraer aguas en toda época, estuviera el río agotado o no, y las segundas, las que daban a su titular el derecho de hacerlo sólo en épocas de abundancia.

El mensaje del Presidente de la República, del año 1951, precisando la terminología expresa sobre el particular: “El derecho de aprovechamiento puede ser de ejercicio permanente o eventual, según confiera derechos o no para concurrir en la distribución de las aguas en épocas de agotamiento. De esta suerte, el derecho de ejercicio eventual entra a reemplazar lo que hoy se denomina merced de temporada, y, en todo caso, esta división exacta del derecho de aprovechamiento pone fin a la defectuosa terminología de mercedes permanentes o eventuales”.

En armonía con lo anterior, el artículo 19 del Código de Aguas de 1951, define el ejercicio permanente del derecho de aprovechamiento como aquel que faculta para usar las aguas en la proporción que corresponda aunque el caudal matriz no contenga la cantidad suficiente para abastecer en su integridad todos los derechos constituidos sobre ellas, y, el artículo 20 disponía que los derechos de ejercicio eventual solamente dan derecho de usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente.

En nuestro actual Código de Aguas, estos derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente están regulados en el artículo 16, el cual dispone que son aquellos que se otorguen con dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas, en conformidad a las disposiciones del presente Código, así como las que tengan esa calidad con anterioridad a su promulgación.

El artículo 17 complementa la disposición anterior señalando que los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente facultan a su titular para usar el agua en la dotación que corresponda. En el caso que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, el caudal se distribuye en partes alícuotas.

Por su parte el artículo 312 del Código de Aguas señala que para los efectos indicados en el artículo 16, se reputan derechos de ejercicio permanente, a la fecha de promulgación del Código:

- a) Los que emanen de merced concedida con dicha calidad con anterioridad a su promulgación, siempre que sus titulares los hayan ejercido con las mismas facultades que el artículo 17 otorga a los titulares de derechos de ejercicio permanente, concedidos en conformidad al presente Código;
- b) Los reconocidos con esta calidad por sentencia ejecutoriada.
- c) Los que emanen de los artículos 834, 835 y 836 del Código Civil en relación con los propietarios riberanos. Dichos artículos fueron suprimidos por el artículo 9º de la Ley N° 9.909, de 28 de mayo de 1951; del artículo 944 también del Código Civil, el cual fue suprimido por el mismo artículo, adquiridos durante la vigencia de estas disposiciones, y de prescripción, ejercitados en aguas no sometidas a turno o rateo;
- d) Los mismos derechos del número anterior, siempre que hayan sido reconocidos como de ejercicio permanente en aguas sometidas a turno o rateo, y
- e) Los derechos ejercidos con la calidad de permanentes, durante cinco años, sin contradicción de terceros.

## **b.2 Derecho de ejercicio eventual.**

El artículo 16 del Código de Aguas en su inciso 2º señala que todos los que no sean de ejercicio permanente, son de ejercicio eventual. Estos derechos de ejercicio eventual son definidos en el artículo 18 del Código de Aguas que señala que los derechos de ejercicio eventual sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante, después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente.

También se establece que las aguas lacustres o embalsadas no son objeto de derechos de ejercicio eventual. A su vez, el ejercicio de los derechos eventuales

queda subordinado al ejercicio preferente de otros derechos de ejercicio eventual otorgados con anterioridad.

### **c.- Derechos de ejercicio continuo, discontinuo y alternado:**

#### **c.1 Derecho de ejercicio continuo.**

De acuerdo a lo señalado en el artículo 19 del Código de Aguas, son aquellos que permiten usar el agua en forma ininterrumpida durante las veinticuatro horas del día.

A su vez el artículo 24 del mismo cuerpo legal, complementa lo anterior estableciendo una presunción simplemente legal al señalar que si el acto de constitución del derecho de aprovechamiento no expresa otra cosa, se entenderá que su ejercicio es continuo.

#### **c.2 Derecho de ejercicio discontinuo.**

Se encuentra definido en el artículo 19 inciso 2º del Código de Aguas que señala que este derecho de ejercicio discontinuo es aquel que sólo permite usar el agua durante determinados períodos. Este tipo de derecho también es conocido con el nombre de derecho de temporada, clasificándose, en consecuencia, en derecho de invierno y derecho de primavera.

#### **c.3 Derecho de ejercicio alternado.**

Son aquellos derechos en que el uso del agua se distribuye entre dos o más personas que se turnan sucesivamente.

El artículo 24 del Código de aguas señala que si se constituye el derecho como de ejercicio discontinuo o alternado, el uso sólo podrá efectuarse en la forma y tiempo fijado en dicho acto.

### **2.c. - Modos de adquirir el dominio del Derecho de Aprovechamiento de aguas.**

#### **a.- Generalidades.**

En el derecho de Aguas, al igual que en el derecho civil, se comparte la definición de modo de adquirir el cual se puede decir que corresponde a ciertos hechos materiales a los que la ley atribuye la virtud de hacer nacer o traspasar el derecho de dominio <sup>50</sup>, es decir, son hechos idóneos para producir en concreto la adquisición del derecho a favor de una persona.

A través de los modos de adquirir el dominio, una persona podrá incorporar a su patrimonio un derecho de aprovechamiento sobre las aguas de un cauce, sea éste natural o artificial, o sobre derrames de éstos, o eventualmente sobre las aguas subterráneas alumbradas en un predio.<sup>51</sup>

Nuestro Código de Aguas regula estos modos de adquirir el dominio del derecho de aprovechamiento de las aguas en algunas de sus disposiciones.

El artículo 21 de dicho cuerpo legal establece:

“La transferencia, transmisión y la adquisición y pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código”.

El Código de Aguas en su Título III, Libro I, trata de “La adquisición del derecho de aprovechamiento”, título que es bastante breve en relación a la importancia que posee esta materia, pero gracias a la remisión que se hace al Código Civil en el artículo 21 antes citado, los vacíos que nos podamos encontrar en la legislación de aguas se salvan con la ley civil.

#### **b.- Modos de Adquirir Derivativos.**

Estos modos de adquirir pueden ser definidos como aquellos en que el dominio no nace inmediatamente en el titular, sino que hay traspaso de dominio habiendo

---

<sup>50</sup> Alessandri y Somarriva, Derecho Civil Bienes, Tomo II, año 1940. Pág. 255.

<sup>51</sup> Guzmán Alcalde- Ravera Herrera. Op. Cit. Pág. 45.

relación directa de causa efecto entre el antecesor y el sucesor. Por este modo se adquiere un dominio fundado en un precedente derecho que tenía otra persona.

Estos modos de adquirir derivativos son dos: sucesión por causa de muerte y tradición.

### **b.1 Sucesión por causa de muerte.**

En esta materia se debe remitir íntegramente al Código Civil, ya que no se regula en el Código de Aguas. La transmisión del derecho de aprovechamiento del causante a sus herederos, se produce por el sólo ministerio de la ley al momento del fallecimiento del causante. Esta transmisión les otorga a los herederos la posesión legal del derecho de aprovechamiento.

Cabe destacar que el Código de Aguas en su artículo 114 N° 6, en relación a los derechos de aprovechamiento inscritos, establece la obligación de realizar las inscripciones señaladas en el artículo 688 del Código Civil, el cual se refiere a la inscripción de la posesión efectiva, la inscripción testamentaria si es que existe, la inscripción especial de herencia y la inscripción de la adjudicación del derecho.

Estas inscripciones sólo son necesarias cuando estamos frente a un derecho de aprovechamiento inscrito ya que la disposición anterior no rige respecto de derechos de aprovechamiento de carácter mueble o también de carácter inmueble pero no inscritos. En estos casos los sucesores del causante serán titulares del derecho de aprovechamiento por el sólo ministerio de la ley, entrando a poseer el derecho desde el momento en que se defiere la herencia.

### **b.2.- La tradición.**

Su importancia radica en que es el modo de adquirir más usado y el Código de Aguas se preocupó de reglamentar en forma precisa la forma de otorgar el título traslativo que fundamenta la tradición.

En su artículo 113 el Código señala que:

“Se perfeccionarán por escritura pública los actos y contratos traslaticios de dominio de derechos de aprovechamiento, como también la constitución de derechos reales sobre ellos y los actos y contratos traslaticios de los mismos”.

De esta forma se le da al título traslativo que justifica la tradición la solemnidad de la escritura pública a fin de darle certeza y transparencia a la transferencia del dominio del derecho de aprovechamiento.

Para saber la forma en que se efectúa la tradición es necesario distinguir si se trata de un derecho de aprovechamiento inscrito o no inscrito.

#### **a.- Derecho de aprovechamiento inscrito.**

El derecho de aprovechamiento inscrito se encuentra regulado en el artículo 117 del Código de Aguas que dispone: “La tradición de los derechos de aprovechamiento inscritos se efectuará por la inscripción del título en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces.

La constitución y la tradición de los derechos reales constituidos sobre ellos, se efectuará por la inscripción de su título en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo”.

En relación a este derecho el artículo 121 del Código de Aguas establece que: “A los derechos de aprovechamiento inscritos en los Registros de Aguas de los conservadores de bienes raíces, se les aplicarán todas las disposiciones que rijan la propiedad raíz inscrita, en cuanto no hayan sido modificadas por el presente Código”.

El Código de Aguas no ha introducido ninguna modificación a las normas del Código Civil, en esta materia ya que el artículo 686 inciso 1º del Código Civil establece que la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título.



Frente a un derecho de aprovechamiento mueble que se encuentra inscrito, debemos remitirnos a la norma del artículo 117, puesto que dicha disposición no hace distinción entre derechos de aprovechamientos muebles o inmuebles inscritos.

Se puede apreciar, en consecuencia, que el Código de Aguas modificó las normas del Código Civil en materia de tradición, ya que si nos encontramos frente a un derecho de aprovechamiento mueble la forma de hacer la tradición de este derecho será a través de su inscripción, siéndole inaplicable el artículo 684 del Código Civil que reglamenta la tradición de los bienes muebles.

Por último se debe señalar que esta inscripción no sólo es el modo de efectuar la tradición del derecho de aprovechamiento, también cumple la función de ser un medio de publicidad a fin de poner el derecho de aprovechamiento a la vista de todos, reflejar la historia del derecho inscrito y la de ser prueba, requisito y garantía de la posesión.

#### **b.- Derecho de aprovechamiento no inscrito.**

En este punto se debe hacer una distinción entre el derecho de aprovechamiento de carácter inmueble y mueble.

##### **b.1.- Derecho de aprovechamiento de carácter inmueble.**

Encontramos en este punto diversas posturas respecto de cómo se regula la tradición de este derecho de aprovechamiento inmueble no inscrito.

