

**Alejandro
Vergara
Blanco**

**DERECHO
DE AGUAS**

Tomo II

Editorial Jurídica de Chile

DERECHO DE AGUAS

TOMO II

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

La publicación de esta obra cuenta con el patrocinio
de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

© ALEJANDRO VERGARA BLANCO

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 106.764, año 1998
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 1.000 ejemplares en el mes de diciembre de 1998

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1241-3

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

*Doctor en Derecho, Profesor de Derecho de Aguas de la Facultad
de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

DERECHO DE AGUAS

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

TERCERA PARTE

DOGMATICA DEL DERECHO
DE AGUAS VIGENTE

ESTATUTO JURIDICO, TIPOLOGIA Y PROBLEMAS ACTUALES DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS. EN ESPECIAL DE SU REGULARIZACION Y CATASTRO

A partir de una descripción inicial de las tensiones a través de las cuales la historia jurídica ha diseñado de manera paralela dos vínculos jurídicos respecto de las aguas, en este capítulo se analiza el estatuto de los derechos de aguas consagrado en Chile desde los años 1979-1981 (con sus modificaciones posteriores), en virtud del cual se estableció la libre transferibilidad de esos derechos y se posibilitó un mercado de los derechos de aprovechamiento. Aquí el autor desarrolla una tipología que distingue, en primer lugar, aquellos derechos que constituye el Estado por la vía de las concesiones, y, en segundo lugar, aquellos derechos, ya sean mínimos o limitados, o consuetudinarios, u originados en situaciones especiales, y que hoy tienen un estatuto paralelo a los anteriores, pero que deben ser regularizados.

Posteriormente, el autor expone los problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas. En lo que atañe a la certeza de esos derechos, se ofrece un análisis de aquellos numerosos usos de aguas, reconocidos como derechos por la legislación y que hoy tienen plena validez y protección, pero que adolecen de falencias en la formalización de sus características esenciales, y ante lo cual la legislación ha establecido ciertas presunciones. Finalmente, como una forma de contribuir a un mejor conocimiento de las titularidades de aguas, el autor propone avanzar hacia la regularización reglamentaria de un sistema catastral administrativo de los derechos de aprovechamiento de aguas.

INTRODUCCIÓN

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN MATERIA DE AGUAS
ANTE LA HISTORIA JURÍDICA

De principio, antes de analizar el estatuto actual de los derechos de aguas, vale la pena revisar la historia jurídica que, en materia de aguas, ha ido diseñando unos vínculos públicos (a), a partir de los cuales surgen los títulos privados para el aprovechamiento de las aguas (b).

1. DEL DERECHO ROMANO AL SISTEMA CONCESIONAL DEL
SIGLO XIX: LO PÚBLICO

En derecho romano, los ríos de caudal permanente eran, en general, *res publicae*, cosa pública.¹ Las personas podían extraer de los ríos de caudal permanente toda el agua que deseaban; en realidad, el agua que cada cual (con la tecnología de la época) “podía” efectivamente extraer y usar. No existía una repartición “estatal” o “pública” del agua, y la única limitación consistía en no dañar a los vecinos con un uso excesivo, inundando sus suelos con derrames; de donde encontramos que los textos jurídicos romanos sólo ofrecen una regulación del agua en los interdictos, pero no con el fin de establecer sistemas de asignación o de distribución, sino sólo de precaver daños a terceros provocados por derrames. En Roma el derecho de aguas, podríamos decir, es un derecho de interdictos, de accio-

¹ En derecho romano las *res publicae* son cosas de derecho humano (*res humani iuris*), y a diferencia de las *res privatae* (que pertenecen a los particulares), las cosas públicas pertenecen al “pueblo romano” (*populus Romanus*), a todos los ciudadanos (al “público”) en su conjunto, y sólo para efectos de su protección interdictal los juristas distinguían dentro de estas *res publicae*, entre otras, a los ríos de caudal permanente (*flumina perennia*), cuyo uso público estaba protegido por varios interdictos (*Digesta*, 43, 12, 13, 14 y 15). El concepto de *res communes omnium* (cosas comunes a todos), en lo que se incluye el *agua profluens* (agua corriente), es una noción personal de Marciano, asimilándola al aire, para significar que no es posible apropiarla; tal concepto en: *Digesta*, 1, 8, 2 pr.-1 y luego en *Institutas*, 2, 1, pr.-1. (Cfr. Guzmán Brito, 1996, pp. 433 y ss.)

nes; los particulares usaban libremente el agua, salvo en el caso de ocasionar perjuicio a propiedades ajenas. El riberano sacaba toda el agua posible.² Esta es una muestra más del no-estatismo de Roma, pues, como se sabe, en Roma no existió un “Estado-Administración” como lo que conocemos hoy.

En la época medieval cambió el esquema jurídico, y desde esa concepción práctica y libertaria se evoluciona a una concepción regaliana, en que los reyes consideran a las aguas como objeto de su “propiedad-soberanía” (Vergara Blanco, 1991a). Se distinguía: las aguas de los grandes ríos eran de los reyes; los esteros pertenecían a los señores; y los arroyos (que nacen y mueren en igual terreno) pertenecían a los dueños de la tierra. En el fondo, en esta técnica legal de los reyes de apropiación del agua como *iura regalia*, estaba el interés de obtener rentas; el sistema funcionaba así: para usar el agua debía obtenerse previamente una licencia (una “concesión”, en nuestra actual terminología legal), la que originaba un tributo a favor del rey. Como influjo de este pensamiento regaliano, el derecho de aguas que se aplicó en América durante la dominación española fue construido igualmente sobre la base de regalías, y quienes deseaban obtener derechos debían obtener previamente una licencia y pagar tributos (véanse: Vergara Blanco, 1992b; Dougnac, 1992; Barrientos y Dougnac, 1993).

Este esquema regaliano del Antiguo Régimen fue acogido por los Estados modernos, y en especial por el Estado chileno surgido a principios del siglo XIX, originándose una especial apropiación de las aguas, por la vía de conceptos jurídicos algo confusos. Por cierto, ello ocurrió así a pesar de existir entre medio unas revoluciones políticas y culturales, que aparentemente liberarían estos bienes a la sociedad, pero que sólo originan cambios de poder (revoluciones independentistas americanas; Revolución Francesa); así, como lo constata tempranamente Tocqueville (1856), es perceptible el nacimiento de ese poder central inmenso, el estatal, que absorbió muchas

² Las riberas de los ríos públicos eran de dominio privado, aunque su uso público, en virtud de una limitación al ejercicio del dominio. Véanse *Digesta*, 1, 8, 5, pr. Esto es, un dominio privado de uso público; lo que es de dudosa legitimidad en nuestro derecho vigente: véase Vergara B. (1996b).

partículas del antiguo poder;³ y, entre ellas, todas las antiguas regalías, que ahora pasaron a constituir vínculos patrimoniales del naciente "Estado".

A partir del siglo XIX el agua es concebida en Chile, al igual que en otros sitios, como pública, por medio de un eufemístico concepto: "bien nacional de uso público", el que domina igualmente todo el siglo siguiente. Desde tal época, si alguien

³ Este vínculo patrimonial del Estado-Administración respecto de aquellas cosas antiguamente concebidas como *iura regalia* está conectado con el principio de la inalienabilidad del dominio público, concepto que reemplaza, desde el punto de vista histórico e institucional, a las regalías. Este principio está plagado de tensiones políticas a través de su singular historia. En todo caso, tal principio, a pesar de las realidades históricas tan diversas, está presente en nuestra realidad jurídica, que sigue en este sentido lo que se ha plasmado tanto en Francia como en España. El discurso histórico del dominio público, su inalienabilidad, y sus conexiones a este tema, a partir del medievo y Antiguo Régimen, en España y Francia, es de interés para conocer la realidad de las ideas que dominaron la legislación chilena del siglo XIX y comprender nuestro actual derecho (véanse en Francia: Lavialle, 1992 y 1996; Boulet-Sautel, 1995; Auby y Bon, 1995; en España, por todos, Morillo-Velarde, 1992). Un intento, parcial, por entrar al tema, en Solanes, 1991, quien utiliza un poco forzosamente los conceptos relativos al dominio público, como un instrumento para propiciar el uso efectivo de los derechos de aprovechamiento de aguas; lo que no es convincente, por cierto, pues choca frontalmente con el carácter de titularidad sujeta al régimen de protección de la propiedad (art. 19 N° 24 de la Constitución), lo que si bien está sometido a críticas dogmáticas (Vergara B., 1992a), en la práctica constitucional chilena forma parte del sistema ineludible de protección a los derechos "propietarizados".

Cito especialmente a Tocqueville (*L'Âncien régime et la révolution*, I, 2), no sólo por tratarse de un clásico historiográfico, sino para mostrar el cambio de escena que produjo la Revolución respecto de la ligazón del Estado-Nación con los bienes públicos. Para los españoles, que el Estado surgido en el siglo XIX declarase que el dominio público (y dentro de él, las aguas) es inalienable, y por tanto de contenido patrimonial, no era gran novedad, a la vista de su pasado regalano-patrimonial (véase Vergara B., 1991a). Pero sí es sorpresivo para los franceses percibir que el Estado-Administración surgido de la Revolución Francesa consagrara un vínculo patrimonial con el dominio público, que ni en el Antiguo Régimen existió, pues los reyes sólo tenían a su respecto "*une protection, une garde, une juridiction*" (Boulet-Sautel, 1995, p. 99), y en ningún caso una apropiación.

En este contexto, la constatación de Tocqueville sobre los resultados de la Revolución Francesa es esencial y su texto, precioso: "Apercibiréis un poder central inmenso que ha atraído y absorbido en su unidad todas las parcelas de autoridad y de influencia que estaban antes dispersas en una multitud de poderes secundarios, de estamentos, de clases, de profesiones, de familias y de individuos y como esparcidas por todo el cuerpo social. No se había visto en el mundo un poder semejante desde la caída del imperio romano. La Revolución ha creado este poder nuevo, o más bien éste ha surgido como por sí mismo de las ruinas que la Revolución ha hecho" (*L'Âncien régime*, I, 2).

pregunta ¿de quién son las aguas?, todos, o casi todos quienes respondan se sentirán atraídos a señalar que en el fondo éstas son “del Estado” (aun cuando esto se nos presenta cada vez más anacrónico; véase Vergara Blanco, 1989). Tema este de los conceptos que no se aborda en este trabajo, aunque es importante para despejar ciertos mitos.⁴

2. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS: LO PRIVADO

A raíz de esta declaración estatal, durante toda nuestra vida republicana, todo uso de las aguas por los privados debe necesariamente ser concedido por el Estado: éste otorga a los particulares una “concesión o merced de aguas”, de la cual nacen “derechos de aprovechamiento de aguas”. Esta es la regla legal y teórica: no debieran existir usos válidos sin previa concesión; aun cuando, como veremos, en Chile es sólo “teórica” la vigencia íntegra de un sistema concesional, pues un gran porcentaje de los usos de agua legítimos, constitutivos de derechos y reconocidos como tales, se han originado, desde el siglo XIX, en prácticas consuetudinarias, de apropiación privada por ribereños o canalistas, o en especiales reconocimientos prestados por las leyes, quienes hoy no tienen título concesional alguno que exhibir (y deben “regularizar” su derecho); ésta es una realidad que, como veremos, ha de enfrentar la legislación vigente.

No obstante, este “derecho de aprovechamiento”, regularizado o no, va siendo dotado cada vez más de un estatuto privado, de cierta intangibilidad de frente al Estado, que ha hecho decir a algunos que ocupa “un lugar intermedio entre propiedad privada y concesión administrativa” (Vergara Duplaquet, 1960, republicado en 1990). En todo caso, es una titularidad jurídica difícil de describir por la especial condición de su objeto.⁵

⁴ No deja de ser inteligente la definición francesa, en su nueva ley de aguas de 1992, que en su artículo 1º señala: “El agua forma parte del patrimonio común de la nación [...]. El uso del agua pertenece a todos dentro de los límites de las leyes y reglamentos [...]”. No está, entonces, ni en el patrimonio de los particulares ni, menos, del Estado: está al alcance de todos (sobre lo público y lo privado de las aguas, véase, además, Vergara B., 1997b).

⁵ Sobre estas dificultades jurídicas, véase Gazzaniga (1993).

Así llegamos a nuestro actual derecho de aguas y a la definición y reconocimiento legal de los títulos privados de aprovechamiento de aguas.

Cuando se habla de los “derechos de aprovechamiento de aguas”, se habla de una potencia jurídica, de una posibilidad jurídica, de un ámbito jurídico, de un poder jurídico entregado a un particular. De eso se tratan los derechos en definitiva. En materia de aguas, esa potencia jurídica se manifiesta por la posibilidad que tiene una persona, natural o jurídica, de usar agua, de utilizar agua para los fines que estime convenientes, de acuerdo con las características de su título.⁶

Entonces, al realizar un análisis de los derechos de agua, debemos preguntarnos ¿quiénes tienen derecho a usar agua? ¿Es necesario siempre que el derecho lo haya otorgado el Estado-Administración? ¿Qué ocurre con los derechos no inscritos? Luego esas preguntas las podemos ir descomponiendo en otras preguntas más: ¿En qué condiciones? ¿En qué cantidad? ¿En qué momento?, etc. Pero es una cuestión central, básica, saber quiénes tienen derecho a usar las aguas; y de qué modo se manifiesta esa posibilidad en el derecho chileno.