Algunos sostienen que el legislador optó por el sistema de inscripción en un registro para realizar la tradición del derecho de aprovechamiento, muy similar a la establecida en el Código Civil para los bienes raíces. A sí es como el Título VIII, Libro I del Código de Aguas establece que los conservadores de bienes raíces llevarán un libro denominado “Registro de Aguas”, en el que deben inscribirse los títulos que la ley señala. En consecuencia algunos sostienen que la única forma para realizar la

tradición de los derechos de aprovechamiento de carácter inmueble, estén o no inscritos, es a través de la competente inscripción.

Fundamentan su postura en el hecho de que el Código Civil exige la inscripción para poseer inmuebles sin distinguir si están o no inscritos. Sostienen además la obligación que impone el Código Civil en su artículo 693 de que si el inmueble no está inscrito se proceda a inscribirlo. Además señalan que el legislador quiere que todas las propiedades ingresen al sistema registral para poder llegar así a una época en que inscripción, posesión y propiedad sean una misma cosa. Por último sostienen que el legislador tiende a que cada vez que se invoque un título traslativo de dominio se adquiera la posesión a través de su inscripción.

Por otra parte otros autores sostienen que lo anterior está errado y lo que se debe hacer frente a la tradición de un derecho de aprovechamiento inmueble no inscrito es ver si existen normas en el Código de Aguas que modifiquen lo dispuesto en el Código Civil en materia de tradición de derechos de aprovechamiento. Señalan como ejemplo que el artículo 114 señala expresamente los títulos que deben inscribirse, indicando que deben hacerlo los actos y contratos que constituyen títulos traslativos de dominio de los derechos de aprovechamiento a que se refieren los números anteriores. Se refiere este artículo al aprovechamiento de aguas que se han obtenido por medio de una merced adquirida en conformidad al actual Código, y que, en consecuencia, no sería obligatoria la inscripción de un derecho de aprovechamiento no inscrito adquirido antes de la vigencia del Código de Aguas. Además, esto se ve reafirmado por lo establecido en el artículo 117 que señala que “La tradición de los derechos de aprovechamiento *inscritos* se efectuará por la inscripción del título de propiedad en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces”. De esto se desprende que el Código de Aguas hace una distinción expresa entre los derechos de aprovechamiento inscritos y los no inscritos, ya que exige la inscripción, como forma de hacer la tradición sólo para aquellos derechos que se encuentren en la actualidad inscritos o aquellos que se constituyan en el futuro en conformidad a las normas del actual Código de Aguas.

Por su parte el artículo 115 del Código de Aguas, establece que el dueño de un derecho de aprovechamiento que extraiga sus aguas de la corriente natural, independiente de otro derecho y que haya sido incluido en la constitución de la respectiva junta de vigilancia *podrá* inscribir ese derecho en el Registro de Aguas del conservador de bienes raíces. Este artículo facilita la inscripción de derechos que fueron adquiridos con anterioridad a la dictación del actual Código, pero señala que esta inscripción es facultativa y que, por lo tanto, la ley no obliga al titular del derecho a inscribirlo, por lo que se deduce que la tradición podría realizarse de un modo diferente a la inscripción. Si no se interpreta de esta forma el artículo no se entiende porque el legislador le da este carácter facultativo a la inscripción y no uno obligatorio.

Los autores Alberto Guzmán Alcalde y Ernesto Ravera Herrera, señalan que existen otros derechos no inscritos, como ocurre con los que tienen los propietarios ribeños sobre los cauces naturales en aquellas zonas en que no se ha formado aun una junta de vigilancia. En este caso, no existe obligación de inscribir y ni siquiera pueden acogerse a la posibilidad de la inscripción facultativa del artículo 115.

Señalan que las personas que son titulares de derechos de aprovechamiento no inscritos, con mayor razón están dispensadas de inscribir su derecho de aprovechamiento y, en consecuencia, también de efectuar la tradición del derecho a través de la pertinente inscripción.<sup>52</sup>

Por último en lo que respecta a estos derechos se debe señalar que el Código de Aguas en sus disposiciones transitorias, tiene dos normas - artículo 1 y 2 transitorios- que buscan que se ingrese al sistema de registros aquellos derechos de aprovechamiento que no se encuentran inscritos, o que si alguna vez lo estuvieron por distintos motivos se perdió su continuidad por las transferencias del derecho sin haberse efectuado las inscripciones pertinentes. Aquí también es

---

<sup>52</sup> Guzmán Alcalde- Ravera Herrera. Op. Cit. Pág. 54.

facultativa la inscripción, ya que ambos artículos emplean la expresión “podrán regularizar” y justamente el vocablo podrán implica otorgar una facultad, pero en ningún caso hacerlo obligatorio.

Además el artículo 1º transitorio señala que “ Los derechos de aprovechamiento inscritos en el Registro de Aguas respectivo, y, que en posteriores transferencias o transmisiones no lo hubieran sido, podrán regularizarse mediante la inscripción de los títulos correspondientes desde su actual dueño, hasta llegar a la inscripción de la cual proceden”. Se puede ver que el legislador, en este artículo, está reconociendo que se efectuó una tradición sin la correspondiente inscripción y que sólo bastó la simple entrega material del derecho de aprovechamiento. Se debe sí señalar que esta norma está dada para aquellas transferencias efectuadas con anterioridad a la vigencia del Código de Aguas.

En consecuencia, se puede establecer que si bien el actual Código de Aguas está orientado a que la forma de hacer la tradición de los derechos de aprovechamiento se hagan mediante la correspondiente inscripción en el Registro de Aguas competente, no es menos cierto que esta inscripción no aparece como algo obligatorio, ni menos como el único medio para efectuar la tradición de estos derechos de aprovechamiento no inscritos en virtud de las normas y argumentos antes señalados. Por lo que no parece desmesurado señalar que la tradición de estos derechos de aprovechamiento no inscritos se podría efectuar de acuerdo a lo establecido en el artículo 684 del Código Civil.

#### **b.2.- Derecho de aprovechamiento de carácter mueble.**

Respecto de este tipo de derechos existen autores que sostienen que para hacerse la tradición de cualquier derecho de aprovechamiento que no se encuentre inscrito debe hacerse necesariamente por medio de la inscripción ya que así lo dispone el artículo 117 de Código de Aguas. Pero como anteriormente se dijo que sí para la efectuar la tradición de los derechos de aprovechamiento de carácter

inmueble no se requiere en forma obligatoria la inscripción, menos se requerirá en tal carácter para hacer la tradición de los derechos de naturaleza mueble.

Sin embargo, cabe destacar, que nuestro actual Código de Aguas señala que el derecho de aprovechamiento se constituye por acto de autoridad. Dicho acto de autoridad se materializa en una resolución emitida por la Dirección General de Aguas, previa solicitud del interesado.

Esta concesión otorgada por la DGA, e inscrita, es un derecho mueble, pues en este caso no rige lo dispuesto en el artículo 4° del Código de Aguas. Dicha resolución debe inscribirse, de acuerdo a lo señalado en el artículo 114 N°4 que establece: “Deberán inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces: Las escrituras públicas que contengan el acto formal del otorgamiento definitivo de un derecho de aprovechamiento.”

La transferencia del derecho de aprovechamiento así constituido se rige por lo dispuesto en el artículo 113, es decir, dicha transferencia se perfecciona por escritura pública y su tradición se realiza por lo dispuesto en el artículo 117.

### **c.- Modos de adquirir originarios.**

Estos modos de adquirir se caracterizan por que en ellos nace el derecho sin que exista una relación con cualquier anterior propietario, es decir, cuando el primer titular es la persona que crea el derecho de aprovechamiento. Por estos modos se adquiere el dominio independientemente de la existencia de un derecho anterior de cualquier otra persona.

En relación a estos modos de adquirir originarios, el Código de Aguas se remite a las normas establecidas en el Código Civil, pero sin embargo, no es posible realizar una total analogía y remisión a las normas civiles ya que el Código de Aguas incorpora nuevos modos de adquirir el dominio y a la vez hace inaplicables otros,

debido a la especial naturaleza del derecho de aprovechamiento y por supuesto al hecho de que se trata de un bien nacional de uso público.

Tomando en cuenta lo anteriormente señalado, los modos de adquirir originarios son los siguientes:

### **c.1 Por acto de autoridad.**

Se encuentra regulado en el Título III, Libro I del Código de Aguas, que en su artículo 20 señala:

“El derecho de aprovechamiento se constituye por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituídos se adquiere por la competente inscripción”.

Este acto de autoridad es de carácter administrativo que se materializa en una resolución emitida por la Dirección General de Aguas (representada por el Director General), previa solicitud del interesado.

Es un modo de adquirir originario ya que se confiere a la persona que lo solicita, es decir, al titular, un derecho de aprovechamiento que antes no existía para él ni para ningún otro particular.

Esta solicitud se encuentra sometida a una tramitación especial regulada en el Código de Aguas, artículos 140 a 150, y además se aplican las normas comunes que rigen los procedimientos administrativos relacionados con la adquisición o ejercicio de este derecho de aprovechamiento. Este procedimiento se aplica tanto a la constitución de derechos de aprovechamiento que recaen sobre aguas superficiales y también respecto a la solicitud de aguas subterráneas, con algunas variantes ésta última.

La resolución que se dicte debe reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

La solicitud para adquirir un derecho de aprovechamiento se presenta ante la Dirección General de Aguas competente o ante el Gobernador respectivo. El solicitante, deberá proceder a efectuar, dentro del plazo de 30 días contados desde la presentación, las publicaciones que regula el artículo 131, puesto que la solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento es una presentación que afecta o puede afectar el derecho de terceros, quienes pueden oponerse a dicha presentación dentro del plazo de 30 días contados desde la publicación o de la notificación en su caso.

Lo anterior guarda relación con lo señalado en el artículo 22 del Código de Aguas que dispone: “La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros”.

El artículo 141 nos señala que también existe oposición cuando en el mismo plazo que tienen los terceros perjudicados para oponerse, se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas, o cuando en una solicitud un tercero pida para sí parte o el total de ellas, y no hubiere recurso suficiente para satisfacer todos los requerimientos.

En estos casos, y excepcionalmente, la Dirección General de Aguas citará a un remate de estos derechos entre los solicitantes, según lo establecido en los artículos 142 y siguientes.

Sin embargo, con relación a la situación de que se presenten dos o más solicitudes sobre las mismas aguas, o cuando en una solicitud un tercero pida para sí parte o el total de ellas, y no hubiere agua suficiente para satisfacer todas las peticiones, el Código de Aguas, en su artículo 148, regula una facultad que se le otorga al Presidente de la República en virtud de la cual él puede evitar el remate y conceder directamente a quien estime el derecho de aprovechamiento, mediante decreto y por razones de interés general.

Se puede apreciar que en este modo de adquirir, la regla general sea la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento a petición del interesado. A este sistema se le ha llamado “sistema de constitución rogada del derecho de aprovechamiento”. La excepción a esta regla general estaría dada por el remate entre los solicitantes del derecho de aprovechamiento sobre las mismas aguas solicitadas y la contra excepción sería la facultad otorgada en el artículo 148 del Código de Aguas al Presidente de la República.

Un tema interesante de destacar en este punto es el hecho de que si existe la posibilidad de que un derecho de aprovechamiento se constituya por una vía distinta a la administrativa, ya que puede darse la situación, por ejemplo, de que una persona pretenda constituir un derecho de aprovechamiento sobre aguas, respecto de las cuales no existe ni ha existido ningún derecho de aprovechamiento constituido y que son útiles para el cultivo y beneficio de sus tierras y se plantee, en consecuencia, la posibilidad de si este derecho podría nacer por un modo distinto a la solicitud por vía de autoridad.

Antes de ver cómo se soluciona este problema en nuestro actual Código, veamos si esta situación era posible de ser aplicada en la legislación anterior al Código de 1981.

Con la Ley N° 16.640, Ley de la Reforma Agraria, como ya se dijo en su oportunidad, se prohibió la posesión del derecho de aprovechamiento y cambió la concepción jurídica de los derechos que podían tener los particulares sobre las aguas. Así, las aguas que eran básicamente de dominio privado bajo la reglamentación del Código de Aguas de 1951, fueron expropiadas y la Ley de la Reforma Agraria estableció que no sería posible adquirir por prescripción el dominio de las aguas ni el derecho a usarlas. Dispuso además, como recordaremos, que el derecho de aprovechamiento era un derecho real administrativo y estableció que no podía cederse.



Como se puede ver, al cambiar la naturaleza jurídica de las aguas con estas modificaciones, no se puede resolver el problema planteado anteriormente con la legislación inmediatamente anterior al Código de Aguas por lo que se debe acudir al Código de 1951. Este Código distinguía entre la situación anterior y posterior a la constitución del derecho real de aprovechamiento.

Antes de la constitución del derecho de aprovechamiento, las aguas nacionales de uso público no tenían gravamen alguno y no podían ser poseídas, puesto que por su naturaleza jurídica eran intransferibles y el derecho de aprovechamiento sólo se constituía por medio de una merced otorgada por el Presidente de la República. El Código señalaba en su artículo 23 que ninguna otra autoridad tendría esta facultad para otorgar la merced y que ni aún el goce inmemorial bastará para constituirlo en causas naturales, negando de este modo poder adquirir la posesión del derecho de aprovechamiento antes de constituirse, ni tampoco poder adquirir el derecho de aprovechamiento por medio de la prescripción adquisitiva en contra de la nación.

Una vez constituido el derecho de aprovechamiento, podría poseerse y adquirirse por prescripción. A este respecto el artículo 25 establecía que: “La adquisición del derecho de aprovechamiento entre particulares, se regirá por el Código Civil, salvo en cuanto esté modificado por el presente Código”.

Se puede concluir que esta expresión “entre particulares” viene a confirmar que el derecho de aprovechamiento no puede adquirirse por prescripción respecto del Estado y sólo opera entre particulares, una vez, por supuesto, constituido el derecho.

En el actual Código de Aguas, el artículo 21 nos señala que la transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código.

En consecuencia, esta norma nos permite sostener que es admisible adquirir un derecho de aprovechamiento en forma exclusiva por la sola prescripción sin necesidad de la resolución del Director General de Aguas.

Con relación a este tema existen dos posturas. Una que plantea la posibilidad de poder adquirir tal derecho mediante la prescripción y la otra que niega esta posibilidad de constitución originaria del derecho de aprovechamiento por otro medio que no sea el del acto de autoridad.

La primera postura fundamenta su posición arguyendo que el Código de Aguas en su artículo 20 dispone que: “El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción”. Señalan que por el hecho de que la norma habla de derechos *así constituidos* estaría reconociéndose que existen otras formas de constituir el derecho.

Señalan además, que el Código en su artículo 21, anteriormente citado, eliminó la expresión *entre particulares* que utilizaba el Código de 1951 para establecer expresamente que las normas de derecho común sólo rigen entre particulares, por lo tanto se podría concluir que la prescripción puede operar como modo de constituir en forma originaria un derecho de aprovechamiento.

El último argumento señalado por esta postura se fundamenta en el artículo 114 Nº 7 del Código de Aguas que establece que deberán inscribirse las resoluciones judiciales ejecutoriadas que reconozcan la existencia de un derecho de aprovechamiento y como la sentencia declarativa se limita a reconocer la existencia del derecho que ha sido alegado por una persona que esta aprovechando ciertas aguas, perfectamente se podría reconocer en esta sentencia la existencia de un derecho de aprovechamiento adquirido por medio de la prescripción.

La otra postura niega en forma categórica la posibilidad de constituir en forma originaria el derecho real de aprovechamiento por otra vía que no sea la de un acto de autoridad.

Se fundamentan en el hecho de que las aguas son bienes nacionales de uso público y que, en consecuencia son de dominio de toda la nación. Bajo este punto de vista, las aguas son intransferibles, inapropiables e imprescriptibles. Sólo se les otorga a los particulares un derecho real de aprovechamiento que supone por la naturaleza jurídica de las aguas, que sea otorgado por un acto administrativo o jurisdiccional, mediante el cual legalmente sea designado como titular del derecho de aprovechamiento. Y al ser un bien nacional de uso público sólo le corresponde constituir este derecho a la Nación quien lo hace justamente a través de sus autoridades administrativas o judiciales, a quienes la ley les otorga la respectiva competencia para realizar tal constitución.

Señalan que por el sólo hecho de que alguien pueda aprovechar un caudal no está significando que se altere el dominio que tiene sobre él la Nación. Así, para la existencia de un derecho de aprovechamiento siempre se requerirá de un acto de autoridad que desafecte las aguas de su carácter de bien nacional de uso público. Por lo anterior, es que se debe interpretar el artículo 20 en su verdadero sentido y alcance y jamás apartarse del espíritu de la ley y su sentido es bastante claro al establecer que el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por un acto de autoridad, quedando en consecuencia su nacimiento restringido exclusivamente a este acto de carácter administrativo.

Establecen además que el Código regula el procedimiento de constitución del derecho de aprovechamiento, por lo que sí un particular desea constituir un derecho de aprovechamiento sobre un determinado cauce, deberá estarse a este procedimiento y no a otro tipo de hechos para poder obtenerlo.

En relación a la disposición que señala que se deben inscribir las resoluciones judiciales que reconocen la existencia de un derecho de aprovechamiento, señalan que el juez simplemente al dictar sentencia, ésta reconociendo un derecho que ya antes existía por haberse cumplido con los requisitos que la ley exigía para su existencia.

Frente a estas dos posturas, cabe destacar que el Código de Aguas, regula situaciones en que el derecho de aprovechamiento de aguas se ha obtenido por una vía distinta a la administrativa.

Además de la señalada en el artículo 114 N° 7, que dispone que deberán inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces las resoluciones judiciales ejecutoriadas que reconozcan la existencia de un derecho de aprovechamiento y lo establecido en el artículo 21 en relación a la regulación de la adquisición y pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento, el Código regula, en el Título III, del Libro I, a las comunidades de aguas. Dichas comunidades se forman con dos o más personas que tienen derechos de aguas de un mismo canal o embalse, o usan en común la misma obra de captación de aguas subterráneas.

Estas comunidades pueden organizarse por escritura pública suscrita por todos los titulares del derecho que se conducen por la obra común. En la formación de estas comunidades de aguas pueden existir comuneros que no tengan sus derechos previamente constituidos. El artículo 188 regula la situación de que cualquier interesado o la Dirección General de Aguas pueda promover alguna alegación sobre la existencia de la comunidad o sobre los derechos de los comuneros en el agua o en la obra común. En estos casos, el Juez del lugar donde esta ubicada la bocatoma del canal principal, citará a un comparendo en el cual los interesados harán valer los títulos o antecedentes que sirvan para establecer sus derechos en el agua o en la obra común.

Posteriormente, el Juez debe declarar la existencia de la comunidad y fijar los derechos de los comuneros. Esta resolución, o el acuerdo a que se llegue en el comparendo, y que determine los derechos de cada comunero debe inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas, según lo dispuesto en el artículo 114 N° 2.

Como se puede apreciar, estamos frente a una situación en la cual se puede dar el hecho de la existencia de comuneros con derechos de aprovechamiento de aguas que no hayan sido otorgados previamente por una concesión y que la constitución de estos derechos haya sido otorgada en definitiva por una resolución judicial o por un acuerdo de los comuneros en el comparendo respectivo. En este caso, al momento de inscribir la respectiva resolución o acuerdo, se puede comenzar a prescribir.

### **c.2 La ocupación.**

El Código Civil señala en su artículo 606 que: “Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas o por el derecho internacional”.

Nuestro actual Código de Aguas no posee una norma que regule este modo de adquirir, por lo debe recurrirse a la remisión que hace este Código en su artículo 21 a las normas civiles.

Con respecto a la ocupación, brevemente se puede señalar, que en general, se rechaza por la inmensa mayoría de los autores que ésta sirva como modo de adquirir el derecho de aprovechamiento por las características propias de este derecho, ya que, para que opere este modo de adquirir debemos estar frente a cosas que no pertenecen a nadie y las aguas son bienes nacionales de uso público, cuyo dominio pertenece a toda la nación y respecto de las cuales los particulares pueden adquirir un derecho real de aprovechamiento que consiste en el uso y goce de ellas. Así lo establecen los artículos 5° y 6° del Código de Aguas, los que impiden que este modo de adquirir pueda operar en la adquisición del derecho de aprovechamiento de aguas.

### **c.3 La accesión.**

Nuestro Código Civil define este modo de adquirir en su artículo 643, el cual dispone: “La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles”.

Como se ve, los requisitos para que opere este modo de adquirir están dados por la existencia de una cosa principal de la que se es dueño y una accesoria que es producida o se junta a la principal.

Por las características de la accesión, la verdad es que se hace inaplicable como modo de adquirir a los derechos de aprovechamiento, ya que, como sabemos, las aguas son bienes nacionales de uso público y son el objeto del derecho de aprovechamiento. Como son el objeto del derecho, malamente se puede señalar que es accesorio a él, ya que el derecho de aprovechamiento es un bien principal en sí mismo y en consecuencia las aguas no pueden ser accesorias a él. Además si el derecho de aprovechamiento se destina a un predio, no por esto se entiende que accede por esta destinación a dicho predio.

Sin embargo, en el artículo 43 señala las aguas provenientes de derrames o drenajes, caídas de un cauce natural o artificial, se confunden con las de éstos.

En este caso, estamos frente a la situación que una persona se encuentra aprovechando ciertas aguas de un cauce natural o artificial y se le juntan aguas provenientes de derrames o drenajes, y en este caso estas aguas acceden al cauce natural o artificial.