Hay varias vías para entrar al análisis de esta situación. Todos tenemos ciertas ideas respecto de los usos de las aguas, conocemos ciertas reglas generales. Sabemos que, en general, las aguas están puestas por el ordenamiento jurídico en una situación excepcional respecto de los demás bienes, y han sido consideradas “bienes nacionales de uso público” (artículo 5º, Código de Aguas) o, dicho de otro modo, han sido excluidas de la apropiación directa por parte de los particulares. El ordenamiento jurídico ha establecido vínculos públicos respecto de las aguas, que son diferentes de los vínculos privados con las aguas; además, este último vínculo es dependiente del primero. El vínculo de los particulares con las aguas depende del Estado, que fija las reglas, las posibilidades que tienen los privados o las personas de utilizar las aguas.

Entonces, para definir la situación de los derechos de aguas, tenemos que partir de la idea de los “usos del agua”.

⁶ Es, en realidad, atendida la naturaleza variable del recurso, una “expectativa” de uso de agua (véase Peña y Retamal, 1992, p. 3).

¿Cómo se pueden usar las aguas? ¿Cuáles son las posibilidades de uso que confiere a sus titulares un derecho de aguas? ¿Pueden ser afectados por la autoridad administrativa por motivos de escasez (sequía) o problemas en los ecosistemas? La condición de “bien nacional de uso público” de las aguas ¿tiene implicancias sobre la certeza y seguridad de los derechos constituidos respecto de ellas? ¿Quiénes son titulares de derechos de aguas? ¿Todas las titularidades son regulares? ¿Qué papel le corresponde al Estado para proporcionar una mayor información pública sobre las titularidades de aguas existentes? Para responder a tales o a otras cuestiones relativas al uso privado de las aguas y comprender el significado e implicancia de la condición jurídica de las aguas, ya sea respecto del acceso de los particulares a su uso, o de las posibilidades de intervención de la autoridad administrativa en tal acceso, es necesario efectuar una descripción del actual estatuto de los derechos de agua en Chile, y a partir de ella analizar u ofrecer una tipología de los diferentes derechos. Luego es conveniente, para completar tal análisis, exponer los problemas actuales de los derechos de aguas, en especial los relativos a su certeza (formalización de características esenciales) y a la necesidad de una regulación de un catastro público de tales derechos.

I. ESTATUTO Y TIPOLOGIA DE LOS DERECHOS DE AGUAS EN CHILE

Para la comprensión del contenido y características de las distintas titularidades privadas dirigidas a aprovechar las aguas ante la legislación vigente, se ofrecerá previamente un análisis del novísimo derecho de aguas chileno, formado por la legislación dictada entre los años 1979 y 1981, analizando sus características iniciales más relevantes y sus modificaciones posteriores. Luego se ofrecerá una tipología de los derechos ante el derecho vigente.

1. LA LEGISLACIÓN GENERAL DE AGUAS A PARTIR DE 1979-1981

El sistema del derecho de aguas establecido en virtud del D.L. N° 2.603, de 1979, y del Código de Aguas de 1981 consagra (igual que en la legislación anterior: véase Vergara Blanco, 1990) el sistema concesional de los derechos de aguas, pues éstas siguen manteniendo su condición de bienes nacionales de uso público. No obstante, estos derechos gozan de una amplia protección, de un marco jurídico especial y pueden ser libremente transferidos; esquema legislativo este iniciado en 1979-1981, que ha sufrido algunas modificaciones.

a) Principales características del sistema original

El Decreto Ley N° 2.603, de 1979, y posteriormente el Código de Aguas de 1981 han establecido un nuevo sistema de derechos de aguas basado en las siguientes características principales:

1) Como consecuencia de la aplicación de un sistema general de protección a las titularidades privadas (Acta Constitucional N° 3, de 1976, y Constitución de 1980), en el sector se ha producido un reforzamiento de los derechos privados dirigidos al aprovechamiento de las aguas y han obtenido protección tanto los derechos concedidos por el Estado (constituidos) como los usos consuetudinarios y otros usos especiales (reconocidos por éste).

Así, en Chile se presta reconocimiento jurídico y plena validez a los usos consuetudinarios no formalizados y que pueden incluso carecer de inscripción (art. 7 D.L. N° 2.603, pieza central del sistema); y protección constitucional (art. 19 N° 24 inciso final, Constitución de 1980), en cuanto se refiere a “(derechos) reconocidos de acuerdo a la ley”, sobre lo cual se ofrece un análisis detallado más adelante.

Si bien las aguas son consideradas bienes del dominio público (“bienes nacionales de uso público” en la terminología legislativa chilena), el Estado-Administración crea a favor de los particulares un “derecho de aprovechamiento” sobre las aguas, derecho este que tiene las mismas garantías constitucionales de la propiedad. En virtud de este derecho los particulares pueden usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas a su entera libertad.

Incluso, y éste es un aspecto relevante en las nuevas políticas de liberalización introducidas a la legislación, el titular del derecho de aguas puede separar el agua del terreno en que estaba siendo usada primitivamente; esto es, puede transferir libremente su derecho, en forma separada de la tierra, para que el nuevo titular pueda utilizar las aguas en cualquier otro sitio de la cuenca, sin perjuicio de las autorizaciones previas que deberán obtenerse. Adicionalmente, el titular de las aguas puede usarlas para cualquier destino, que puede no ser el primitivamente asignado, posibilitando libres cambios de uso de las aguas (por ejemplo, de agricultura a sanidad, o viceversa).

Unido a esta clara definición de los derechos de aguas, debe consignarse el marco global de protección que otorga la actual institucionalidad jurídica chilena creada a partir de 1980 a los derechos de propiedad y a la libertad de empresa, lo que es un incentivo general al funcionamiento de cualquier mercado (sobre el "mercado" de derechos de aguas, véase Vergara Blanco, 1997a).

Estos derechos de aguas, protegidos constitucionalmente, pueden entonces ser libremente transferidos, a través de negociaciones típicas de mercado; asimismo pueden ser hipotecados. Además, este derecho, sobre el cual se tiene dominio (art. 19 N° 24 incs. 1° y final de la Constitución), no puede extinguirse sino por las causas de derecho común (art. 129, Código de Aguas), entre las cuales no contempla la legislación la caducidad por acto de autoridad.

La certeza de tales derechos la desea proporcionar el sistema por medio de un Registro de Aguas, a cargo de Conservadores de Bienes Raíces. No obstante, y ésta es una notable debilidad del actual sistema chileno (como diré más adelante), hay aún una gran proporción de derechos reconocidos, sean consuetudinarios, o provenientes de otros usos especiales que autoriza la ley, que no están inscritos ni regularizados en registro ni catastro público alguno.

2) Una segunda característica de las titularidades de aguas en Chile es que la actual legislación consagra una total libertad para el uso del agua a que se tiene derecho, pudiendo los particulares destinar las aguas a las finalidades o tipos de uso que deseen. Y esta libertad es permanente. No es necesario que

al solicitar los derechos los particulares justifiquen uso futuro alguno. Tampoco es necesario que en las transferencias de derechos de aguas se respete el uso a que antiguamente se destinaba el agua, y los particulares pueden cambiar libremente su destino, por ejemplo, de riego a consumo humano.

La única limitación dice relación con la cantidad de agua que se puede extraer desde la fuente natural, pues se exige el respeto de la condición del derecho; así, por ejemplo, si el derecho es consuntivo, es posible el consumo total del agua extraída, o su mero uso y posterior restitución si es un derecho no consuntivo.

Adicional y consecuentemente, la actual legislación de aguas chilena no privilegia ningún uso sobre otro. Así, al momento de otorgar derechos nuevos, no hay preferencias legales de unos usos sobre otros. Si, al momento de solicitarse las aguas, simultáneamente existen varios interesados, la autoridad no puede privilegiar a ningún solicitante sobre otro, sino que la legislación ha recogido un mecanismo de mercado y debe llamarse a un remate público, con el objeto de que sean los propios agentes privados los que, a través del libre juego de la oferta y la demanda, busquen la asignación más eficiente, favoreciendo a aquel que ofrezca los mejores precios.

En fin, en cuanto al uso de las aguas, la legislación vigente, en virtud de su deseo de dar libertad de acción a los particulares en materia económica, no obliga a los titulares de derechos de aguas a utilizar efectivamente los caudales a que tienen derecho, ni a construir las obras necesarias para hacerlo. Los particulares libremente usarán o no tales aguas y esperarán, también libremente, de acuerdo a las condiciones de mercado, el momento apropiado para usarlas, o para enajenarlas a quien desee usarlas. Incluso es posible obtener el derecho de aguas nada más que para esperar, a su vez, en forma especulativa, una aun mejor condición de mercado, y transferirlo a quien desee adquirirlo.

3) Una tercera característica de los derechos de aguas en Chile es la gratuidad con que se obtienen y mantienen en la titularidad privada. Los nuevos titulares de derechos de aguas pueden obtenerlos gratuitamente del servicio público estatal encargado de su otorgamiento (Dirección General de Aguas),

bajo la única condición de que se reúnan los siguientes requisitos: 1º) que la solicitud sea “legalmente procedente”; 2º) que se constate técnicamente que existen recursos de aguas disponibles en la fuente natural, y 3º) que el nuevo uso no afecte a antiguos titulares de derechos vigentes. Además, tanto los antiguos como los nuevos titulares de derechos de aguas no están sujetos a ningún impuesto o tarifa por la titularidad o uso de las aguas. Por lo tanto, la obtención y conservación de los derechos de aguas son totalmente gratuitas.

4) Una cuarta característica es que el organismo público respectivo (o los Tribunales de Justicia en su caso) está obligado a otorgar nuevos derechos de aguas a nuevos peticionarios una vez que se reúnan los tres requisitos recién enunciados, y en especial si se constata la existencia de caudales no otorgados previamente a otros particulares; no puede negarse a otorgar esos nuevos derechos de aguas sin infringir una garantía constitucional (art. 19 N° 23 de la Constitución).⁷

5) En fin, si bien existe un organismo público encargado de constituir los derechos de aguas, de la policía y vigilancia del recurso, de autorizar las construcciones de obras, de supervigilar a las organizaciones de usuarios y de planificar el recurso, sus facultades son más bien limitadas, y no puede introducirse ni en la distribución de las aguas (que se realiza descentralizadamente por las organizaciones de usuarios) ni puede resolver los conflictos de aguas (que se solucionan, antes que nada, por las propias organizaciones de usuarios, o por los Tribunales de Justicia). En ningún caso puede introducirse este organismo público en las transacciones de derechos de aguas, que se llevan adelante libremente entre los usuarios; aun cuando ellos pudiesen producir, en palabras de economistas, “externalidades” en el mercado, esto es, resultados no esperados en la adecuada asignación del recurso.

No obstante, para los casos en que la nueva forma y lugar de ejercicio de los derechos de aguas transferidos implique la

⁷ Sobre los límites “ambientales” al otorgamiento y transferencia de derechos de aguas, véase Vergara B. (1997a), p. 383.

alteración de obras de captación, la intervención que la ley le asigna a este organismo público para autorizar las modificaciones de tales obras, o el cambio de las mismas, se transforma en un inconveniente (véase Vergara Blanco, 1997a).

La protección de los derechos de aguas es, entonces, un principio general de la legislación, y para concretarlo es necesario conocer en detalle los tipos de derechos de aguas que existen en Chile; pues, sin conocerlos, es muy difícil comprender medianamente ese otro gran principio de la legislación: la libre transferibilidad de los derechos de aguas, o lo que se denomina, en palabras de economista, “mercado de derechos de aguas”.

En suma, el sistema jurídico de aguas vigente confirma la necesidad de que los derechos de aguas sean obtenidos, en general, por los particulares a través de una concesión de aguas (resolución del Director General de Aguas), de la que surge un derecho con gran protección jurídica como tal, y con una posibilidad de ser transferido libremente (véase sobre este principio de la libre transferibilidad o “mercado de los derechos de aguas”, Vergara Blanco, 1997a, y la bibliografía allí citada), dentro de lo que los economistas llaman “mercado” de derechos de aguas (véanse, entre otros: Bauer, 1993 y 1995; Donoso, 1994 y 1995; Garrido, 1994 y 1995; Peña y Retamal, 1992; Ríos y Quiroz, 1995; y Rosegrant y Gazmuri, 1995).

En este “mercado” se transan todos los tipos de derechos de aguas; por tal razón, es necesario exponer y conocer la tipología que se ofrece más adelante.

b) Modificaciones posteriores al sistema original

Con posterioridad a la dictación del D.L. N° 2.603, de 1979, y del Código de Aguas de 1981, a partir de 1991 se han dictado textos legales que alteran, sin derogar ni modificarlos expresamente, aspectos básicos del procedimiento concesional de aguas y del estatuto general de las titularidades de aguas; si se quiere, podría decirse que “distorsionan” en alguna medida el texto, contexto, y en algunos casos el “sistema” de los textos de 1979 y 1981. Por lo tanto, hoy en día, ningún análisis del derecho de aguas puede dejar de considerar estas alteraciones del sistema. Trátase de:

1) En primer lugar, del artículo 68 *in fine*, de la Ley N° 18.892, de Pesca y Acuicultura, según su texto fijado por el artículo 1° N° 64 de la Ley N° 19.079, de 1991. Al regular el procedimiento de las concesiones o autorizaciones de acuicultura, establece que los solicitantes de tales actos administrativos deberán acreditar el hecho de ser titulares de los correspondientes derechos de aprovechamiento (de aguas), o bien el hecho de encontrarse en trámite de adquisición o regularización de éstos, de conformidad con las normas del Código de Aguas; agregando (que es lo que origina la “distorsión”) lo siguiente:

“La Dirección General de Aguas deberá preferir a la persona que acredite la calidad de acuicultor, en el caso de oposición a que se refiere el inciso 3° del artículo 141 del Código de Aguas, salvo aquéllas referidas a la obtención de derechos consuntivos de aguas destinadas a consumo humano.”