Los derrames son las aguas que quedan abandonadas después de su uso, a la salida de un predio. Las aguas provenientes de drenajes, son aquellas que corren por un cauce natural o artificial que sea colector de aguas que se extraigan con el

objeto de recuperar terrenos que se inundan periódicamente, desecar terrenos pantanosos o regosos y deprimir niveles freáticos a la superficie.

Por último cabe señalar que el artículo 34 señala que en los casos de aluvión, avenida, variación de curso de un río o división de éste en dos brazos, se estará a lo dispuesto sobre acciones del suelo en el párrafo 2º, del Título V, Libro II, del Código Civil.

#### **c.4 La ley.**

La ley es el último modo de adquirir derivativo, y, aunque el legislador olvidó señalarlo en el artículo 583 no cabe duda que estamos frente a un modo de adquirir el derecho de aprovechamiento.

Sin embargo, a pesar que la ley es un modo derivativo, ya que de ella derivan los demás modos de adquirir el dominio, ya sea en el Código Civil o en el Código de Aguas, existen casos de adquisición de carácter originario contemplados en el Código de Aguas.

Por ejemplo, está el señalado en el artículo 20 inciso 2º del Código de Aguas que se refiere a las vertientes que nacen, corren y mueren en una misma heredad las que pertenecen por el sólo ministerio de la ley al propietario del predio de que se trate. Otra situación ocurre respecto de las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas y en las lagunas y pantanos situados dentro de una propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituídos a favor de terceros, a la fecha de vigencia del Código. En este caso, por el sólo Ministerio de la Ley se otorga el derecho de aprovechamiento.

También en el caso de las aguas pluviales se le otorga al dueño del predio en que caen el derecho a servirse de ellas mientras corran dentro de su propiedad o no caiga a cauces naturales o de uso público. Se autoriza además a servirse de las aguas lluvias que corren por caminos públicos y torcer su curso para poder

utilizarlas. El inciso segundo le otorga la facultad al dueño para almacenar estas aguas, dentro del predio por los medios adecuados, siempre que no perjudique el derecho de terceros.

Otro caso está dado en el artículo 27 el cual establece a la situación de necesidad de expropiar derechos de aprovechamiento para satisfacer menesteres domésticos de una población por no existir otros medios para obtener agua. En este caso se debe dejar al expropiado lo necesario para su subsistencia.

Este caso de expropiación es un claro ejemplo de cómo opera derechamente la ley como modo de adquirir el dominio del derecho de aprovechamiento de aguas.

Por último cabe señalar que existe un caso establecido en el Código de Minería el cual señala que se otorga el derecho de aprovechamiento a los dueños de una pertenencia minera respecto de las aguas halladas dentro de sus labores con ocasión de trabajos mineros y sólo en lo que fuera necesario para la explotación de la respectiva pertenencia minera.

### **c.5 La Prescripción.**

La prescripción se encuentra definida en el Código Civil, artículo 2492, el cual señala que. “La prescripción es un modo de adquirir las cosas, o de extinguir acciones y derechos ajenos por haberse poseído las cosas o no haberse ejercidos acciones y derechos durante un cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”

Este modo de adquirir ya se encontraba regulado en el Código de Aguas del año 1951, el cual establecía un plazo para adquirir por prescripción el dominio del derecho de aprovechamiento de cinco o de quince años según si se trataba de una prescripción ordinaria o extraordinaria. Posteriormente con la Reforma Agraria que se produjo en Chile, se modificó lo establecido en el Código de 1951 y se prohibió



derechamente la prescripción como modo de adquirir el dominio del derecho de aprovechamiento y esto por la razón, ya antes comentada, que a este derecho se le dio una naturaleza administrativa dejando de tener el carácter patrimonial de que gozaba hasta ese entonces y minando la facultad de los particulares para poder ingresar este derecho a su patrimonio y poder de esta forma disponer de él.

Así el artículo 94 de la Ley N° 16.640 señalaba. “ No se podrá adquirir por prescripción el dominio de las aguas ni el derecho a usarlas”.

Con el nuevo Código de Aguas vuelve la institución de la prescripción reapareciendo con ella la posesión y las acciones posesorias.

Como la Ley N° 16.640 declaró imprescriptible del derecho de aprovechamiento, las personas que habían comenzado a poseer antes de la promulgación de dicha ley y no alcanzaron a completar el plazo requerido para adquirir el derecho por prescripción perdieron todo el tiempo transcurrido al declararse imprescriptible el derecho, transformándose su posesión en mera tenencia. En armonía con lo anterior el artículo 26 sobre efecto retroactivo de las leyes establece que: “ Lo que la ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiere principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción”.

En el actual Código de Aguas se reconoce a estas personas que existió un uso efectivo de las aguas en ese período, permitiéndoles a los usuarios de ellas inscribir y regularizar dicho uso efectivo, cuando hubieran además cumplido los requisitos restablecidos en el artículo 2º transitorio.

Este procedimiento de regularización tiene dos objetivos, el primero es la regularización de los derechos de aprovechamiento no inscritos y segundo, la regularización de los derechos inscritos a nombre de un tercero, cuando el solicitante

a utilizado el derecho por un tiempo determinado, cumpliendo los demás requisitos establecidos por la Ley.

La característica esencial de este procedimiento es su naturaleza mixta, contemplando en su aplicación una etapa de carácter administrativa, para luego pasar a una etapa judicial sometida a las reglas del procedimiento sumario.

Otro elemento importante a considerar, es que se trata de un procedimiento de carácter transitorio, ya que sólo puede ser utilizado por los usuarios de aguas no titulares de derechos, que se encontraban usando el agua a la fecha de entrar en vigencia el actual Código de Aguas, esto es, al 29 de Octubre de 1982.

Para los autores Guzmán Alcalde y Ravera Herrera, se trata “ de una posesión no inscrita bastante particular, porque reconoce expresamente que puede ser opuesta a quien tiene inscrito el derecho a su nombre. En otras palabras, es una posesión no inscrita que opera contra título inscrito, haciendo excepción al artículo 2505 del Código Civil”.<sup>53</sup>

Al igual como se señaló en los demás modos de adquirir, en lo referente a la prescripción, el Código de Aguas hace una remisión a las normas civiles, específicamente al Código Civil. En este modo de adquirir el dominio el derecho de aprovechamiento también se hace necesario remitirnos a las normas del Código Civil en todo aquello que no aparezca expresamente modificado por el Código de Aguas, como lo señala el artículo 21 de dicho cuerpo legal que dispone “La transferencia, transmisión y la adquisición y pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código”.

La prescripción, como se dijo, es el modo de adquirir el dominio del derecho de aprovechamiento que se concede sobre las aguas, ya que éstas por su naturaleza de

---

<sup>53</sup> Guzmán Alcalde, A. y Ravera Herrera, E. Op. Cit., pág. 234.

bienes nacionales de uso público, son inenajenables e imprescriptibles. Esta prescripción tiene como especial característica que actúa sólo entre particulares y respecto de derechos de aprovechamiento que han sido previamente constituidos por la autoridad competente.

En relación a lo anterior, esto es, que la prescripción opere entre particulares y sólo respecto de derechos de aprovechamiento que han sido constituidos previamente por la autoridad competente, cabe preguntarse si es posible adquirir por prescripción el aprovechamiento de aguas que no pertenezcan a terceros.

Al respecto, se debe señalar que los derechos de aprovechamiento que no pertenecen a terceros, pertenecen al Estado. Entonces la pregunta que debe hacerse es si es posible que la prescripción adquisitiva opere en contra del Estado.

En relación a este tema debe señalarse que en nuestro actual Código de Aguas se ha querido hacer aplicable al régimen legal de las aguas en Chile todo el sistema de propiedad raíz establecido para los inmuebles, motivo por el cual se aplican respecto de las aguas todas las normas que constituyen la “Teoría de la posesión inscrita”, en especial el artículo 2505 del Código Civil.

Dicho artículo establece: “Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo”.

De lo anterior dan cuenta numerosas disposiciones del Código de Aguas. Así se establece en el Título VIII, Libro I, que los Conservadores de Bienes Raíces lleven un libro denominado “Registro de Aguas”, en el que deberán inscribirse los títulos que la ley señala.

El artículo 117 nos señala que la tradición de los derechos de aprovechamiento inscritos se efectuará por la inscripción del respectivo título en el Registro de Propiedad de Aguas. El mismo requisito de la inscripción se pide para la constitución y tradición de derechos reales constituidos sobre ellos. A su vez, el artículo 114 enumera lo que debe inscribirse en este registro.

Unido a lo anterior, está el hecho de que el Código de Aguas señala en su Título III, Libro I del Código de Aguas, en su artículo 20 que el derecho de aprovechamiento se constituye por acto de autoridad.

Esto, porque las aguas son bienes nacionales de uso público y son de dominio de toda la nación. En consecuencia, son intransferibles, inapropiables e imprescriptibles y a los particulares sólo se les otorga un derecho real de aprovechamiento el cual debe ser otorgado por un acto administrativo o resolución judicial, mediante el cual legalmente sea designado como titular del derecho de aprovechamiento. Y al ser un bien nacional de uso público sólo le corresponde constituir este derecho a la Nación quien lo hace justamente a través de sus autoridades administrativas o judiciales.

En consecuencia, tenemos, que si alguien utiliza aguas desde la entrada en vigencia del Código de Aguas, esto es, al 29 de Octubre de 1981, no puede adquirir el derecho por prescripción, ya que estos se constituyen por acto de autoridad, mediante el procedimiento establecido para tal efecto en el Código.

A su vez, el procedimiento establecido en el artículo 2° transitorio, sólo regula el uso que personas distintas de sus titulares hacían de las aguas, pero sólo hasta el momento de entrada en vigencia del actual Código, ya que este procedimiento no se aplica a situaciones que se originen con posterioridad a la entrada en vigencia del Código.

Si bien la regla general es que todos los derechos de aprovechamiento se pueden adquirir por prescripción, el Código de Aguas establece excepciones a esta regla señalando derechos que son imprescriptibles:

- El uso de aguas lluvias que corren por un camino público.
- El uso de derrame o drenaje por terceros, los cuales son actos de mera tolerancia del titular de los derechos de aprovechamiento, que no confiere posesión ni dan fundamento a prescripción alguna.
- Derechos, gravámenes o servidumbres sobre derrames o drenajes, sólo se pueden adquirir por medio de un título y, por lo tanto no se pueden adquirir por prescripción.

Entre las características que se pueden nombrar de este modo de adquirir está el hecho de que la prescripción adquisitiva es un modo originario ya que no depende de un dominio anterior, se origina con el prescribiente; es a título gratuito, es un acto entre vivos y por regla general es de carácter singular.