Esta disposición legal altera el principio consagrado en el Código de Aguas de 1981 en virtud del cual no se prefieren unos usos a otros. Para qué decir de los inconvenientes que podría ocasionar la utilización de esta cláusula, que me parece además injustificada, en un sistema de libertad de transferencias de derechos de aguas. Es éste un tema, por lo demás, que merece otras apreciaciones, sobre las cuales no puedo profundizar aquí.

2) El nuevo artículo 54 bis del Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 1968, de Agricultura, que contiene la normativa legal sobre las Comunidades Agrícolas, fijado por el artículo 1° N° 38 de la Ley N° 19.233, de 5 de agosto de 1993, señala lo siguiente:

“Decláranse desafectadas de su calidad de uso público las aguas corrientes que escurran por cauces naturales, que constituyan sobrante, después de utilizados los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente.”

“Constitúyese derecho de aprovechamiento sobre estas aguas a favor de las Comunidades Agrícolas que puedan beneficiarse, conforme a la distribución que hará la Dirección General de Aguas.”

Los “sobrantes” son los derrames que otro titular de derechos no utiliza, y que abandonó libremente, por lo que es posi-

ble que en el futuro no lo haga. ¿Es ésta una cláusula general? (la contenida en el inciso 1º); si fuese así, la Dirección General estaría actualmente facultada para efectuar una completa y generalizada redistribución de los “sobrantes”, sin señalar la ley ningún otro criterio adicional (por ejemplo, ¿cuántos años de abandono de aguas constituyen sobrantes?); además, se habría alterado la regla de disponibilidad de las aguas a que se refiere el Código de Aguas. Constituye esta otra partícula legal de difícil encaje en el mecanismo del derecho de aguas vigente, y cuyo análisis más detallado, nuevamente, no puedo abordar aquí (véase Vergara Blanco, 1995).

3) En fin, debo referirme a la Ley Nº 19.253, de 5 de octubre de 1993, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, que también regula el tema de las aguas, pero desde otra perspectiva. En realidad no produce “distorsiones”, sino que reconoce unos derechos consuetudinarios de aguas, en condiciones diferentes de los otros derechos consuetudinarios a que me refiero en otra parte de este trabajo. Esta ley, junto con reconocer que los indígenas de Chile conservan manifestaciones étnicas y culturales propias (art. 1º), establece que “Para ellos la tierra [es] el fundamento principal de su existencia y cultura”. Así, crea un fondo para tierras y aguas (art. 20), con el fin, en lo que aquí interesa, de financiar “la constitución, regularización o compra de derechos de aguas” (letra c), estableciendo en seguida que estos “derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas” no podrán ser enajenados durante veinticinco años, contados desde el día de su inscripción; prohibición ésta, entonces, que los coloca, al menos teóricamente, fuera del mercado por tal cantidad de años. Establece, además, la ley, la siguiente disposición, dirigida sólo a indígenas del norte del país, en su artículo 64:

“Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General [sic] de Aguas.”

No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.

Entonces, queda claro cómo esta ley les otorga “propiedad” sobre las aguas a estas comunidades indígenas. Cabe preguntarse, respecto de estos usuarios, si tendrían una titularidad jurídica diferente de la de los demás titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, y aun, por ejemplo, de aquellos que tienen derechos de aprovechamiento por el solo ministerio de la ley (como por ejemplo el caso del artículo 20 del Código de Aguas, que se analizará más adelante).

2. TIPOLOGÍA DE LOS DERECHOS DE AGUAS

Según se vio, los derechos de aguas gozan de amplia protección jurídica y son susceptibles de libre transferibilidad. Pero ellos, además, tienen una tipología bastante variada; por lo que para saber el contenido y alcance del derecho así protegido o con posibilidad de transferencia, debemos conocer tales tipos.

Si ha de hacerse una tipología, una clasificación de los derechos de aprovechamiento de aguas, tenemos que partir por describir los dos tipos que establece el ordenamiento, según su origen, distinguiendo entre los derechos de aguas “constituidos” o concesionales (que nacieron de una concesión) y los derechos de aguas “reconocidos” (que nacieron del uso fáctico, de una especial situación, o de su reconocimiento por la legislación).

– Los derechos de aprovechamiento de aguas “constituidos” o concesionales son aquellos que han surgido de una concesión, de un “acto de autoridad”: art. 20 inc. 1º, Código de Aguas; o sea, aquellos usos que han sido autorizados en virtud de un acto constitutivo de la administración: son derechos surgidos de una concesión de aguas (o “merced” de aguas, en la antigua terminología).

– Los derechos de aprovechamiento de aguas “reconocidos” por la legislación. Estos derechos surgen como tales en

cuanto la legislación, el ordenamiento jurídico, reconoce la legitimidad del uso consuetudinario de las aguas, o de las que se encuentran en una situación especial. Son, a su vez, de varias clases. Así, en primer lugar, pudieron haberse iniciado consuetudinariamente, pero una vez reconocidos tales usos por la legislación, pasan a tener la categoría de derechos; y una vez que esos usos consuetudinarios reconocidos tienen la categoría de derecho, al mismo tiempo ocupan un lugar equivalente en cuanto a potencia, en cuanto a posibilidades, en cuanto a protección, a aquel lugar que ocupan los derechos constituidos. En segundo lugar, hay otros usos que la ley reconoce como derechos mínimos o limitados al cumplimiento de ciertos requisitos de hecho, fijados por ella misma. En tercer lugar, existen otros derechos antiguos reconocidos por la legislación. Todos los cuales serán descritos más adelante.

Hoy, jurídicamente, estos derechos reconocidos tienen una protección idéntica a la de los derechos constituidos o concesionales, en virtud de la dictación de la Constitución de 1980, que los ha puesto en un pie de igualdad con los demás derechos de aguas concesionales, dándoles la misma protección. En efecto, la Constitución de 1980, en el art. 19 N° 24, inciso final, les otorga una protección igual que cualquier otro derecho de propiedad, tanto a los derechos constituidos, o sea, a aquellos que surgieron de una concesión, como a los derechos reconocidos, o sea, aquellos usos consuetudinarios o surgidos de una situación especial cuya existencia reconozca la ley. No importa el origen de los derechos de aguas, pues hoy en día tienen la misma protección, el mismo lugar ante el derecho.

Entonces la Constitución realiza esta clasificación con el objetivo de prestar su protección a los dos tipos de derechos de aprovechamiento de aguas que consagra: a los constituidos y a los reconocidos. Estudiaremos ambas clases de derechos de agua ante el Derecho vigente.

a) *Los derechos de aprovechamiento de aguas "constituidos"*

El derecho de aprovechamiento de aguas, o uso legítimo, que en primer lugar nosotros debemos mencionar es aquel que

surge de una concesión de aguas, porque ése es el esquema: las aguas, por una declaración explícita del ordenamiento jurídico, han quedado excluidas de la apropiación privada, y sólo debieran usarse o aprovecharse previa concesión (arts. 5^a, 20 y 23, Código de Aguas).

Para su estudio, cabe distinguir, por los cambios legislativos que se señalaron, aquellos derechos constituidos a partir de 1981, fecha del último Código de Aguas, de aquellos constituidos antes de tal fecha.

a.1) Derechos de aguas constituidos a partir de 1981

Los derechos constituidos a partir de 1981 deben contener en sus títulos una serie de características que distinguen a los títulos de aguas, y que son preceptivas para poder conocer el contenido esencial de un derecho de aprovechamiento de aguas; y luego, como medida de publicidad, se exige su inscripción, que cumple un papel dentro del sistema, el que debe ser analizado.

a.1.1) Contenido y características esenciales de los derechos de aprovechamiento de aguas

A partir de 1981, la legislación exige claramente que todos los títulos de aguas que se constituyan a partir de ese momento (véase art. 149 Código de Aguas)⁸ deben señalar, entre otros, al menos los siguientes aspectos:

1º. *El caudal*. En la nueva legislación el caudal se mide en volumen por unidad de tiempo, según lo establece el art. 7, Código de Aguas; por lo que en todos los títulos creados a partir de 1981 se tiene que señalar el caudal de cada derecho en tal unidad fija. Y esto debe entenderse así sin perjuicio de la autorización legal contenida en el artículo 268, Código de Aguas, de que las juntas de vigilancia distribuyan las aguas dividiendo

⁸ También debiera entenderse así en el caso de los títulos de aguas que se reconozcan por una sentencia judicial (art. 114 N° 7, Código de Aguas). Sobre la resolución constitutiva, véase Frías (1993), p. 72. Sobre aspectos generales, véase Figueroa (1995).

el caudal en “acciones”. Ni tampoco altera esta exigencia legal la posibilidad de que los comuneros de aguas se distribuyan las aguas por partes alícuotas o turnos (véanse arts. 17 y 241 N° 5, entre otros, del Código de Aguas; y Vergara Blanco, 1996a, donde se complementa y estudia este aspecto).

2º. *Características esenciales de cada derecho.* Se exige que los títulos de aguas señalen las cualidades que caracterizan esencialmente y distinguen cada derecho. Así:

– Se debe explicitar si el titular puede consumir o no completamente las aguas que extrae de la fuente; o, dicho en otras palabras, si el derecho es consuntivo o no consuntivo. Los usos consuntivos son aquellos que permiten extraer el agua de la fuente natural y consumirla completamente en cualquier actividad; los usos no consuntivos son aquellos que permiten utilizar las aguas sin consumirlas y obligan a su titular a restituirlas (por ejemplo, para aprovechar su fuerza para generar electricidad). Entonces, ésta es una característica de los derechos de aguas que, a partir del año 1981, debe señalarse en cada título, el que debe explicitarla (arts. 12, 13, 14, 15 y 149 N° 6 del Código de Aguas).⁹

– Debe señalarse si el agua se puede utilizar siempre, aun en período de sequía, o no; o, en otras palabras, si el derecho es de ejercicio eventual o de ejercicio permanente. Los titulares de derechos de ejercicio permanente pueden utilizar las aguas siempre, aun en período de sequía; entendiendo por “sequía”, para estos efectos, aquella situación en que la fuente de abastecimiento (río) no contenga la cantidad suficiente para satisfacer en su integridad a todos los derechos de ejercicio permanente (véase art. 17, Código de Aguas). En períodos de sequía, si el río trae menos agua que la suficiente para entregarles la dotación a todos los titulares de derechos de ejercicio permanente del río, pueden éstos, por intermedio de su organización de usuarios, distribuir el agua que ofrezca la corriente natural por turnos o porcentualmente (de manera alícuota). Cada vez que hay sequía y el río ofrezca menor dotación que la normal, los titulares de derechos de ejercicio eventual no tie-

⁹ Sobre esta clasificación, véase Aylwin Azócar (1993).

nen derecho a usar agua, no tienen derecho a entrar al turno, ellos quedan fuera de los turnos. Esa es la diferencia sustantiva del derecho de ejercicio eventual con el derecho de ejercicio permanente. A partir de 1981 debe estar explicitada en cada título esta característica (arts. 16, 17, 18 y 149 N° 6, Código de Aguas).¹⁰

– Otra característica esencial que debe contener cada derecho y que, consecuencialmente, se exige a los títulos de aguas a partir del año 1981, es señalar si las aguas se pueden usar en forma continua (esto es, todos los días del año, o todas las horas del día) o de manera discontinua (esto es, durante algunas horas del día o algunos días o meses del año) o, en fin, de manera alternada entre dos o más personas (arts. 19 y 149 N° 6, Código de Aguas).

3° *La formalización de los títulos.* Estos, a partir de 1981, para existir, deben ser creados por una resolución del Director General de Aguas, dictada conforme lo señala el Código de Aguas, que formalmente constituya el derecho y señale su contenido y características esenciales (véase art. 149, Código de Aguas), la que debe reducirse a escritura pública (art. 150 inciso 1°, Código de Aguas) e inscribirse (arts. 150 inciso 1° y 114 N° 4, Código de Aguas).

a.1.2) Inscripción de los derechos de aprovechamiento de aguas

Una vez otorgado un derecho, éste debe inscribirse (arts. 150 inciso 1° y 114 N° 4, Código de Aguas). Por lo tanto, todo derecho de aprovechamiento de aguas constituido a partir de 1981 debiera estar inscrito en el Registro de Propiedad de Aguas a cargo de los Conservadores de Bienes Raíces.

Pero debe tenerse presente que las inscripciones de los títulos de aguas son más que nada una garantía y prueba de la posesión (véase Escudero, 1990, p. 66). Si esa posesión está unida a un título, es regular. La inscripción, que es, entonces, una garantía probatoria, por lo tanto, no tiene una estrecha

¹⁰ Esta es la más antigua y más importante clasificación de los derechos de aguas. Sobre el origen de esta clasificación, véase Monsalve (1964), p. 34.

relación con la existencia misma del derecho. La inscripción cumple otro rol, un rol de certeza jurídica, pues la inscripción no es el requisito de existencia de los derechos. Para que exista un derecho de aprovechamiento de aguas es necesario que haya sido constituido o reconocido. En el caso de los derechos constituidos¹¹ lo que se inscribe es el acto constitutivo (la resolución del Director General de Aguas reducida a escritura pública).

La inscripción en este momento no es obligatoria en general, y es perfectamente posible que incluso existan derechos constituidos que no estén inscritos, pues la ley, si bien es imperativa, no establece sanción para su incumplimiento (véase art. 150 inciso 1º, Código de Aguas). En todo caso, la regla general es que los derechos constituidos estén inscritos; y si no lo están, puede hacerse en cualquier momento, pues no hay plazo para ello.

a.2. Derechos de aguas constituidos antes de 1981

Los derechos de aprovechamiento de aguas nacidos a partir de mercedes (concesiones) otorgadas por autoridad competente antes de 1981, y durante la vigencia de leyes anteriores, subsisten plenamente, como lo señala la ley vigente (art. 310, Código de Aguas), sujetándose su ejercicio a las normas de la nueva legislación (art. 312, Código de Aguas).

Estos derechos, normalmente, no contienen en sus títulos toda la información que se exige a los títulos nuevos (caudal y características esenciales, ya señaladas), pues por un lado, por ejemplo, la antigua legislación establecía otros aspectos hoy no exigidos (clases de uso), y, por otro, hoy se contempla una característica esencial que no existía diseñada del mismo modo en la antigua legislación (como es la clasificación entre derechos consuntivos y no consuntivos: arts. 13 a 15, Código de Aguas).¹² Esto implica que si bien estos derechos pueden estar "formalizados" por su respectivo acto de autoridad, e incluso pueden estar inscritos, los datos que proporciona su título igualmente son incompletos de acuerdo con las exigencias actuales (a partir de 1981), en cuanto a contenido y características esenciales, desarrolladas más atrás.

¹¹ Sobre los derechos "reconocidos", véase más adelante.

¹² Véase, sobre la legislación antigua, Lira y De la Maza (1940); Vergara Duplaquet (1960); Rossel (1960) y Gundián (1960).

b) *Los derechos de aprovechamiento de aguas "reconocidos"*

Como se dijo antes, a partir de distintas y especiales situaciones de hecho, la legislación otorga su "reconocimiento" como derechos a determinados usos de agua, ya sea que tales usos se estén produciendo tradicionalmente, o ya sea autorizándolos. Trátanse de situaciones de hecho, respecto de las cuales normalmente no existe (y no es necesario) un acto de autoridad. Tales derechos tienen existencia a partir del reconocimiento contenido en la ley.

Son derechos de aguas reconocidos: los usos consuetudinarios; los que llamo usos mínimos o limitados; y, en fin, ciertos derechos antiguos que reconoce la legislación vigente.

b.1) Los usos consuetudinarios de aguas reconocidos como derechos por la ley

b.1.1) El uso tradicional e inmemorial de las aguas

Hay situaciones de usos de agua que son de hecho, que los han realizado las personas durante largos años, sin un título concesional previo. Tales usos se han producido históricamente por agricultores y ribereños, y se siguen produciendo día a día; y el derecho tiene que enfrentar esa realidad. Siempre existen respecto de las aguas usos legítimos y usos ilegítimos. ¿Cuáles son los usos legítimos? Como se ha dicho, en principio, a raíz de la publicación que opera sobre las aguas, sólo debieran ser legítimos los usos de aguas que realizan los privados en virtud de una concesión de aguas, o sea, en virtud de una manifestación de voluntad del Estado-Administración. Entonces, en teoría, los privados solamente debieran utilizar las aguas en los casos en que el Estado haya manifestado previamente la voluntad, a través de una concesión o merced de aguas, de otorgarles un derecho. Por lo tanto, en principio, la única posición legítima de utilización de las aguas debiera ser la que se realiza por los privados en virtud de una concesión de aguas. Esta es la teoría. Este es el deseo de todos los ordenamientos jurídicos. Pero, lamentablemente, ésta es sólo la teoría, y siempre se han producido en los hechos, de facto, usos no concesionales, que podríamos sentirnos tentados a tildar de ilegítimos.

Adicionalmente la gente se va acostumbrando a realizar esos usos aparentemente "ilegítimos" (no concesionales), pues la

propia autoridad no lo impide, y dentro de muchas comunidades de personas, principalmente agrícolas, cercanas a la primera fase de los ríos, se van produciendo esos usos de facto, de hecho. Quizás en un inicio con una conciencia de irregularidad, pero luego, como no ha habido oposición del Estado ni sanción, en forma discrecional. Por la generalidad de ese uso y por la forma equitativa en que todos esos usuarios se reparten el agua, se va gestando una costumbre. Y esa costumbre se va llevando a cabo tradicionalmente por todas las personas con una conciencia de que es legítima; incluso, con una regulación pacífica de tales usos consuetudinarios, cuyas aguas son obtenidas a través de obras hidráulicas construidas en común, y administradas por organizaciones comunitarias, organizaciones estas que luego son reconocidas por la legislación (véanse arts. 187 y ss., Código de Aguas).

Los regantes (agricultores) se van poniendo de acuerdo, y van usando las aguas y se va produciendo una gran cantidad de usos consuetudinarios de aguas. Entonces, estos usos que nacen fuera del sistema concesional, poco a poco, por su generalidad, van siendo reconocidos y el ordenamiento jurídico los va acercando a la categoría de los legítimos y borra su conexión con la ilegitimidad y los acerca a los usos legítimos, otorgándoles la categoría de "reconocidos". Los reconoce como legítimos.

El origen de estos usos consuetudinarios podía haber sido ilegítimo; es decir, podríamos encontrar dentro de su historial un hecho ilegítimo: una acción de facto, clandestina, como se le quiera llamar, fuera de la ley. Sería posible hacer una serie de críticas al origen de esos usos consuetudinarios, pero es que eso ya pierde toda importancia, desde el momento en que el ordenamiento jurídico los ha reconocido como derechos y los ha puesto en el mismo lugar de los derechos constituidos.¹³

¹³ Así, desde un inicio debemos reconocer que estamos enfrentados a un sector del derecho en que los papeles, los registros, las escrituras públicas, no tienen el mismo valor que en otros sitios, o no tienen esa decisión excluyente que tiene una escritura, como ocurre, por ejemplo, con una propiedad raíz. En derecho de aguas, aun sin esos papeles, sin esos registros, sin escrituras públicas, podemos enfrentarnos a derechos tan potentes como los que sí los tienen.

Hoy en día es un hecho innegable la existencia de derechos consuetudinarios, o de usos consuetudinarios reconocidos como derechos. Además, casi todos los usuarios consuetudinarios de aguas están organizados, y entre ellos se han otorgado recíproco reconocimiento a sus propios usos consuetudinarios. Adicionalmente, la autoridad, cuando crea nuevos derechos de aguas (y hay jurisprudencia específica de la Contraloría General de la República que se lo exige a la autoridad; véase dictamen N° 1.408, de 1992, que será citado más adelante), no puede ocasionar perjuicios a terceros, y dentro de estos terceros se debe considerar no sólo a los que tienen derechos constituidos (concesión de aguas), sino que también a quienes, a raíz de usos consuetudinarios de aguas, la ley les ha reconocido su derecho.

b.1.2) Estatuto legal y constitucional de los usos de aguas consuetudinarios

El estatuto legal de los derechos consuetudinarios se encuentra, en primer lugar, en el artículo 7º del D.L. N° 2.603, de 1979, que dispone:

“Se presumirá dueño de derecho de 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.”

Artículo que es, por lo tanto, pieza clave del sistema de reconocimiento de derechos de aguas, y que cubre en especial la situación de los regantes (véase Venezian y Gurovich, 1980).

En seguida, la Constitución de 1980 señala en su artículo 19 N° 24 inciso 10º que:

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

Esta “propiedad”, entonces, alcanza a estos derechos consuetudinarios (que son “reconocidos” por el art. 7º del D.L. N° 2.603, de 1979). En fin, el artículo 2º transitorio del Código

de Aguas establece el mecanismo legal de “regularización” de tales usos.¹⁴

Por lo tanto, el origen del “reconocimiento” de los derechos consuetudinarios se encuentra en el art. 7º del Decreto Ley Nº 2.603, de 1979. El objetivo de este texto legal, dictado en 1979 en el ejercicio de las potestades constituyente y legislativa, según se desprende de sus “considerandos”, fue: “iniciar el proceso de normalización de todo cuanto se relaciona con las aguas y sus diferentes formas de aprovechamiento”. Con estos fines el D.L. Nº 2.603 comenzó por reforzar el estatuto garantizador de los derechos de aguas, otorgando a sus titulares “propiedad sobre el derecho”.¹⁵

¿Qué interés tiene recordar esta historia? Sirve para comprender el alcance de la clasificación constitucional en virtud de la cual se distingue entre los derechos de aguas “reconocidos”, por una parte, y por la otra los derechos de aguas “constituidos”; y, además, para comprender su estrecho vínculo con el artículo 7º del D.L. Nº 2.603, de 1979, y demás artículos del actual Código de Aguas, que reconocen otros tipos de derechos (como por ejemplo los arts. 20 y 56, que se analizan más adelante), y con los arts. 1º, 2º y 5º transitorios del Código de Aguas, que analizo más adelante, en la segunda parte de este trabajo, que establecen procedimientos regularizadores.

En general cuando la Administración, o la Contraloría General de la República, o los Tribunales, conocen casos relativos a la regularización de usos consuetudinarios de aguas, suelen referirse sólo al art. 2º transitorio del Código de Aguas, olvidando el art. 7º del D.L. Nº 2.603, de 1979. En consecuencia, en materia de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, no se aplica con la fuerza que debiera tal artículo 7º del

¹⁴ Véanse, igualmente, los artículos 1º y 5º transitorios del Código de Aguas, que establecen otros mecanismos de regularización, para otros tipos de derechos de aguas.

¹⁵ La técnica legislativa de entonces consistió en incluir en el Nº 16 del artículo 1º del Acta Constitucional Nº 3, de 1976, el inciso que posteriormente insertaría en forma textual la Constitución de 1980 en su art. 19 Nº 24 inciso 10º, y que he transcrito más arriba.

D.L. N° 2.603, a pesar de su gran relevancia. Incluso en algunos casos pareciera desconocerse.¹⁶

En el fondo, en el art. 7° del D.L. N° 2.603 encuentra su fundamento el procedimiento de regularización de derechos de aguas consuetudinarios. Tal artículo, además de establecer una poderosa presunción de “dominio del derecho de aprovechamiento de aguas” (y que por lo tanto origina una aplicación inmediata del artículo 19 N° 24 inciso 10° de la Constitución, y de todo su entramado sustantivo y procedimental), es el origen del “reconocimiento” de los usos consuetudinarios de aguas, y es central para comprender el espíritu del procedimiento de regularización de derechos de aguas establecido en el artículo 2° transitorio del Código del ramo.

Ninguna duda puede caber con respecto a la actual vigencia del artículo 7° del DL 2.603, de 1979.¹⁷ En efecto, el artículo 181 del Código de Aguas actualmente vigente contiene una expresa remisión al referido artículo 7°, precisamente reconociendo la fuerza de su presunción de titularidad de derechos de aprovechamiento de aguas.¹⁸

¹⁶ Este desconocimiento generalizado puede constatarse en la jurisprudencia, la doctrina e incluso en las ediciones de textos. Así, la edición “oficial” del Código de Aguas de la Editorial Jurídica de Chile (en su edición de 1996 y en las anteriores) no incluye siquiera en su apéndice al D.L. N° 2.603, de 1979. Un novísimo texto sobre los derechos de aguas, muy valioso en otros aspectos, ni siquiera menciona a este cuerpo legal: véase Figueroa (1995). Hay, en todo caso, algunos ejemplos contrarios. Así, el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código de Aguas* (Editorial Jurídica de Chile, 1997) no sólo incluye el D.L. N° 2.603, de 1979, sino que lo antepone al Código de Aguas (véase Prólogo de Alejandro Vergara Blanco, en pp. 9-10, sobre el tema); lo mencionan, además, Escudero (1990); Dougnac Rodríguez (1989). En fin, en el caso “Sociedad Colectiva Civil Administradora de Aguas Pampa Algodonal con Director General de Aguas”, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 18 de julio de 1991, aplica el artículo 7° del D.L. N° 2.603, de 1979, según se cita más adelante.

¹⁷ Lo que también se aplica a otros artículos de tal DL, como su artículo 6° (citado antes), o su artículo 4°, sobre lo que hay jurisprudencia: caso “Eguiluz del Río con Contraloría General de la República”. Corte Suprema, 18 de agosto de 1992, que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de agosto de 1992, en *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, III (1992), p. 357; y Contraloría General de la República, d. N° 14.716, 15 de junio de 1992.

¹⁸ La derogación orgánica contenida en el artículo 308 del Código de Aguas no cubre, ni podría cubrir, al DL N° 2.603, de 1979, pues tal artículo menciona varias leyes, y no al DL 2.603. Por otra parte, lo que es sustantivo, el señalado DL 2.603 regula materias diversas de aquéllas reguladas en el Código de Aguas; el

El artículo 7º del DL 2.603, de 1979, refleja el propósito del legislador de presumir que los usos consuetudinarios de aguas, cumpliendo los requisitos correspondientes, constituyen derecho; los "reconoce", como señala la Constitución.

Entonces, los derechos de aguas consuetudinarios que no están inscritos, por esta falta de inscripción no adolecen de problemas de existencia, sino de un mero problema de falta de formalización registral, falta esta que no implica la inexistencia del derecho.¹⁹ Tales derechos existen, pero no están directamente inscritos. Es un derecho sobre el cual se tiene "propiedad" (art. 7º D.L. Nº 2.603, de 1979, y 19 Nº 24 inciso décimo de la Constitución), y que precisamente por ello debe ser "reconocido"; pero, como analizo más adelante, para los efectos de su certeza, se ha creado un sistema de "regularización" que permite su ulterior inscripción.