Existen normas comunes civiles aplicables a la prescripción adquisitiva como extintiva, las cuales también se aplican en materias de aguas, como son:

- La prescripción debe ser alegada, como acción o como excepción.
- La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente, pero sólo después de cumplida.
- Las normas de prescripción se pueden aplicar a favor o en contra del Estado, de las Iglesias, las Municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de sus bienes.
- La prescripción no sólo permite adquirir un derecho de aprovechamiento sino también otorga la forma para ejercer dicho derecho. Los artículos 312 y 313 regulan la posibilidad de prescribir derechos de aprovechamiento en calidad de permanentes o consuntivos.

Para que opere la prescripción adquisitiva se requiere que la cosa sea susceptible de adquirirse por prescripción, la posesión y el transcurso del tiempo.

1. - Cosa susceptible de adquirirse por prescripción.

El derecho de aprovechamiento es susceptible de adquirirse por prescripción, salvo las excepciones antes señaladas.

El Código de Aguas, reconoce en su artículo 310 N° 10 los derechos de aprovechamiento constituidos a la fecha de su promulgación que emanan de una sentencia judicial que declaró la prescripción adquisitiva. Con esto el Código de Aguas está reconociendo los derechos adquiridos con anterioridad a su entrada en vigencia. En armonía con lo anterior en artículo 311 establece que el ejercicio de estos derechos constituidos con anterioridad al actual Código de Aguas se regirán por las normas pertinentes del presente Código.

2. - La posesión.

Elemento esencial de toda prescripción adquisitiva, se encuentra definida en el artículo 700 del Código Civil: “ La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”.

Vimos que el derecho de aprovechamiento consiste en el uso y goce de las aguas. Este derecho de aprovechamiento es uno real con características especiales. Ahora, respecto de este derecho real, que es incorporal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 715 del Código Civil, se permite entrar a poseerlo, ya que este artículo permite la posesión de cosas incorporales, en este caso, el derecho de aprovechamiento.

El Código de Aguas, en su artículo 20 se refiere expresamente a la posesión de los derechos de aprovechamiento inscritos al señalar que: “El derecho de

aprovechamiento se constituye originalmente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción.”

De la misma definición de posesión fluyen los elementos que la constituyen: corpus y animus.

La posesión comienza cuando concurren estos dos elementos copulativamente.

En el Código de Aguas no existe una norma expresa que señale cuando comienza a poseerse un derecho de aprovechamiento que no se encuentra inscrito, pero de un análisis de diversas disposiciones (artículo 8, 9 y 25) se puede establecer que este derecho comienza ejercerse con las obras que requieren para poder utilizar las aguas. Se podría concluir que el hecho de realizar una construcción tendiente al uso de las aguas constituye un hecho que permite sostener que se ha dado comienzo a la posesión.

En materia de presunción del dominio a favor del poseedor el Código de Aguas se remite al Código Civil, el cual establece que el poseedor se reputa dueño mientras otro no justifique serlo (artículo 700).

Sin embargo, a pesar de esta remisión, en el artículo 7° del DL N° 2603, se estableció una presunción de dominio del derecho de aprovechamiento la cual establece: “Se presumirá dueño a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua”.

El Código de Aguas además regula la posesión según los distintos tipos de aguas que distingue la legislación de aguas. Es así como regula la posesión de las aguas pluviales, de las aguas subterráneas, de los derrames de aguas, de los drenajes, de los sobrantes y de las aguas superficiales.

a.- En relación a las aguas pluviales, estas se encuentran definidas en el artículo 1, inciso 2 del Código de Aguas, y son aquellas que proceden inmediatamente de las lluvias. Serían aquellas que viniendo de las lluvias no son absorbidas (aguas subterráneas) ni se confunden con otras aguas, escurriendo por la superficie del suelo. Mantienen su condición de aguas lluvias por el hecho de pasar por efecto de la gravedad al predio inferior de aquel donde cayeron. En cambio si ellas son almacenadas o se acumulan ya sea en un depósito natural o artificial, pasan a ser aguas detenidas. También cambian su naturaleza al confundirse con un cauce natural o artificial, pasando a ser aguas corrientes.

Las aguas pluviales que caen en una propiedad particular, le dan derecho al dueño del predio a hacerla suyas mientras ellas corran dentro de él o no caigan en cauces naturales de uso público (art. 10 del Código de Aguas). En consecuencia hay posesión sobre el derecho de aprovechamiento que recae sobre aguas de lluvia que caen o se recogen en un predio particular, pudiendo manifestarse esa posesión por las obras aparentes que el particular edifique y que estén destinadas a la captación y mejor uso de ellas. Esa sería la forma de adquirir la posesión.

Las aguas pluviales que caen en bienes nacionales de uso público, pueden ser utilizadas por el dueño de un predio. El Código de Aguas habla en el artículo 11 de la posibilidad que tiene el dueño de un predio de servirse las aguas que corren por un camino público torciendo el curso de ellas para utilizarlas.

Asimismo el artículo sujeta ese uso a lo que las leyes y las ordenanzas respectivas prescriban, y además establece que respecto de ellas no es posible adquirir un derecho de aprovechamiento, ya que expresamente prohíbe la prescripción. Por lo tanto, tampoco permitiría la posesión.

b.- Con relación a las aguas subterráneas, estas se encuentran definidas en el artículo 2, inc. Final y son aquellas que se encuentran ocultas bajo tierra y que no han sido alumbradas. Aquí debemos distinguir las aguas que son alumbradas en



terrenos de particulares para la bebida y otros usos domésticos, y aquellas alumbradas para cualquier otro uso.

Respecto de las primeras, el Código de Aguas confiere a los particulares dueños de un predio la posibilidad de alumbrarlas y de adquirir el correspondiente derecho de aprovechamiento, sin la necesidad de obtener una autorización de la autoridad administrativa, siempre y cuando ellas sean destinadas a la bebida u otro uso doméstico.

Ahora, respecto de estas aguas si bien la ley permite constituir un derecho de aprovechamiento, puede ocurrir que salgan del predio en el que fueron alumbradas, dando la posibilidad de que terceros puedan hacer uso de ellas.

Sin embargo, este uso no les permite a los terceros la posibilidad de constituir un derecho de aprovechamiento sobre ellas, salvo que este sea constituido a través de un título otorgado por el dueño del predio en el cual estas aguas fueron alumbradas.

A esta conclusión podemos llegar por la vía de la interpretación ya que no existe norma que regule el punto. Para ello es posible asimilar esta situación a aquella que se establece para las aguas de derrames. (artículos 44 y 45 del Código de Aguas).

Respecto de las aguas subterráneas que son alumbradas para otros usos, el art. 57 se remite a las normas de las aguas corrientes, por lo que es posible la adquisición del derecho de aprovechamiento, y por ende la posesión. Sin embargo, al igual que en las aguas corrientes se requiere constituir el derecho a través de un acto de autoridad.

c.- Con respecto a los derrames de agua, estos, son excedentes que provienen del ejercicio de derechos de aprovechamiento, sean estos de aguas corrientes, subterráneas o detenidas. La producción de derrames depende exclusivamente de la voluntad del titular del derecho, y en consecuencia no se puede exigir a este que

produzca tales derrames. Por lo tanto, no hay posesión sobre los derrames, ni posibilidad de adquirirlos por prescripción.

d.- Los drenajes son cauces colectores de agua que son extraídas de terrenos que tienen un nivel freático alto (terrenos inundados, pantanosos o vegosos). El drenaje tiene por objeto extraer las aguas del terreno a fin de habilitarlo para actividades agrícolas. Estas aguas son tratadas junto con los derrames, y por lo tanto, no es posible la posesión de estas aguas de drenaje. (Artículo 55).

Respecto de los drenajes y derrames pueden constituirse por medio de un título, y para que produzcan efecto respecto de terceros deben constar por instrumento público e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas del C.B.R respectivo.

e.- Con respecto a los sobrantes, este concepto no se encuentra definido en la ley, pero se puede desprender una definición de lo establecido en los artículos 18 y 94 del Código de Aguas. Consisten en aguas que no han sido usadas con ocasión del ejercicio de un derecho de aprovechamiento sobre determinadas aguas. Es aquella parte de la dotación de agua a que se tiene derecho de aprovechamiento sobre determinadas aguas. Este tipo de aguas es distinto a lo que debe entenderse por derrame, en que las aguas fueron utilizadas por el titular del derecho y que luego fueron abandonadas, dado que el titular del derecho no decidió utilizarlas nuevamente. Sobre los sobrantes puede constituirse un derecho de aprovechamiento eventual, y se rige por las normas de las aguas superficiales, pudiendo, en consecuencia, adquirirse la posesión de dichas aguas, y generalmente adquirirse por prescripción el derecho de aprovechamiento sobre las mismas.

f.- Las aguas superficiales son aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre. Pueden ser corrientes o detenidas. Las corrientes, escurren por cauces naturales o artificiales; las detenidas están acumuladas en depósitos naturales o artificiales. A estas aguas se les aplica plenamente el título “de la adquisición del

derecho de aprovechamiento”, que consagra el Código de Aguas en su Libro I, Título III, permitiéndose la posesión del derecho de aprovechamiento que recae sobre este tipo de aguas.

3. - El tercer elemento necesario para que opere la prescripción es el transcurso del tiempo.

Tercer y último requisito de la prescripción adquisitiva. El transcurso del tiempo se refiere al plazo que corre a favor del dueño para que dentro de él realice todos los actos necesarios tendientes a que no se consolide en el patrimonio de un tercero su derecho de aprovechamiento. Es decir, es un plazo donde el titular del derecho puede reclamar de la posesión que un tercero está haciendo de su derecho de aprovechamiento. Si el dueño permanece en total inactividad, se consolidará en el patrimonio del tercero su derecho.

Cabe destacar que el Código de Aguas, como se dijo en su oportunidad, regula la extensión y forma de prescribir adquisitivamente un derecho de aprovechamiento. Es así como el artículo 312 N° 5 de dicho Código se establece que se presumen derechos de ejercicios permanentes aquéllos que hayan sido ejercidos con dicha calidad durante cinco años, sin contradicción de terceros. A su vez el artículo 313 N° 3 señala que se presumirán derechos de aprovechamiento consuntivos, aquellos que hayan sido ejercidos con dicha calidad, también durante cinco años, sin contradicción de terceros. En consecuencia, para que opere la prescripción adquisitiva del derecho de aprovechamiento de ejercicio permanente, es necesario que se haya ejercido este derecho durante un plazo de cinco años sin contradicción de terceros. A su vez, para que opere la prescripción adquisitiva del derecho de aprovechamiento consuntivo se requiere igualmente que se haya ejercido este derecho por un plazo de cinco años y sin contradicción de terceros. Este tipo de presunciones que establece el Código de Aguas, son presunciones legales por lo tanto admiten prueba en contrario puesto que al no ser presunciones de pleno derecho, pueden ser contradichas por un tercero.

Por último, se debe agregar que la prescripción adquisitiva declarada judicialmente provoca la adquisición del dominio retroactivamente desde el momento en que se originó la posesión del derecho de aprovechamiento.