Al art. 7º del D.L. Nº 2.603 se le ha reconocido su fuerza jurídica en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 18 de julio de 1991,²⁰ confirmada por sentencia de la Corte Suprema, de 4 de abril de 1995, según la cual:

DL 2.603 es especial de frente al Código de Aguas, pues tal Código no establece presunciones de dominio de usos consuetudinarios de aguas (sólo su procedimiento de regularización: art. 2º transitorio), en lo que el DL 2.603 sería especial. Sobre este criterio de especialidad para sustentar la vigencia del DL 2.603, véase la jurisprudencia citada en nota anterior.

¹⁹ Sí pueden existir otras falencias (por ejemplo, falta de señalamiento de su contenido y características esenciales), tema que se desarrolla en la segunda parte de este trabajo.

²⁰ Trátase del caso "Sociedad Colectiva Civil Administradora de Aguas Pampa Algodonal con Director General de Aguas". La sentencia de la Corte de Apelaciones fue publicada en la Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. III (1992), pp. 321 y ss. La sentencia de la Corte Suprema fue publicada en la Revista de Derecho de Aguas, Vol. 6 (1995). En el caso citado, la Dirección General de Aguas, por resolución de 1989, había establecido los derechos de aguas que correspondían a los diferentes usuarios de las mismas en el Canal Azapa, excluyendo a los recurrentes, lo que la Corte estimó contrario a derecho, pues desconocía un derecho existente. Sobre la existencia de estos derechos había suficientes antecedentes, que expone la sentencia, reforzando tales antecedentes con la poderosa presunción y "reconocimiento" de derecho contenida en el artículo 7º del Decreto Ley Nº 2.603, de 1979.

“El D.F.L. N° 1.122 (actual Código de Aguas) fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades delegadas establecidas en el D.L. N° 2603 de 1979, y un Decreto con Fuerza de Ley no puede ir más allá de la ley en virtud de la cual se dicta; es así que este D.L. N° 2.603 tiene la especial disposición de su artículo 7° [...], de cuya infracción se puede recurrir de amparo (art. 181 Código de Aguas), por lo que no es dable aceptar que habiendo reconocido [el art. 7° del D.L. N° 2.603] el derecho de aprovechamiento a los propietarios de los inmuebles [...], no se puede pasar a llevar ese derecho [...].”

Reviste gran trascendencia la doctrina de la sentencia transcrita, pues contiene una argumentación dirigida a dar protección y resguardo a los derechos de aguas consuetudinarios nacidos con anterioridad a la última codificación de la materia, ocurrida en 1981. Contiene también esta argumentación una reafirmación en cuanto a la importancia de la presunción de existencia de derechos de aguas contenida en el artículo 7° del Decreto Ley N° 2.603, y a la fuerza superlativa de esta presunción “de dominio”, como señala el fallo.

Es ésta, entonces, una reafirmación del valor sustantivo, no sólo interpretativo, del art. 7° del Decreto Ley N° 2.603, de 1979, en materia de aguas, y su papel central respecto de la existencia y reconocimiento de derechos surgidos a partir de los usos consuetudinarios de aguas.

b.2.) Los usos mínimos o limitados reconocidos como derechos por la ley

Existen ciertos usos, distintos de los anteriores, que deben incluirse en toda tipología de derechos de aguas. Son los que llamo usos mínimos o limitados. Son usos que la misma legislación reconoce, de principio, permitiendo que las personas los realicen directamente, sin necesidad de especial autorización o concesión. Dada la naturaleza de algunos de estos usos, si el ordenamiento jurídico los impidiera, se produciría en tales casos un entramamiento incomprensible de la vida en la sociedad. Así, hay ciertos usos que quedan amparados por una cláusula general de permisividad; trátase de ciertos usos mínimos que están tan cerca de las personas que no tienen una regulación restrictiva como otros tipos de usos más intensivos o permanen-

tes de las aguas. No es que estos usos mínimos estén fuera del derecho; están dentro del derecho, pero en una situación muy libre, por ser "mínimos", necesarios para la subsistencia.²¹

Ahora hay cierta progresión; existen usos que, gradualmente, van dejando de ser mínimos y la ley, si bien los reconoce, los limita. Así, hay ciertos usos mínimos que están reconocidos por el derecho como usos privados, que presumiblemente no afectan al uso de otras personas de las mismas aguas. La ley ampara a esos usos de las aguas y da la posibilidad a las personas para que los lleven adelante, sin necesidad de obtener una manifestación de voluntad especial de parte del Estado. Estos son derechos que la ley reconoce por ella misma, por su solo imperio; a tales poderes jurídicos los llamamos derechos *ipso jure*.

Es el caso de los pozos domésticos; de las aguas que nacen, corren y mueren en una misma heredad; de los lagos menores, y de las aguas halladas en las labores mineras. Respecto de ellos, en todo caso, cabe establecer límites.

b.2.1) Pozos domésticos

La posibilidad de construir o cavar un pozo artesiano, o un pozo para sacar agua subterránea, para la bebida de la familia, de las personas, está autorizada expresamente en el art. 56 inciso 1º del Código de Aguas. Si las personas viven en un sector en que no hay un sistema sanitario de agua potable, tienen derecho a beber para vivir; y la ley posibilita la construcción de un pozo artesiano para un uso doméstico. Este uso mínimo y limitado, que está reconocido por el derecho, puede ser objeto de abuso; pero es poco probable que donde se haga sólo un uso doméstico se pueda producir el agotamiento de un acuífero subterráneo. Son usos mínimos, que nadie podrá impedirlos, pero son limitados. Existe una regulación para la ex-

²¹ Por ejemplo, a nadie habrá que pedirle permiso para refrescarse en un río; por cierto, a menos que haya otras prohibiciones de seguridad, de sanidad, etc.; pero si no hay una de esas prohibiciones, es perfectamente posible que nosotros, cuando caminamos por la cordillera y hay agua y necesitamos beberla porque tenemos sed, lo hagamos libremente. Son usos mínimos.

plotación de las aguas subterráneas (arts. 61 y ss. del Código de Aguas y Resolución N° 186, de 1996, de la Dirección General de Aguas), que establece, por ejemplo, áreas de protección; es necesario verificar si esos usos mínimos pueden afectar el ejercicio de los derechos de aguas subterráneas.

b.2.2.) Aguas que nacen, corren y mueren en una misma heredad

El segundo caso de uso mínimo o limitado que la legislación reconoce como derecho es el de las aguas que nacen, corren y mueren en una misma heredad, en una misma propiedad. Reconoce este derecho el art. 20 del Código de Aguas. No necesita una concesión de aguas aquella persona que desea aprovechar ese hilo de agua que nace en una quebrada de su propiedad, que corre por su propiedad, y que luego muere, o se infiltra nuevamente o se seca en alguna vega, o en algún sitio de tal propiedad. Ahora, esto también puede ser abusivo; y hay que tener cuidado: es el uso mínimo el que está aceptado limitadamente por la legislación.

b.2.3) Lagos menores

También es considerado un uso mínimo, y tal derecho surge por el solo ministerio de la ley, el uso de las aguas de un lago menor, que está rodeado por tierras que pertenecen a un solo dueño. Lago menor es aquel que no es navegable por buques de más de 100 toneladas. Trátase éste, en tales condiciones, de un lago privado: tanto el terreno del fondo del lago (lecho) como el agua que contiene ese lago son privados. Las aguas de tal lago menor, como su lecho, son consideradas privadas, y las puede utilizar el dueño de todo el contorno sin pedirle permiso a nadie. Son considerados usos mínimos o limitados (véanse arts. 20 y 35 del Código de Aguas).

b.2.4) Aguas halladas en las labores mineras

De acuerdo con la ley, corresponde a los concesionarios mineros el uso de las aguas halladas en las labores mineras, en la medida en que sean necesarias para los trabajos de explora-

ción, explotación y beneficio de los minerales. Para ello reconoce la ley, por su solo ministerio, un derecho de aprovechamiento de aguas a favor de tal concesionario, pero limitando su uso a sus necesidades y a la subsistencia de su título minero. Véanse arts. 56 inc. 2º del Código de Aguas, 8º inciso final de la Ley 18.097, de 1992, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, y 110 del Código de Minería).

b.2.5) Límites a los usos mínimos

Si bien éstas son reglas muy antiguas del derecho, pueden llegar a producir problemas en las cuencas hidrográficas y entrar en conflicto con otros usuarios de las aguas. Así, una persona a quien la ley reconoce el uso privado y exclusivo de las aguas y del lecho de un lago menor quizás no podría secarlo, porque ocasionaría la desaparición de toda la vida acuática de ese sector, de toda la vegetación; o puede provocar una alteración (por pequeña que sea) del ciclo hidrológico, impidiendo infiltraciones o la recarga de los acuíferos subterráneos de sectores aledaños.

En cualquier tipología que se haga de los derechos de aprovechamiento de las aguas no podemos dejar de reconocer que existen estas hipótesis de usos mínimos y limitados, que son perfectamente legítimos, que están reconocidos por el derecho chileno; y que, además, dan la posibilidad a las personas de usar las aguas, sin que el Estado manifieste nuevamente su voluntad por una específica concesión de aguas. El Estado ya ha manifestado previamente su voluntad autorizando tales usos mínimos o limitados por medio de un reconocimiento legal: por el solo ministerio de la ley.

Pero, en todo caso, debemos comprender que estas reglas fueron establecidas antes de que nosotros tuviésemos un gran conocimiento técnico de los acuíferos subterráneos y de su relación con las escorrentías superficiales de aguas. Todas estas reglas de derecho son antiguas, y cuando fueron creadas no se tenía el conocimiento que hoy tenemos del ciclo hidrológico. Así, ahora sabemos, por ejemplo, que estas aguas "privadas" (esto es, entre otros casos, las que nacen, corren y mueren en una heredad; o que forman parte de un lago menor) si bien están circulando interna y separadamente dentro de una here-

dad, ellas, al mismo tiempo, son aguas que forman parte del ciclo hidrológico, y que un uso excesivo de ellas puede afectar a otros usuarios de otras heredades.

Por tales razones, a estos derechos reconocidos por la ley he preferido calificarlos como de usos “mínimos” o “limitados”, y no de usos “privados”,²² porque en la medida en que dejen de ser usos mínimos y afecten derechamente el aprovechamiento de otros titulares dentro del ciclo hidrológico, ya no debieran tener el reconocimiento ni la protección del derecho. Constituyen casos especialísimos, de usos mínimos, que están limitados, pues no pueden transformarse en un gran aprovechamiento, ni pueden afectar a otros usuarios de aguas, ya concesionales, ya reconocidos, y la ley fija explícita o implícitamente tales límites.

3. OTROS USOS Y DERECHOS ANTIGUOS RECONOCIDOS POR LA LEY

Existen otros usos de aguas o derechos antiguos que la ley vigente reconoce como derechos de aprovechamiento de aguas, declarándolos “subsistentes” (véase art. 310 inciso 1º, Código de Aguas). Como ocurre con los siguientes usos o derechos, según los casos:

- Aquellos reconocidos por sentencia ejecutoriada a la fecha de promulgación del Código de Aguas (1981) (véase art. 310 inc. 1º de tal Código).

- Aquellos derechos que emanen de usos de ribereños en cauces naturales, a los cuales la ley se los otorgó de pleno derecho, o que hubiesen obtenido por prescripción tales derechos, siempre que estén en “actual” uso y ejercicio (véanse arts. 310 N° 2 del Código de Aguas y 834 y 836 del Código Civil).²³

- Aquellos que ejercen quienes construyeron, durante la vigencia del artículo 944 del Código Civil, un ingenio o molino, o una obra cualquiera para aprovechar unas aguas, en las con-

²² El criterio de que estas aguas (cuya cuantía no precisa la ley) son de propiedad y disposición absoluta, sin señalar límites al abuso o al ciclo hidrológico, es sustentado por algunos autores. Véase Rossel (1960), p. 74.

²³ Estos derechos que emanen de usos de ribereños pueden corresponder en algunos casos a aquellos consuetudinarios ya descritos, a los que se refiere el artículo 7º del D.L. N° 2.603, de 1979.

diciones que fijaba tal norma (véase art. 310 N° 2 del Código de Aguas).

- Aquellos derechos adquiridos por prescripción (art. 310 N° 3, Código de Aguas).

- Aquellos adquiridos por el solo ministerio de la ley, por aplicación de las leyes N° 15.020 o N° 16.640, de 1967 (véase art. 5° transitorio del Código de Aguas de 1981).

- Aquellos “constituidos” (más bien reconocidos) a favor de las comunidades agrícolas por el art. 54 bis del D.F.L. N° 5, de 1968 (agregado por la Ley N° 19.233, de 1993), respecto de sobrantes en aguas corrientes.

- Aquellos reconocidos a favor de las comunidades indígenas por el artículo 64 de la Ley N° 19.253, de 1993, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas.

Todos estos derechos así reconocidos carecen usualmente de formalización o inscripción, a menos que los titulares, voluntariamente, hayan procedido a hacerla, utilizando, en su caso, las vías de los artículos 1°, 2° ó 5° transitorios del Código de Aguas, según los casos.

No obstante, es perfectamente posible que derechos reconocidos estén inscritos, por la vía de la regularización (arts. 114 N° 7 y 2° transitorio, Código de Aguas), pero la mayor cantidad de los derechos reconocidos no tiene ninguna inscripción, al menos directa. A veces están inscritos por la vía indirecta de una comunidad de aguas.