## **2.d. – Extinción del Derecho de Aprovechamiento de Aguas.**

El artículo 129 del Código de Aguas dispone: "El dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por las causas y en las formas establecidas en el derecho común".

Con esta norma única sobre este punto, el Código de Aguas delegó en esta materia a lo se disponga en ella en el derecho común. Las formas de extinguir el derecho de aprovechamiento son las siguientes:

### **a.- Prescripción.**

El dominio se caracteriza por su perpetuidad. " El dominio es perpetuo en cuanto no está sujeto a limitaciones de tiempo y puede durar tanto, cuanto sea la cosa; en sí mismo no lleva una razón de caducidad, y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. Por tanto, el propietario no pierde el derecho aunque no use la cosa, aunque un tercero sin la voluntad del dueño o contra ella, ejerza actos de dominio; el propietario sólo pierde su derecho si deja poseer la cosa por el tercero, durante el tiempo requerido por la ley para que éste adquiera el dominio de ella por prescripción".<sup>54</sup>

De lo anterior se puede concluir, que por regla general, el dominio no se extingue, salvo y excepcionalmente cuando opera la prescripción adquisitiva a favor de un tercero y con los requisitos legales.

---

<sup>54</sup> Alessandri, Somarriva y Vodanovich. Curso de Derecho Civil. Los Bienes y Derechos Reales. Santiago. 1974. Editorial Nacimiento. Pág. 139.

b.- Extinción del objeto del derecho.

Otra forma de extinguirse el derecho de aprovechamiento se infiere de lo dicho anteriormente en cuanto a que el dominio dura "tanto cuanto la cosa". Si lo aplicamos al derecho de aprovechamiento tenemos que si dejan de existir las aguas de una corriente para no volver jamás, tenemos que como consecuencia se extingue también el derecho de aprovechamiento que sobre ellas se había constituido, y esto por que carecería de objeto el derecho.

c.- Renuncia.

Otra forma de extinguir el derecho de aprovechamiento es la renuncia. Esta se define como una declaración unilateral del titular de un derecho subjetivo dirigida a abandonar el derecho mismo, sin traspasarlo a otro sujeto, constituyendo causa de extinción.<sup>55</sup>

En los derechos reales, que son definidos como oponibles a toda persona, y siendo bienes que ingresan al patrimonio de éstas, la renunciabilidad aparece como una característica fundamental.

La renuncia es un acto unilateral, abdicativo, abstracto e irrevocable. No es solemne, salvo excepciones. No habría ninguna duda en torno a la irrenunciabilidad del derecho de aprovechamiento. En primer lugar, porque el artículo 12 del Código Civil permite la renuncia de los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y no esté prohibida su renuncia, cual es el caso del derecho de aprovechamiento.

En segundo lugar porque se puede hacer una analogía entre el derecho de aprovechamiento y la concesión minera. Ambos son derechos reales y en el Código de Minería se establece en el artículo 162 que:

---

<sup>55</sup> Alessandri, Somarriva y Vodanovich. Curso de Derecho Civil. Parte general y de los Sujetos del Derecho. Pág. 171.

" La concesión minera es renunciable, sin perjuicio del derecho de terceros para oponerse a las renunciaciones que los perjudiquen.

La renuncia podrá hacerse por escritura pública y se perfeccionará por la cancelación de las respectivas inscripciones ordenada por el juez competente.

Para renunciar a la concesión se requerirán igual capacidad y las mismas facultades y demás requisitos que para enajenarla".

Al renunciarse al derecho de aprovechamiento podría decirse que operaría muy similar a lo dicho respecto a la concesión minera, esto es, a través de una escritura pública y con la cancelación en la respectiva inscripción, salvo en lo que respecta a la intervención del juez ya que éste sólo puede actuar por medio de un mandato de ley expresa. Por lo demás no deja ser lógico que deba intervenir en la cancelación de las inscripciones, ya que, ha debido intervenir ordenándolas, según lo ha estimado el legislador al establecer el procedimiento correspondiente.

#### d.- Nulidad.

El derecho de aprovechamiento también puede extinguirse por la nulidad de la resolución que la otorga.

El Código no ha contemplado expresamente esta nulidad, pero es lógico pensar que la omisión de alguna diligencia o trámite de las que contempla el Código, producirá la nulidad de la resolución.

Como la resolución que concede el derecho de aprovechamiento emana de un órgano administrativo, Dirección General de Aguas, la nulidad que la afecta es nulidad de derecho público. En consecuencia, no se sana jamás, y luego, podrá pedirse la nulidad de la concesión en cualquier tiempo.

### **3.- PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS.**

Este capítulo tiene por objeto analizar las acciones contempladas dentro de nuestra legislación para proteger los derechos que se tienen sobre las aguas

#### **3.a.- Norma general sobre procedimientos judiciales en materia de aguas.**

La norma general en cuanto a los procedimientos judiciales en materia de aguas está señalada en el párrafo I del Título II del Libro II del Código de Aguas.

El artículo 177 dispone que los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan un procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario, y será el Juez competente el que lo sea de conformidad al Código Orgánico de Tribunales.

En estos juicios se podrá decretar de oficio la inspección personal del tribunal, el nombramiento de peritos y el informe de la Dirección General de Aguas, como lo dispone el artículo 179 del Código de Aguas.

#### **3.b.- Acciones que derivan de los procedimientos administrativos de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas o de otorgamiento de autorizaciones que debe dar la Dirección General de Aguas.**

Todas las normas que se refieren a esta materia tienen por objeto cautelar que las resoluciones que se dicten por la Dirección General de Aguas se ajusten a derecho, y que los interesados en ella, ya sea solicitantes u oponentes, puedan ejercer los derechos que le otorga la ley.

Al respecto es posible distinguir, en el Código de Aguas, a lo menos las siguientes situaciones:

- Procedimientos administrativos comunes, artículo 130 y siguientes.
- Constitución del derecho de aprovechamiento sobre aguas superficiales o subterráneas, artículo 140 y siguientes.
- Construcción, modificación, cambio y unificación de bocatomas, artículo 151 y siguientes.
- Cambio de fuente de abastecimiento, artículo 158 y siguientes.
- Traslado de ejercicios de derechos de aprovechamiento, artículo 163.
- Formación de roles provisionales de usuarios, artículo 164 y siguientes.
- Modificaciones en cauces naturales o artificiales, artículo 171 y siguientes.
- Construcción de ciertas obras hidráulicas señaladas en el Libro Tercero, Título I, artículo 294 y siguientes.
- Autorización para explorar aguas subterráneas. Resolución D.G.A. N° 186-96. Declaración de agotamiento de fuentes naturales, artículo 282.

En relación a los procedimientos, en líneas generales, para todas las situaciones antes enumeradas, tenemos las siguientes acciones:

#### **a.- Oposición.**

El artículo 131 del Código de Aguas dice que: “ toda presentación que afecte o pueda afectar a terceros deberá publicarse”, en la forma que establece; y el artículo 132 dispone que “ los terceros que se sientan afectados en sus derechos, podrán oponerse a la presentación dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de la última publicación o notificación, en su caso”.

De esta oposición se da traslado al solicitante por el plazo de 15 días.

En el caso de las solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento el artículo 141, dispone que “los que se crean perjudicados por la solicitud y la Junta de Vigilancia, podrán oponerse dentro del plazo establecido en el artículo 132”.



## **b.- Reconsideración.**

Según el artículo 136 del Código de Aguas “las resoluciones que se dicten por el Director General de Aguas, funcionarios de su dependencia o por quienes obren en virtud de una delegación de funciones”, pueden ser objeto de un recurso de Reconsideración ante el Director General, dentro del plazo de 30 días contados desde la notificación de la resolución respectiva.

## **c.- Reclamación.**

Según el artículo 137 del Código de Aguas, las resoluciones que dicte el Director General de Aguas pueden “reclamarse ante la Corte de Apelaciones respectiva, dentro del plazo de 30 días contados desde su notificación o desde la notificación de la resolución que recaiga en el recurso de Reconsideración, según corresponda”.

Se ha resuelto por los Tribunales, que cuando el artículo 137 del Código de Aguas se refiere a la Corte de Apelaciones respectiva, lo está haciendo respecto del lugar de los hechos y no a la ubicación de la Dirección General de Aguas.<sup>56</sup>

En relación a las notificaciones de las resoluciones de la Dirección General de Aguas hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 139 del Código de Aguas, que ordena que se hagan por cédula mediante funcionario que se designa en la respectiva resolución, a menos que no hubiere el interesado fijado domicilio dentro de los límites urbanos del lugar en que funciona la oficina donde se haya efectuado la presentación, en cuyo caso la resolución se entenderá notificada desde la fecha de su dictación.

## **d.- Situación especial: Oposición a solicitudes de regularización del artículo 2° transitorio del Código de Aguas.**

---

<sup>56</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, Sección ii, pág. 145, Tomo XC-1993.

Vencido el plazo de la oposición, o del traslado, si ha habido oposición, la Dirección General de Aguas remite los antecedentes al Juez Civil competente, quien debe resolver la solicitud de regularización sometiéndose la tramitación a las reglas del juicio sumario.

### **3.c.- Acciones que tienen por objeto proteger el ejercicio de derecho de aprovechamientos de aguas.**

#### **a.- Recurso de Protección.**

Según el inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgaran a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Esta norma ya había sido elevada a categoría constitucional con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1980, por el D.L N°2603, de 1979.

El artículo 20 de la Constitución establece lo que se conoce con el nombre de recurso de protección, que señala que “el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, N°..24, ...podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Como consecuencia de lo anterior, teniendo una persona, natural o jurídica, derechos sobre aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, tiene la propiedad sobre los mismos derechos, y si sufre privación, perturbación o amenaza

en el legítimo ejercicio de ellos a causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, puede ejercer el recurso de protección.

La Excma. Corte Suprema, por auto acordado ha establecido el procedimiento de conocimiento, tramitación y fallo de este recurso, que en síntesis tiene las siguientes etapas:

- Interposición del recurso, ante la Corte de Apelaciones correspondiente, dentro del plazo fatal de 15 días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos. La interposición del recurso no requiere formalidades especiales, incluso por telégrafo o teles.
- El tribunal puede decretar la “orden de no innovar”.
- La Corte fija plazo al recurrido para que informa.
- El recurso se ve en forma preferente.
- Se dicta sentencia.
- Se puede apelar ante la Excma. Corte Suprema, la que no requiere ser fundada.

#### **b.- Amparo Judicial.**

Está contemplado en el artículo 181 y siguientes del Código de Aguas. El amparo Judicial consiste en que “el titular de un derecho de aprovechamiento o quien goce de la presunción a que se refiere el artículo 7° del Decreto Ley N°2.603, de 1979, que estimare estar siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas, por obras o hechos recientes, podrá ocurrir ante el Juez competente a fin de que se le ampare en su derecho”.