II. PROBLEMAS ACTUALES DE LOS TITULOS DE AGUAS

Una vez analizados el estatuto general y tipología de los derechos de aguas en Chile, y a partir de la propia exposición anterior, surgen algunos problemas actuales relativos a tales derechos. En especial, el problema de su certeza, por la existencia de una gran cantidad de usos reconocidos por la legislación como derechos plenos de validez y protección, pero que adolecen de falencias en cuanto a su formalización, pues, al igual que aquellos constituidos antes de 1981, habitualmente no contienen en sus títulos las características esenciales que exige la legislación.

Si bien la legislación establece algunas formas de presunción de tales características, existe la necesidad de un mejor desarrollo legal y jurisprudencial de esas características esenciales, que en algunos casos incluso se tornan ambiguas. Entonces, tales usos y derechos no formalizados deben ser objeto de una "regularización" e inscripción posterior, en su caso, lo que también se analiza. En fin, como una forma de contribuir a un mejor conocimiento de tales titularidades, formalizadas o no, se propugna al final del trabajo la regulación reglamentaria del sistema catastral administrativo de los derechos de aguas que establece la ley.

1. FORMALIZACIÓN DE DERECHOS DE AGUAS, RECONOCIDOS O CONSTITUIDOS, CUYOS TÍTULOS NO INDICAN SU CONTENIDO NI SUS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

A los títulos de aguas constituidos a partir de 1981 les podemos hacer exigencias; en todos los títulos de aguas que se han creado por la autoridad, desde ese año hasta ahora, se debe señalar el contenido y características esenciales del derecho, esto es: caudal; su condición de consuntividad o no; si es un derecho de ejercicio permanente o eventual; si su uso es continuo, discontinuo o alternado. Además, debiera estar formalmente inscrito en el registro correspondiente (véanse arts. 7, 12 a 19, 24, 149 y 150, Código de Aguas).

Pero ésta no es la realidad práctica respecto de los derechos constituidos con anterioridad al año 1981, que usualmente no tienen en sus títulos todas aquellas formalidades; ni tampoco es la realidad práctica, con mayor razón, en el caso de los derechos reconocidos, los que habitualmente no tienen ninguna formalización y se basan sólo en un uso; casi no existen "papeles".

En efecto:

– Hay derechos constituidos por la autoridad durante la vigencia de regímenes jurídicos anteriores al año 1981, que si bien están constituidos y existe un título perfectamente válido expedido durante una época pasada, en tales títulos no se establecen ni el contenido ni las características esenciales que la actual legislación exige, y en muchos casos no han sido objeto

de inscripción. Entonces, hay títulos que si bien son constituidos, no tienen todas estas características que son muy importantes para conocer efectivamente el contenido o “medida” del derecho. Y es esta “medida” del derecho lo que en realidad se obtiene a través de estas características esenciales, y es lo que distingue a cada derecho de otro; es su “esencia”: la medida de uso del agua (caudal), la oportunidad, la permanencia, la consumibilidad, etc. Entonces, hay muchos títulos antiguos que se refieren simplemente, por ejemplo, a regadores del río respectivo, o a acciones en una obra común, pero ningún otro antecedente sobre su contenido o características esenciales. Es un título constituido, que tiene al mismo tiempo falencias, y no se puede saber cuánta agua era la asignada primitivamente. Incluso es posible que ese derecho no esté inscrito o no lo haya estado nunca.

Respecto de los derechos constituidos, aun cuando estén inscritos, no siempre las cosas son perfectas, porque sólo una mínima parte de los derechos están constituidos a partir de 1981, y hay una cantidad importante de títulos constituidos con anterioridad. Muchos de ellos incluso, como se dijo, pueden estar inscritos, pero tales inscripciones adolecen de las mismas carencias: nada dicen de caudal y características esenciales. Por lo tanto, existe el derecho y se prueba la posesión del derecho a través de una inscripción, pero es un título desde el punto de vista técnico, desde el punto de vista de certeza, de conocimiento, que ofrece precarios antecedentes sobre la cantidad de agua que se puede extraer de un sistema hídrico; son títulos muy deficientes que no dicen todas las cosas que debieran decir para conocer la medida del derecho. Entonces, no creamos que la perfección está en aquellos títulos constituidos, que tuvieron un origen legítimo, pues también tienen falencias desde el punto de vista técnico, desde el punto de vista de la medida del derecho. Normalmente estos derechos pueden tener sólo algunas de estas formalizaciones.

– La falta de estos requisitos es, como se comprenderá, más notoria en los derechos reconocidos, ya que normalmente son usos que se basan en descripciones legales, no formalizadas para cada caso, o en usos consuetudinarios o en situaciones antiguas.

Para ofrecer una perspectiva de estos problemas, que se presentan, como se dijo, tanto respecto de los derechos constituidos como de los reconocidos, se expondrá el tema de las características esenciales de los derechos de aguas y luego expondré algunas ideas sobre la necesidad de una evolución jurídica al respecto.

a) *Presunción de características esenciales de los títulos de aguas*

La ley ha establecido presunciones para “completar” las características de los títulos; para formalizarlos. Ya tenemos mentalmente cierta concepción de los aspectos problemáticos de los títulos de aguas. Ahora debemos considerar que la legislación vigente ha querido solucionar tanto el problema de los derechos que han sido constituidos con anterioridad al año 1981, como el de los derechos reconocidos, a través de una serie de presunciones contenidas en los artículos 309 y siguientes del Código de Aguas.

Así:

– En cuanto al caudal de un título antiguo, el art. 309 del Código de Aguas, en aquellos casos en que no esté expresado en volumen por unidad de tiempo, establece una presunción específica: señala que se estará al caudal máximo legítimamente aprovechado en los últimos cinco años anteriores a la controversia sobre su cuantía; y habrá que probarlo. Es una presunción. Si una persona artificialmente comienza a ejercer el uso de una gran cantidad de agua en los últimos cinco años, altera su título, se produce una situación de incerteza.

– En cuanto a la *permanencia* del ejercicio, el art. 312 del Código de Aguas establece una serie de presunciones. Este es un problema de pruebas. Es un problema complejo, porque cuando se pierden los datos, de la época de nacimiento de los derechos, en cuanto a lo que señala el decreto de creación, de su acto constitutivo, pueden surgir problemas. Lo del ejercicio eventual o permanente es una clasificación de los títulos que nació en Chile en los años 1870 y 1871, cuando hubo una gran sequía, y surgió este concepto de permanencia y de eventualidad en el ejercicio; concepto nuevo para el derecho de aguas en ese momento. Por lo tanto nosotros tendríamos que distinguir los derechos que son permanentes o eventuales a partir de

ese año. Pero no siempre está así en los títulos y hoy día tendemos a pensar que todos los derechos antiguos son permanentes, y es posible que no lo sean.

Además se ha producido el siguiente error: en Chile hay sistemas hídricos en los que los derechos son más que los que pueden ejercerse efectivamente, sin poder aprovecharse su totalidad de acuerdo al caudal o corriente efectiva del río. Si se hace un catastro de los derechos, quizás sea posible verificar que existen derechos en exceso respecto de la disponibilidad del recurso. Este problema se ha solucionado dándoles un reconocimiento como permanentes a todos los derechos, y (como ocurre en muchos ríos del norte del país) han entrado a turno, y son ríos que están en permanente turno de acuerdo con sus estatutos. Ocurre así por un problema de falta de antecedentes, porque todos los titulares desean que sus derechos sean reconocidos como de ejercicio permanente, aun cuando eso sea improbable.

No ha habido minuciosidad en la creación de las reglas jurídicas al respecto.

– En cuanto a la continuidad. A su respecto se podría aplicar la presunción contenida en el artículo 24 del Código de Aguas. La mayor cantidad de derechos, ya sean constituidos, ya sean reconocidos, son de agricultores; o sea, de personas que tienen usos discontinuos. Normalmente un agricultor tiene un uso discontinuo durante el año; los meses en que riega el agricultor son cuando no llueve, de septiembre en adelante; entonces, en marzo, abril, mayo, junio, julio o agosto no usa agua o usa muy poca. Sin embargo, los agricultores (que pueden tener simplemente un derecho reconocido basado en un uso discontinuo consuetudinario) dicen tener un derecho continuo, a pesar de que jamás lo han usado en forma continua. No obstante, todos quieren tener el mejor derecho, pero las reglas que nos hemos dado no han tenido el detalle ni la minuciosidad adecuados.

– En cuanto a la consuntividad o no consuntividad, también existen presunciones en el artículo 313 del Código de Aguas. Esta clasificación de derechos entre consuntivos y no consuntivos no existía antes de 1981 y los títulos antiguos normalmente deben adecuarse a ella. Pero hay problemas, porque los usos

antiguos, en especial los agrícolas, nunca son totalmente consuntivos, pues normalmente devuelven al cauce natural o al ciclo, por la vía de los derrames, un porcentaje considerable del agua extraída (véanse Vergara Blanco, 1997a, p. 386; Donoso, 1995, pp. 16 y 17; Ríos y Quiroz, 1995).

Por otro lado, los nuevos derechos no consuntivos creados a partir de 1981, especialmente para permitir la operación de las centrales hidroeléctricas, nunca son totalmente inofensivos respecto de otros usuarios, pues pueden afectar la oportunidad de uso, cuando se deba regular el caudal (véase Aylwin, 1993).

Entonces, si bien la legislación establece ciertas presunciones, al desear conocer el contenido y características esenciales de estos derechos constituidos o reconocidos, se originan dificultades al analizar cada título. A partir de los informes técnicos o antecedentes históricos, u otros medios probatorios, se debiera determinar si el titular de un derecho tiene, por ejemplo, la posibilidad de usar un caudal de 25 litros por segundo, si es consuntivo, si es continuo, etc. Ese es un trabajo que habrá que hacer, pero por ahora nadie lo realiza, porque estas presunciones no tienen fecha ni obligatoriedad. Hay dos razones que explican esta falta de formalización: por un lado, lamentablemente, la legislación no ha dicho que: "a partir del día de hoy, todos los usuarios de aguas de derechos constituidos por autoridades anteriores al año 1981, o reconocidos por la ley, están obligados a completar sus títulos y a probar, mediante el trámite legal correspondiente, cuáles son las características esenciales de sus títulos, con el objetivo de poder saber exactamente la medida de los derechos de todos los usuarios constituidos en los caudales de agua", señalando una fecha para tal efecto, so pena de consecuencias jurídicas determinadas. No existe lamentablemente esa obligatoriedad y ha faltado la decisión normativa, legislativa, para poder completar los títulos de los derechos de aprovechamiento de agua.

Y, por otro lado, no hay una preocupación mayor por definir estas características, pues los usuarios de aguas, que han adoptado históricamente formas de uso muy arraigadas (véase Venezian y Gurovich, 1980, p. 116), siguen recibiendo las mismas aguas que antaño, que les son distribuidas por las organizaciones de regantes de que forman parte (comunidades de aguas, asociaciones de canalistas o juntas de vigilancia, en su caso).

El problema se origina cuando falta agua, o cuando algún regante (que riega en común con otros, en una misma obra de captación), a raíz del “mercado de agua”, transfiere su derecho a otra persona que desea ejercerlo en otro lugar del río. ¿Cuánta agua se puede trasladar? Sin una formalización, en la que consten sin ambigüedades el contenido y las características esenciales señaladas del derecho que corresponde, la respuesta a esa pregunta puede ser muy difícil. Y, por cierto, origen de conflictos.

b) *Una necesaria evolución jurídica respecto de los usos del agua*

Por lo tanto, hay variados antecedentes que en el futuro deberían implicar una evolución jurídica respecto de la definición legislativa de las características esenciales de los derechos de aguas, pues los actuales usos de ellas o no son concordes con el contenido jurídico real o presunto de los derechos, o tal contenido se tornará cada vez más distorsionador de la realidad y de la posibilidad de nuevos usos.

Por ejemplo, en la actualidad existen derechos reconocidos, originados en usos consuetudinarios (muchos de los cuales se han formalizado y han logrado obtener una inscripción en los registros respectivos), que han sido históricamente discontinuos, y que se siguen produciendo fácticamente de manera discontinua (es el caso del uso agrícola que, en general, ocurre sólo en los meses de verano, según los requerimientos de riego; en los demás meses del año tales usos no se hacen nunca o casi nunca). No obstante ello, tales titulares de derechos consuetudinarios normalmente considéranse a sí mismos como tenedores de derechos de ejercicio continuo, impidiendo, por ejemplo, una mejor operación de embalses que se podrían construir en la parte alta de los sistemas hídricos respectivos. Todo lo cual se presenta como una distorsión. ¿Qué característica reconoce la legislación a estos usos consuetudinarios? ¿Qué ocurre en los casos en que de forma irreal se ha reconocido, a través de una gestión judicial, como derechos continuos a usos consuetudinarios que fácticamente eran discontinuos (y que sólo se producían en los meses de riego)? Así, sus actuales títulos señalan que se trata de unos derechos continuos, a pesar de no haberse utilizado efectivamente las aguas

en una forma continua durante todos los años en que duró la costumbre. El sistema de reconocimiento como derechos de estos usos consuetudinarios debiera estar adecuadamente diseñado, de tal modo que entregue a los titulares de los derechos así reconocidos la justa medida de su derecho, que no puede ser diferente al uso consuetudinario de que proviene. De ese modo, se produce la equidad y se posibilita el uso múltiple de las aguas corrientes.

Un sistema acorde con la realidad podrá posibilitar un uso máximo para la agricultura en las épocas de riego efectivo, y del mismo modo posibilitar un uso máximo para embalsar aguas durante las épocas en que no hay riego, con seguridad de uso efectivo en ambos casos. ¿Es ésta una nueva y necesaria evolución del derecho de aguas y de un necesario reajuste de sus características esenciales?

Este problema de la continuidad o discontinuidad de los usos efectivos del agua no sólo se manifiesta respecto de las aguas superficiales; también se presenta en el caso de las aguas subterráneas. ¿Cuáles son los usos efectivos en materia de aguas subterráneas? ¿No es usualmente esporádico el uso del agua subterránea? Los volúmenes de uso son distintos, siendo grande la diferencia entre un uso continuo y uno discontinuo. Las posibles transacciones ulteriores pueden distorsionar aún más el problema cuando los derechos de aguas subterráneas, otorgados (o reconocidos) en un principio considerando un uso usualmente esporádico, y a raíz de un uso ahora continuo, supera en varias veces la recarga efectiva de los acuíferos.

Actualmente es un problema jurídico que debemos abordar este del uso discontinuo o continuo que efectivamente se realice de las aguas, superficiales o subterráneas, y su relación con los títulos.

2. REGULARIZACIÓN DE DERECHOS DE AGUAS

En derecho de aguas, como se vio en la primera parte de este trabajo, es posible encontrar una realidad que más bien pareciera ser parte de lo anecdótico o arcaico del derecho: existencia y plena protección que se les presta a unos usos de las

aguas, o a ciertas situaciones especiales que por ese hecho (realidad fáctica) constituyen un derecho. Es obvio que no se trata de cualquier uso, pues debe cumplir ciertos requisitos para merecer reconocimiento del derecho; pero es un uso, y como tal constituye derecho. No es lo que habitualmente llega a nuestro análisis en materia de títulos. Pareciera que todo derecho ha de tener "escrituras" y "registros"; pero ésa no es una realidad exigible en materia de aguas; aquí basta, entonces, un uso legítimo de ellas. Estos usos que, como he dicho, constituyen un derecho, cuando reúnen los requisitos de legitimidad, pueden optar por una "regularización". ¿Qué significa esto? Significa un reconocimiento de su existencia (no su constitución, pues ellos ya existen), con la finalidad de incluirlos en los registros correspondientes, facilitando tanto la transferencia y transmisión de las titularidades, como su inventario y catastro.

Estos usos, como se ha recalcado, hoy día tienen consagración constitucional (artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución: "reconocidos") y legal (según los casos, artículos 20, 56 del Código de Aguas, 110 del Código de Minería, y 7° del D.L. N° 2.603, de 1979, y demás pertinentes). Todo procedimiento de regularización, por lo tanto, debe llevarse adelante de acuerdo con los términos de estas normas, las que deben ser interpretadas armónicamente.

Los derechos reconocidos, según se señaló en la primera parte, carecen de un acto de autoridad que los haya creado; estos derechos nacieron, según los casos, de una situación especial o del puro uso, *de facto*, y de su posterior reconocimiento legal. Pero si la legislación les da reconocimiento, adecuado es que además establezca mecanismos para conocer su contenido: la medida de tales derechos; en otras palabras, para formalizarlos y conocer sus características esenciales. También pueden carecer de formalización adecuada los derechos constituidos antes de 1981. ¿Qué sistemas ofrece el derecho para conocer la medida de tales derechos?

Hay que distinguir:

a) *Los derechos reconocidos por la ley en general, o en especial los originados en usos consuetudinarios (art. 7° D.L. N° 2.603, de 1979); o cuya subsistencia haya sido declarada (art. 310 Código de Aguas); o aquellos derechos constituidos antes de 1981 que carezcan de formaliza-*

ción, o cualquier otro derecho (reconocido por alguna ley especial) que carezca de las formalizaciones necesarias, o incluso, en su caso, que no tenga ninguna inscripción.

A su respecto, el Código de Aguas estableció un procedimiento para poder formalizar el contenido y características esenciales de estos derechos, distinguiendo entre el caso de los derechos que alguna vez estuvieron inscritos y los que nunca estuvieron inscritos. El procedimiento de formalización del reconocimiento de estos derechos está regulado en los artículos 1º, 2º y 5º transitorios del Código de Aguas, que se aplican, según los casos, para proceder a lo que se ha llamado “regularización”.

Así, dispone el artículo 1º transitorio del Código de Aguas 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.

Si no pudiere aplicarse lo establecido en el inciso anterior, el Juez ordenará la inscripción y deberá, en todo caso, tener a la vista copia autorizada de la inscripción de dominio del inmueble en que se aprovechen las aguas, con certificado de vigencia de no más de 30 días de expedido; comprobantes tales como recibos de pago de cuotas de la respectiva asociación de canalistas o comunidades de agua; copia de la escritura pública a que se redujo el acta de la sesión del directorio o de la asamblea, de la asociación, sociedad o comunidad en la cual conste la calidad de socio o comunero del interesado y otros documentos útiles.”

El artículo 2º transitorio del Código de Aguas, que se refiere a la “regularización” de los derechos no formalizados, señala en lo pertinente:

“Los derechos de aprovechamiento inscritos que están siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia este Código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes [...].

El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural."

Por otra parte el artículo 5º transitorio del Código de Aguas señala un procedimiento dirigido a la "determinación e inscripción" de los derechos de aprovechamiento provenientes de predios expropiados total o parcialmente o adquiridos a cualquier título por aplicación de las Leyes N° 15.020 y N° 16.640, de 1967 (de Reforma Agraria).

El ánimo del legislador, al consagrar estos procedimientos regularizadores en el Código de Aguas, fue proporcionar una formalización e inscripción conservatoria a los derechos constituidos o reconocidos que carezcan de formalización e inscripción, en concordancia con la Constitución y con las disposiciones legales que reconocen como subsistentes o existentes a tales derechos.

Así se ha reconocido por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, organismo que, en un importante dictamen de 1992,²⁴ en la parte que interesa, ha señalado que para efectos de determinar la disponibilidad del recurso hídrico (en el caso, con el objeto de decidir si procede o no constituir un nuevo derecho de aprovechamiento), la Dirección General de Aguas debe considerar:

"[...] no sólo los [derechos de aprovechamiento] que están inscritos, sino también aquellos susceptibles de regularizarse por los medios que franquean los artículos transitorios del Código de Aguas que faculta a quien los utiliza por cierto tiempo y condiciones para proceder a su inscripción. En tal evento no puede afirmarse que los recursos sobre los que se ejercen tales usos están disponibles."

Palpable es la concordancia de esta decisión con los textos normativos señalados antes, al considerar tal dictamen como no disponibles las aguas cuyo uso es susceptible de ser regularizado

²⁴ Dictamen N° 1.408, de 20 de enero de 1992, publicado en Revista de Derecho de Aguas, Vol. 4 (1993), pp. 291-292.

o formalizado por los mecanismos procedimentales de los artículos 1º, 2º ó 5º transitorios del Código de Aguas. En otras palabras: los aprovechamientos de aguas no formalizados en cuanto a su contenido o características esenciales o no inscritos gozan de una presunción de legitimidad y reconocimiento pleno.

Si bien es notorio que el espíritu del Código de Aguas de 1981 fue que todos los derechos de aprovechamiento de aguas quedaran, en definitiva, inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente, ello no significó desconocer aquellos derechos que no estaban inscritos, muchos de ellos como consecuencia del proceso de Reforma Agraria. Recuérdesse que el art. 122 de la Ley Nº 16.640, de 1967, derogó las disposiciones relativas al régimen de inscripción que establecía el Código de Aguas de 1951, por lo que todos los derechos constituidos desde tal época y hasta el año 1979 no fueron objeto de inscripción. Hubo un paréntesis registral.

Así, con pleno respeto y concordancia con la Constitución, y con las disposiciones legales que reconocen la existencia de tales derechos (señalados en la primera parte de este trabajo), el artículo 1º transitorio del Código de Aguas tiende a mantener la historia de la posesión y propiedad de derechos de aprovechamiento alguna vez inscritos; el artículo 2º transitorio del mismo Código permite la formalización de un derecho adquirido por prescripción, incluso contra título inscrito y la formalización de derechos no inscritos, o que se extraen individualmente de una fuente natural; y, en fin, el artículo 5º transitorio tiende a establecer el contenido y a formalizar los derechos provenientes del proceso de Reforma Agraria. Todo ello complementado fundamentalmente con los artículos contenidos en el Título VIII del Libro I del Código de Aguas, denominado "Del registro de aguas, de la inscripción de los derechos de aprovechamiento y del inventario del recurso" (artículos 112 y siguientes), relativos a la inscripción conservatoria de los derechos de aprovechamiento y a su inscripción informativa en un Catastro Público de Aguas.

De manera complementaria, el artículo 114 Nº 7 del Código de Aguas señala que:

"Deberán inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces: (Nº 7) Las resoluciones judiciales ejecutorias que reconozcan la existencia de un derecho de aprovechamiento."

Entre tales sentencias, por cierto, se encuentran aquellas dictadas, en su caso, de conformidad con los artículos 1º, 2º ó 5º transitorios del Código de Aguas, ya que, precisamente, estos preceptos legales tienen por objeto que se declare, se reconozca o se deje constancia de la existencia de derechos de aprovechamiento de aguas; no que se constituya un nuevo derecho. De ahí que el artículo 114 Nº 7 del Código de Aguas habla de sentencias que “reconozcan” la existencia de un derecho de aprovechamiento.

Así se formaliza (“regulariza”, en la terminología legislativa) todo derecho de aguas reconocido o constituido que necesite tal formalización (salvo los usos mínimos o limitados, cuyo procedimiento se menciona en seguida).

b) *Los derechos que reconoce la ley por su solo ministerio, o sea, los que llamo “usos mínimos” o “limitados”.* El reconocimiento *ipso jure* podría bastar; pero un particular, por seguridad o certeza jurídica, podría querer formalizar su título y solicitar su reconocimiento judicial. Ello le posibilitaría una mejor transferibilidad o uso exclusivo de su derecho. La ley no prohíbe que sus titulares obtengan títulos, porque es un derecho patrimonial; un particular podría querer realizar actos jurídicos respecto de sus derechos reconocidos o directamente respecto de las aguas que extrae, y podría inscribirlo, solicitando y obteniendo un previo reconocimiento judicial (como emana de lo establecido en los artículos 20, 56 incisos 1º y 2º del Código de Aguas, y 110 del Código de Minería, según los casos, en relación con el artículo 114 Nº 7 del Código de Aguas).²⁵

3. NECESIDAD DE REGULACIÓN REGLAMENTARIA PARA EL CATASTRO PÚBLICO DE AGUAS

En realidad, la calidad de dominio público de las aguas, o bien nacional de uso público, de acuerdo con nuestra terminología

²⁵ Y existe jurisprudencia que, de manera correcta, así lo permite. Véase el caso “Sociedad Termas y Aguas de Panimávida S. A.”, fallado por sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, del 24 de octubre de 1988, en Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI (1995), pp. 227-230.

legal, no es apropiatoria para el Estado. Por esta razón el Estado no pasa a ser el “propietario” de las aguas, sino que esta declaración es, en el fondo, una simple técnica jurídica de intervención en la actividad económica que los particulares desarrollan utilizando el recurso hídrico, y en nuestro caso, a partir de 1979 y 1981, para regular la libertad de transferibilidad de los derechos de aguas consagrada legal y constitucionalmente.

El papel que les corresponde al Estado y a los particulares de frente al recurso sólo puede ser analizado a partir de un conocimiento acabado de las titularidades de aguas; no porque tales aguas sean parte de su propiedad, sino porque de ese modo es posible establecer mecanismos para su mejor utilización por los particulares, que son los titulares de tales derechos de aguas; en otras palabras, para planificar, dentro de lo permitido por el sistema, el uso del recurso (véase art. 299 letra a) del Código de Aguas; Vergara Blanco, 1997a, p. 373).

Según se ha expuesto, en Chile hay un sistema que consagra derechos de aguas que tiene varios méritos, entre ellos dar una gran seguridad jurídica a sus titulares, posibilitando un “mercado” de los derechos de aguas. No obstante, hay en nuestro sistema jurídico dificultades permanentes en cuanto a la certeza jurídica de los títulos de derechos de aguas, las que son perceptibles no sólo en tiempos de sequía, sino también en tiempos de normalidad: es el problema analizado de los derechos no formalizados, no inscritos, regularizables.

En virtud de lo anterior, se hace palpable la necesaria regulación reglamentaria del Catastro Público de Aguas, tema algo desconocido pero de gran relevancia para el sistema jurídico de los derechos de aguas; hace falta, a mi juicio, la dictación de este Reglamento. Para explicar tal catastro, se expondrá su consagración legal y contenido, luego ofreceré un desarrollo jurídico sobre sus objetivos y necesidad actual, sus características y, para terminar, una recomendación: la necesidad de dictar el reglamento respectivo.

a) Consagración legal y contenido del Catastro Público de Aguas

El artículo 122 del Código de Aguas, ubicado al final del Título VIII del Libro I, señala:

“La Dirección General de Aguas deberá llevar un Catastro Público de Aguas, en el que constará toda la información que tenga relación con ellas.

En dicho catastro, que estará constituido por los archivos, registros e inventarios que el reglamento establezca, se consignarán todos los datos, actos y antecedentes que digan relación con el recurso, con las obras de desarrollo del mismo, con los derechos de aprovechamiento, con los derechos reales constituidos sobre éstos y con las obras construidas o que se construyan para ejercerlos.”

A través de este Catastro, de manera global, el legislador pretende obtener un “inventario del recurso”.²⁶

Se refiere también al Catastro el artículo 150 inciso 2º del Código de Aguas, al señalar que: “La Dirección General de Aguas deberá registrar toda resolución por la cual se constituya un derecho, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 122”.