La Dirección General de Aguas se ha pronunciado al respecto señalando: “El recurso de amparo judicial de aguas, prevenido en los artículos 181 y siguientes del cuerpo legal de la especialidad, en opinión de este servicio, tiene por objeto proteger el statu quo existente en una situación práctica determinada, que se ve anormalmente alterada por hechos u obras que han motivado su interposición,

adoptando la judicatura la medida tendiente a poner término a los entorpecimientos que impiden el uso tranquilo y pacífico del agua.”<sup>57</sup>

Los artículos 182 a 185 del Código de Aguas establecen el procedimiento de conocimiento, tramitación y fallo del amparo judicial, que en síntesis es el siguiente:

- Interposición del amparo, mediante solicitud que debe contener algunos requisitos, entre ellos, los entorpecimientos que le impiden el ejercicio de su derecho; el daño que dichos entorpecimientos le ocasionen o pudieren ocasionar; y la organización de usuarios a que pertenece el recurrente o, en su defecto, la nómina de las organizaciones constituidas en el canal, embalse o captación de donde provengan las aguas, y la individualización de sus representantes legales, cuando estas organizaciones existan.
- Deberán acompañarse a la solicitud los antecedentes que justifiquen el derecho de aprovechamiento o la presunción.
- La notificación al recurrido debe hacerse por el artículo 44 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, y a organizaciones de usuarios. El plazo para que él o los notificados formulen sus descargos u observaciones es de cinco días.
- El Tribunal ordenará la inspección ocular a costa del reclamante; y si el juez lo estima procedente, solicitará un informe a la Dirección General de Aguas, dentro del plazo de cinco días.
- Transcurridos los plazos antes señalado el Tribunal debe dictar sentencia sin más trámite, la que deberá notificarse por cédula. Si se acoge el amparo la sentencia debe expresar las medidas que se deben adoptar para poner término al entorpecimiento; y
- Si se deduce apelación, ésta se concede en el solo efecto devolutivo.

### **c.- Acciones Posesorias.**

Ellas son tratadas en el Título IX del Libro I del Código de Aguas.

---

<sup>57</sup> Oficio N°45 Departamento Legal de la D.G.A, de fecha 25 de enero de 1988.

En general estas acciones se refieren a turbaciones de común ocurrencia en materia de aguas.

El Código Civil define las acciones posesorias en el artículo 916, señalando que “tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos”.

Por su parte, el artículo 700 del mismo Código Civil define la posesión como la “tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”.

La regla general en materia de acciones posesorias, relativas a aguas, esto es acciones que tengan por objeto conservar o recuperar la posesión de un derecho de aprovechamiento de aguas o de derechos reales constituidos en ellos, es que las disposiciones establecidas en los títulos XIII y XIV del Libro II del Código Civil. Así lo dispone el artículo 128 del Código de Aguas.

Las acciones posesorias del Código Civil, también aplicables a las aguas, prescriben en plazos relativamente cortos. Las que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embargo inferido a ella. Las que tienen por objeto recuperarla, expiran al cabo de un año completo contado desde que el poseedor anterior la ha perdido. Las de restablecimiento prescriben en el plazo de seis meses.

A su vez, el Código de Aguas establece algunas acciones posesorias especiales.

El artículo 123 se refiere a actos efectuados por terceros que tienen por objeto torcer o cambiar la dirección de las aguas corrientes (las que escurren por cauces naturales o artificiales).

Se debe señalar que este artículo se refiere a hechos del hombre y no a hechos de la naturaleza como ocurre con lo preceptuado en el artículo 126. Esta norma establece que si como efecto de dicho cambio de dirección de las aguas se producen derrames o estancamientos que humedezcan el suelo ajeno o que priven del beneficio del agua a predios que tienen derecho a ellas; el juez a petición del o los interesados mandará que tales obras se deshagan o modifiquen, además condenar al infractor a indemnizar los perjuicios sufridos.

El artículo 123 da algunos ejemplos de actos que provocan el cambio de rumbo de las aguas. Sin embargo, pueden darse otros actos que produzcan ese mismo efecto y que permitirían a quien tiene derecho en esas aguas a impetrar esta acción posesoria. Ello además puede inferirse del tenor de la norma, cuando habla de “otras labores..”, pudiendo por ende, interpretarse que los actos que provoquen el cambio de rumbo de las aguas sean innumerables.

Asimismo, el artículo 124 se encarga de señalar que esta acción se aplica no sólo a las obras nuevas, sino, también a aquellas que llevan tiempo de construidas, siempre y cuando el usuario de estas no haya constituido un derecho de servidumbre en su favor. El inciso segundo de este artículo establece, sin embargo, una limitación expresa a la adquisición por prescripción de derechos producto de obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso. Cabe destacar que esta limitación requiere de la concurrencia copulativa de estos dos elementos para que sea aplicable.

El artículo 126 regula una acción posesoria destinada a terminar con el estancamiento de las aguas o el cambio del curso de ellas, cuando este se ha producido ya no por actos del hombre, sino como consecuencia de hechos de la naturaleza, tales como la acumulación de cieno, palos, piedras u otras materias que acarrea y deposita un cauce de agua. La norma permite que a los dueños de las heredades que sufran el perjuicio derivado de este cambio de curso o estancamiento de las aguas, que se obligue al dueño del predio en el que se produjo el embarazo a

removerlo. La norma igualmente permite a los perjudicados remover por ellos mismos dichos estancamientos, a fin de volver las cosas a su estado anterior. El costo de dicha limpieza se repartirá entre los dueños de los predios a prorrata del beneficio que les reporta dicha limpieza.

Según el artículo 180 del Código de Aguas, las acciones posesorias se rigen por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Por su parte el Título IV del Libro III del Código de Procedimiento Civil, establece el procedimiento de tramitación de las acciones posesorias.

### **3.d.- Otras acciones.**

En el Código de Aguas encontramos otras acciones que se pueden ejercer por los particulares en defensa de sus derechos, las cuales son:

#### **a.- Acciones derivadas del proceso de constitución de comunidades de aguas, asociaciones de canalistas, y juntas de vigilancia.**

Según el artículo 188 del Código de Aguas cualquier interesado a la Dirección General de Aguas puede promover cuestión sobre la existencia de la Comunidad o sobre los derechos de los comuneros en el agua o obra común, para cuyo efecto se citará a comparendo ante el Juez del lugar en que esté ubicada la bocatoma del canal principal. El artículo 269 del Código de Aguas dispone que para constituir una junta de vigilancia se citará a comparendo ante la justicia ordinaria.

#### **b.- Acciones Ejecutivas.**

Según el artículo 213 del Código de Aguas “ Los acuerdos de las Juntas sobre gastos y fijación de cuotas, serán obligatorios para todos los comuneros, y una copia de tales acuerdos debidamente autorizada por el Secretario del Directorio, tendrá

mérito ejecutivo, en contra de aquellos “. “La misma norma se aplicará respecto de los acuerdos del directorio sobre fijación de cuotas, cuando proceda, y sobre multas”.

A su vez, el artículo 172 señala que “ En caso de realizarse obras con infracción a lo dispuesto en el artículo 171 “ la Dirección General de Aguas podrá apercibir al infractor, fijándole plazo perentorio para que modifique o destruya las obras que entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas o signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes.

Si el infractor no diere cumplimiento a lo ordenado, la Dirección podrá encomendar a terceros la ejecución de las obras necesarias por cuenta de los causantes del entorpecimiento o peligro. Tendrá mérito ejecutivo para su cobro la copia autorizada de la resolución del Director General de Aguas que fije el valor de las obras ejecutadas”.

### **c.- Procedimiento Arbitral.**

El artículo 244 dispone: “ El directorio resolverá como arbitrador, en cuanto al procedimiento y al fallo, todas las cuestiones que se susciten entre los comuneros sobre repartición de aguas o ejercicio de los derechos que tengan como miembros de la comunidad y las que surjan sobre la misma materia entre los comuneros y la comunidad”.



## **CONCLUSIÓN**

Las instituciones del Derecho de Aguas, muchas de ellas de base romana, otras heredadas de la legislación hispana, otras nacidas en forma consuetudinaria, están impregnadas de su evolución histórica, y se han ido depurando a través de los siglos formando verdaderos principios jurídicos. Es justamente a través de su historia jurídica que se puede descubrir el nacimiento y posterior desarrollo, hasta nuestros días, de las principales características y principios de las instituciones del Derecho de Aguas.

Justamente una de las instituciones más importantes del Derecho de Aguas, es el derecho de aprovechamiento. La importancia de regular el uso, goce y disposición de las aguas, tal como se dijo en la introducción, proviene desde las más antiguas legislaciones, y es que no se puede negar la enorme trascendencia que los recursos hídricos juegan tanto para la subsistencia humana como para el desarrollo y avance de los países.

A través de la presente memoria, hemos podido observar la visión y regulación que se ha dado al derecho de aprovechamiento de las aguas a lo largo de nuestra historia. Desde la época de la colonización, durante la cual la estructura legal básica fue dispuesta en las leyes de Indias y en la legislación española, hubo especial cuidado por parte de la corona de otorgar y regular las concesiones de mercedes que incluían el derecho de usar y gozar de las aguas, ya que como vimos, las aguas eran de dominio de la corona, y, en uso de ese derecho de dominio es que los soberanos españoles regularon todo lo atinente con la utilización de las aguas, las cuales estaban sometidas al uso común.

Se analizó, en consecuencia, que las aguas eran consideradas una “regalía del Rey”, y si bien, en un comienzo hubo una consideración de las aguas y de los ríos como algo “común”, ello nunca fue impedimento para considerar el estrecho vínculo que respecto de las aguas se forjaron los reyes, defendido a través de la formulación

jurídica de la inalienabilidad y de la imprescriptibilidad. El uso y aprovechamiento de las aguas, en todo el período medieval y moderno hispánico, dependió de una merced, licencia o privilegio, sujetándose los usuarios al pago de rentas, con lo cual se está reconociendo implícitamente el señorío real. En consecuencia, sólo a través de la merced se pueden crear derechos de aprovechamiento a favor de los particulares. Éstos, con el uso de las aguas, otorgados mediante la concesión real, no podían disminuir el dominio o señorío real, por lo que sus derechos no eran sino sólo de uso o aprovechamiento de unos ríos que siempre fueron considerados públicos.

Por estas razones, la Corona mantuvo siempre una intensa intervención en sus colonias, estableciendo regulaciones y prohibiciones respecto de los ríos y la forma de su aprovechamiento por los particulares como, asimismo, el fomento del conocimiento y manejo de los caudales por los representantes de la administración.

Igual filosofía se siguió luego al ser declarada la independencia de nuestro país en el sentido de establecer que las aguas son de dominio del Estado y que a los particulares se les otorga un derecho de uso y goce sobre ellas. En este período, que abarca aproximadamente desde 1890 hasta 1951, el derecho de aguas se desarrolló dentro del marco previsto por las medidas legales promulgadas por el gobierno chileno con el objeto de administrar las aguas públicas de la nación y por el Código Civil de 1855, como se analizó en el capítulo primero. Posteriormente se recurrió a numerosas ordenanzas generales y leyes municipales para regular el uso de las aguas públicas.

La diversidad y confusión entre las numerosas disposiciones hizo que se hiciera necesario comenzar con un proceso de codificación de estas normas. Fue así como se analizó el derecho de aprovechamiento en los Códigos de Aguas dictados en nuestro país. La importancia de ellos, además de unificar la legislación de aguas, es que definen el derecho que nos atañe, estableciendo que es un derecho real, poniendo fin a las discusiones doctrinarias sobre su naturaleza jurídica. Así lo definen

los Códigos de 1948, 1951 y el de 1981. Con las modificaciones que introdujo la Ley de Reforma Agraria N° 16.640, se lo definió como un derecho administrativo, analizándose las razones que tuvo el legislador para establecer este cambio y sus alcances los cuales se caracterizaron por limitar el ejercicio de la propiedad privada en virtud de su función social, declarándose todas las aguas del territorio nacional como bienes nacionales de uso público, expropiándose todas las aguas que de acuerdo a la legislación anterior eran de dominio privado.

Además de lo anterior, los distintos códigos nos van dando una visión respecto de las políticas de asignación, reasignación y de distribución de las aguas, ya que, a consecuencia de su uso cada vez más intenso, el agua se va haciendo cada vez más escasa.

Lo anterior es concordante con uno de los objetivos del Derecho de Agua, que es posibilitar un mejor y más equitativo uso de un recurso socialmente valioso, limitado y escaso, objetivo que se hace indispensable al pensar que en los próximos cuarenta años el uso de los recursos hídricos sólo en el sector hidroeléctrico se va a sextuplicar, con la incorporación de unas cien hidrocentrales adicionales. El uso agrícola se va a incrementar fuertemente y la demanda industrial, minera y doméstica se va a lo menos duplicar.

El desafío, en consecuencia, que han tenido los diversos Códigos, es tratar de dar solución al problema de cómo asignar del modo más eficiente el uso del agua.

Es así, como el Decreto Ley N° 2.603, separó el avalúo de la tierra y el de las aguas, procurando con ello lograr una mayor eficiencia en su utilización por parte de los usuarios, lo que no se tradujo en la práctica en hechos efectivos y trató de reducir al mínimo el derroche recurso, restableciendo también, la comerciabilidad de los derechos, que había sido fuertemente restringido en la legislación anterior.

A su vez, el Código de 1951 establecía una preferencia respecto de los usos del agua cuando existía competencia entre varios que necesitaban del recurso. Estas eran el agua potable, el salitre, ferrocarriles, la agricultura y luego otros rubros. Con la ley de reforma agraria se modifica la legislación de aguas, reestructurándose el régimen de asignación del recurso. Se suprimieron las preferencias existentes y se dejó sólo dos: agua potable y saneamiento de poblaciones y luego, otros usos. Y quien decide es la autoridad administrativa.

Desde el punto de vista económico existe consenso en que un buen sistema de asignación de aguas, que implique una mejor eficiencia en su aprovechamiento debe tender a evitar distorsiones en las transacciones de los derechos de usos de las mismas, lo que se logra adecuadamente a través de un mercado de aguas.

En Chile, a partir del año 1979, la legislación de aguas ha consagrado un sistema de libre creación y transferibilidad de los derechos de aguas que tiene por finalidad facilitar el funcionamiento de mercados de derechos de agua. Lo anterior se ha visto reforzado constitucionalmente y legalmente mediante las mismas garantías que los derechos de propiedad, a los titulares de derechos de aguas, estableciendo una total libertad de transacciones de los mismos, transacciones que pueden realizarse conjunta o separadamente de la tierra, y sin privilegiar ningún tipo de utilización del agua por sobre otro.

Se ha consagrado una total libertad para el uso de las aguas a que se tiene derecho, no estableciéndose la obligatoriedad de este uso, y permitiendo el cambio de uso de las mismas aguas. Ejemplo: riego por consumo humano.

La obtención y conservación de los derechos de aguas es totalmente gratuita y no está sujeta ni a tasas ni a impuestos especiales. Además los particulares tienen una garantía constitucionalmente protegida para obtener un derecho de aguas.

En consecuencia, nuestra actual legislación de aguas está fundada fuertemente en la teoría de libre mercado, en la que el agua pierde prácticamente su naturaleza jurídica de bien de uso público, y en donde el Estado se le ve restringida su capacidad de salvaguardar el interés colectivo y el aprovechamiento efectivo del recurso.

En la actualidad, el Estado ante una petición sólo debe constatar si esa cantidad de recurso existe, no afectan derechos de terceros y ha sido solicitada en forma legal y, si es así, se debe otorgar el derecho de agua.

Hoy nos encontramos frente a una legislación absolutamente permisiva, que no faculta al Estado para jugar ningún rol regulador en el otorgamiento de los derechos de aguas. Permite un acaparamiento por tiempo indefinido de los derechos de agua con fines que pueden ser especulativos, sin que exista por parte del tenedor de esos derechos la obligatoriedad de un aprovechamiento actual o futuro previsible. No garantiza ni incentiva el uso beneficioso y efectivo del agua, además de no considerar importantes elementos de protección ambiental.

Por estos motivos se busca modificar la actual legislación de aguas para poder dar solución a las deficiencias de nuestra actual legislación de modo que pueda existir un desarrollo armónico entre los diversos usos de las aguas y el crecimiento productivo del país.

Se debe otorgar al Estado un rol regulador que le permita cumplir con su función de velar por el bien común, por lo que se debe establecer un sistema mediante el cual se le de las herramientas necesarias al Estado, para que, haciendo uso de este rol regulador logre garantizar un uso efectivo y beneficioso de las aguas para que se logren subsanar los problemas que en la práctica se presentan en cuanto al aprovechamiento de las aguas.

Sin embargo, se debe tener cuidado de que las mayores atribuciones que se otorguen al Estado deben estar acordes con una real efectividad por parte de sus instituciones para poder absorber las facultades que se otorguen en cuanto a poder dar una mayor eficiencia al aprovechamiento de las aguas y dar, en consecuencia, un efecto vigorizador en todos los campos donde se utilizan el recurso.

Los recursos de agua dulce son vitales para la vida humana. Es indispensable preservarlos, controlarlos y si es posible, acrecentarlos. El agua es un patrimonio común, cuyo valor debe ser reconocido por todos, es por esto, que este trabajo pretendió dar una visión del manejo que se dado a nivel legislativo de este recurso y las características y alcances que se le ha dado al derecho de aprovechamiento a lo largo de la historia legislativa del derecho de aguas, porque creo que la buena utilización de las aguas parte por su buena regulación.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

- 1.- CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE.
- 2.- CÓDIGO CIVIL.
- 3.- CÓDIGO DE AGUAS.
- 4.- LEY N°16.640, de 28 de Julio de 1967.
- 5.- DECRETO LEY N° 2.603, de 23 de Abril de 1979.
- 6.- ALESSANDRI, A. y SOMARRIVA. M. 1940. Curso de Derecho Civil. Tomo I y II. Santiago. 1940.
- 7.- ALESSANDRI, A. y SOMARRIVA M. 1957. Curso de Derecho Civil de los Bienes. Editorial Nascimento.
- 8.- ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. 1953. Bienes. Santiago. Editorial Nascimento.
- 9.- ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. 1974. Curso de Derecho Civil. Parte General y de los sujetos del Derecho. Los Bienes y Derechos Reales. Santiago. Editorial Nascimento.
- 10.- ALCALA-ZAMORA, N. 1944. Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Limitada.
- 11.- BIELSA, RAFAEL. 1949. Principios de Derecho Administrativo. Buenos Aires.

- 12.- BROW OPAZO, E. 1994. Análisis del Recurso de Agua y su Connotación en la Legislación Chilena. Santiago. Universidad Finis Terrae.
- 13.- BRUCHER MACFARLANE, J. 1982. El Derecho de Aguas en el Siglo XIX. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Derecho.
- 14.- CANO, GUILLERMO J. 1943. Estudio de Derecho de Aguas. Buenos Aires. Editorial Valerio Abeledo.
- 15.- .- DOUROJEANNI, AXEL. 1994. Volumen 5. Mercado de Derecho de Aguas y Entorno Legal. Revista de Derecho de Aguas. Universidad de Atacama. Instituto de Derecho de Minas y Aguas.
- 16.- GÚZMAN ALCALDE, A y RAVERA HERRERA, E. 1993. Estudio de las Aguas en el Derecho Chileno. Santiago. Ediciones La Ley.
- 17.- JAGER COUSIÑO, P. 1997. Proposiciones de Modificación al Código de Aguas. Santiago. Publicación del Colegio de Abogados de Chile.
- 18.- LIRA URQUIETA, P. y DE LA MAZA, L. 1940. Régimen Legal de las aguas en Chile. Santiago. Editorial Nacimiento.
- 19.- LIRA OVALLE, MANUEL. 1956. El Derecho de Aguas ante la Cátedra. Santiago. Universidad Católica.
- 20.- MANRIQUEZ, GUSTAVO y MUÑOZ G. 1978. Curso de Post Grado de Aguas Subterráneas. Santiago.
- 21.- OTS Y CAPDEQUÍ, J. 1943. Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho Propiamente Indiano. Buenos Aires.



22.- OTS Y CAPDEQUI, J. 1969. Historias del Derecho Español e Indiano. Madrid. Editorial Aguilar.

23.- OTS Y CAPDEQUI, J. 1975. El Estado Español en las Indias. Cuba. Editorial de Ciencias Sociales. Instituto Cubano del Libro.

24.- SPOTA, ALBERTO G. 1941. Tratado de Derecho de Aguas. Tomo II. Buenos Aires. Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez.

25.- STEWART, DANIEL L. 1970. El Derecho de Aguas en Chile: Algunos Aspecto de su Historia y el caso del Valle Illapel. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

26.- TRONCOSO CASTILLO, R. 1958. El Derecho de Aprovechamiento de las Aguas. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago. Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho.

27.- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. 1998. Derecho de Aguas. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

28.- VERGARA DUPLAQUET, C. y OTROS. 1960. Comentarios al Código de Agua. Editorial Jurídica de Chile.

29.-BOLETÍN N° 876-09. Informe de la Comisión de Obras Públicas, recaído en el proyecto de Ley de la Honorable Cámara de Diputados que modifica el Código de Aguas.

30.- COLECCIÓN SEMINARIOS N° 3. 1983. El Derecho de Aprovechamiento en el Nuevo Código de Aguas. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Derecho.