Así, de acuerdo con los términos del art. 122 del Código de Aguas, la creación del Catastro es un deber de la Dirección General de Aguas (“deberá llevar un Catastro Público de Aguas”), y su regulación se hará a través de un reglamento, al que se refiere expresamente tal disposición legal (de lo que emana un deber para el Presidente de la República: dictar tal Reglamento).

De acuerdo con el propio texto del artículo que lo consagra, el Catastro consistiría en:

- una fuente documental en que conste toda la información que tenga relación con las aguas (inc. 1º);
- estar constituido materialmente por archivos, registros o inventarios, los que establecerá el Reglamento (inc. 2º); y
- se consignarán en él todos los datos, actos y antecedentes que digan relación con el recurso, con las obras de desarrollo del mismo, con los derechos de aprovechamiento, con los derechos reales constituidos sobre éstos y con las obras construidas o que se construyan para ejercerlos (inc. 2º).

Incluso, en variados artículos el Código se refiere a materias que indudablemente integran o debieran integrar este Catastro, como ser:

²⁶ Nótese que este artículo forma parte del señalado Título VIII del Libro I del Código, referido precisamente al “inventario del recurso”.

- toda resolución que crea derechos nuevos (art. 150 inc. 2º, Código de Aguas);
- el registro de comunidades y organizaciones de usuarios (art. 196, y extendido a las asociaciones de canalistas y a las juntas de vigilancia por los arts. 258 y 267, Código de Aguas);²⁷
- el registro de comuneros (art. 205, y extendido a las asociaciones de canalistas y a las juntas de vigilancia por los arts. 258 y 267, Código de Aguas), en el cual se anotan los derechos de agua de cada uno de ellos, el número de acciones y las mutaciones de dominio que se produzcan;
- registro de directores de organizaciones de usuarios (art. 236, y extendido a las asociaciones de canalistas y a las juntas de vigilancia por los arts. 258 y 267, Código de Aguas);
- el rol provisional de usuarios (arts. 164 a 169, Código de Aguas).

Pero en todo caso, los registros, archivos e inventarios que deban formar parte del Catastro los deberá fijar el Reglamento, que ha quedado expresamente facultado por la ley para hacerlo, de un modo bastante general, pues es deseo del legislador que este Catastro sea exhaustivo en cuanto a información sobre el recurso hídrico (dice el artículo 122 inc. 1º Código de Aguas: “toda la información”). De tal modo, la Dirección General de Aguas podrá hacer constar en él información propiamente técnica (la ley menciona como ejemplo a las obras), como información de títulos legales de aprovechamiento a favor de particulares (la ley se refiere a los derechos de aprovechamiento, sin distinguir si son inscritos o no).

b) *Objetivos y necesidad actual del Catastro Público de Aguas*

El Catastro a que se refiere el art. 122 del Código de Aguas es de interés público: les interesa a los privados y a la Administración. En efecto, por una parte, es imprescindible para el funcionamiento informado de un mercado de derechos de aguas,

²⁷ En todo caso, téngase presente que el artículo 1º del Decreto Supremo N° 187, de Obras Públicas, de 1983, que contiene el “Reglamento sobre Registro de Organizaciones de Usuarios”, señala que este Registro “formará parte del Catastro Público de Aguas”.

y, por otra parte, para que la Dirección General de Aguas pueda llevar adelante de un modo adecuado su misión de órgano encargado de la función pública de administración de las aguas. Sin un conocimiento cabal y exhaustivo, científica y prácticamente comprobable, del recurso y de los usos del mismo, no es posible pensar que la Dirección General de Aguas podrá cumplir sus tareas principales de manera eficiente y moderna, de acuerdo con las actuales y futuras necesidades del país. Por esa razón el legislador ha sido tan enfático al hablar de “toda” la información que diga relación con las aguas.

La función básica de este registro administrativo es lograr el completo y adecuado conocimiento de los derechos de aprovechamiento de aguas, constituidos o reconocidos, pero no aisladamente considerados sino con referencia al sistema hídrico de que forman parte. Por lo tanto, deberá haber constancia adecuada del destino actual de cada derecho de aprovechamiento, pudiendo determinarse incluso los terrenos o establecimientos industriales que se benefician del agua.

Por lo tanto, en el registro deben acreditarse y constar todos los datos necesarios para conocer el agua misma aprovechada, el sistema hídrico de que se deriva y los inmuebles que se benefician o a los que esté vinculado actualmente el uso del agua, así como los cambios de titularidad producidos por transferencias, y las modificaciones o extinciones producidas por cualquier causa, de modo que en todo momento sea posible conocer en su globalidad los recursos hídricos existentes en cada sistema de gestión (cuenca o subcuenca hidrográfica, canal, acuífero subterráneo, etc.), como único medio de conseguir la planificación racional y la administración adecuada del recurso.

Adicionalmente, es posible, en abstracto, pensar en otras finalidades de la existencia de un catastro de aguas, como ser:

- la conformación de organizaciones de administración de cuenca (que se desea crear en el país), las que no podrán ni mínimamente cumplir sus objetivos sin un conocimiento cabal de los recursos legalmente utilizables en la cuenca respectiva; sin esta información, su labor difícilmente podrá cumplir los objetivos deseados;

- por otra parte, si se desea iniciar, siguiendo lo señalado ya en el año 1979 por el artículo 3º del D.L. N° 2.603, el cobro de

impuestos a los derechos de aprovechamiento de aguas, sin una información acabada de derechos, usos otorgados, usos efectivos, etc., difícilmente podrá realizarse, sobre todo si se aplican incentivos económicos, como, por ejemplo, según el agua aprovechada o no aprovechada por cada titular;

- la misma planificación a futuro que debe realizar la Administración para la construcción directa o subsidiada de grandes, medianas o pequeñas obras hidráulicas debe llevarse a efecto con un conocimiento no sólo de los sistemas hídricos respectivos, sino también de los usos efectivos o esperados de las aguas en el lugar correspondiente;

- en fin, para la planificación de las aguas, o la administración de las cuencas, también deben considerarse los derechos de aprovechamiento de aguas que se reconocen por el solo ministerio de la ley, los cuales sólo excepcionalmente tienen registro conservatorio, pero que deben ser considerados en toda planificación, pues son usos que se efectúan en un sistema hídrico concreto.²⁸

Si se revisan en el propio Código de Aguas las funciones de la Dirección General de Aguas, quedará más de manifiesto la necesidad imperiosa de contar con un catastro completo del recurso para poder cumplirlas de un modo adecuado e informado. Así:

- la planificación, investigación, medición, policía y vigilancia del recurso, y supervigilancia de las juntas de vigilancia (art. 299, Código de Aguas). Sin un conocimiento cabal del recurso, ¿se podrá planificar su desarrollo y efectuar recomendaciones técnica y legalmente atendibles para su aprovechamiento?, ¿se podrá efectuar una real y efectiva policía y vigilancia, sin conocer los usos legalmente procedentes?;

- la constitución de los derechos de aprovechamiento debe realizarse sólo cuando, en forma fehaciente, la Dirección General de Aguas constata aguas existentes en fuentes naturales o en obras estatales de desarrollo del recurso, y siempre que los usos actuales no sean menoscabados (arts. 22, 134, 141, Código de Aguas). Sin un conocimiento cabal de los usos actuales y de la

²⁸ Trátase de los usos mínimos o limitados, que reconoce la legislación. Véase la primera parte de este trabajo.

cantidad de agua existente, ¿se cumplirá de manera adecuada esta función? Debe recordarse que ésta es la mayor fuente de conflictividad, y usualmente los Tribunales de Justicia, por la vía del recurso de reclamación, conocen de estos conflictos, en los cuales la Dirección General de Aguas debe informar desde el punto de vista técnico de la existencia de aguas. Es común que tal información dirima los conflictos entre interesados y debe ser confiable;

- las decisiones que se deben adoptar en materia de aguas subterráneas, desde la constitución de derechos nuevos hasta la reducción temporal del ejercicio de derechos, la declaración de zonas de prohibición, áreas de restricción (arts. 59 a 68, Código de Aguas);

- hay variadas funciones en que la Dirección General de Aguas debe emitir informes, incluso a los Tribunales, con plazos legales o judiciales que corren, o dar certificaciones o autorizaciones, en que se debe actuar con un conocimiento cabal del recurso, y de los efectos que ocasionen aquellas decisiones o autorizaciones en el aprovechamiento de otros usuarios (véanse, por ejemplo, entre otros, las actuaciones a que la obligan los arts. 39, 115, 120, 148, 151, 158, 163, 164, 171, 179, 183, 188, 263, 266, 270, 282, 295, 314 y 315, Código de Aguas). Todas las funciones a que se refieren estos artículos son realmente relevantes, para los usuarios, para terceros y para la sociedad en función de la obligación de la Dirección General de Aguas de planificar el recurso;

- el remate de recursos de agua disponibles, ya sea por la presentación simultánea de varias peticiones (art. 142, Código de Aguas), o de oficio (art. 146, Código de Aguas). ¿Podrá la autoridad pensar siquiera en un remate de oficio de los recursos supuestamente disponibles sin contar con información exhaustiva de los usos y de la disponibilidad de agua?;

- la obtención de la información que proporciona el catastro es un modo de darle contenido técnico y aplicación a la obligación que tiene la Dirección General de Aguas de saber cómo respetar los derechos de aguas antiguos, otorgados con anterioridad al Código vigente, y que no cumplen con las características actualmente exigidas para cada título (véanse arts. 7º del D.L. N° 2.603, y 309, 310, 311, 312 y 313, Código de Aguas, entre otros);

– asimismo, un catastro completo es un modo de obtener información sobre los derechos de aguas reconocidos y no regularizados, y que no es obligación para sus titulares regularizar de acuerdo a la legislación vigente (de los arts. 1º, 2º y 5º transitorios, Código de Aguas, se desprende que tales derechos “podrán” regularizarse, esto es, que es facultativo para sus titulares hacerlo o no). Esta información es imprescindible, pues la Dirección General de Aguas, al crear nuevos derechos de aguas y estudiar la disponibilidad del recurso, de acuerdo a dictámenes de la Contraloría General de la República, los debe respetar;

– en fin, la existencia de un Catastro completo adicionalmente implicará una mejor información para la Administración, y una forma más ágil para preparar y evacuar los constantes informes que se deben hacer a petición de los Tribunales de Justicia, a raíz de los cada vez más frecuentes litigios sobre aguas, sea entre particulares o a raíz del cumplimiento de potestades propias de la Dirección General de Aguas, cuyas decisiones sean posteriormente reclamadas.

c) *Características del Catastro Público de Aguas*

Del texto y contexto del Código de Aguas fluyen algunas características del Catastro Público de Aguas, que describo en seguida:

1º. *Es un registro legal*, pues está consagrado por una ley específica (art. 122, Código de Aguas), lo que le otorga una condición jurídica claramente definida en cuanto a las posibilidades de la Administración, y a la legalidad de su actuación en torno a la conformación del Catastro. Así, todas las actuaciones de la Dirección General de Aguas, en cuanto a su creación y gestión que impliquen incluso cargas en contra de particulares para su conformación, ya sean establecidas directamente en la ley o en el reglamento, tendrán un apoyo jurídico indudable. Esta condición legal del Catastro implica varias consecuencias de orden constitucional y legal que facilitan su establecimiento.

2º. *Es un registro administrativo*, diferente y distinguible del Registro inmobiliario que se establece en el Código de Aguas. No debe perderse de vista que el Registro de Aguas que llevan los Conservadores de Bienes Raíces (art. 112, Código de Aguas) es jurídicamente diferente del Catastro Público de Aguas. Aquél

está principalmente destinado a proporcionar garantía y prueba de la posesión de los derechos de aprovechamiento de aguas; mientras que el Catastro Público de Aguas está destinado a proporcionar a la autoridad de aguas toda la información necesaria para que pueda cumplir sus funciones de planificación y administración del recurso, y a los particulares, información para operar con certeza en el sector. Su finalidad es lograr un "inventario" del recurso, sobre el cual basar la aplicación de políticas públicas y adoptar decisiones individuales.

Las informaciones que se obtienen de un registro inmobiliario de aguas son hoy insuficientes para los particulares que necesiten conocer la medida real de tales derechos, y para que la Dirección de Aguas pueda llevar adelante sus funciones. Además, ninguno de estos registros debe depender del otro y han de ser independientes, sobre todo en cuanto a la captación de la información. El Registro inmobiliario de aguas sólo puede proporcionar información complementaria útil para verificar, en caso de necesidad, la validez de los títulos que pudieren constar en el Catastro Público de Aguas.

El catastro administrativo a que se refiere el art. 122 del Código de Aguas tiene un contenido específico definido por la ley, que debería ser completado y desarrollado en un reglamento, y su objetivo es, como se dijo: por un lado, proporcionar información exhaustiva sobre el recurso agua para que la autoridad pueda llevar adelante las funciones a que está obligada y las atribuciones de que está dotada; y, por otro lado, información para que los agentes de un "mercado" de derechos de aguas tomen sus decisiones. Estas diferencias son las que le imprimen autonomía respecto del anterior.

3º Es un *registro* que debe ser *completo, exhaustivo* en cuanto a la información, ya sea en aspectos técnicos como de titularidades privadas sobre las aguas. La información que debe ofrecer el Catastro en materia de aguas debe ser completa de acuerdo a la ley ("toda", dice el art. 122, Código de Aguas).

En cuanto a los derechos de aprovechamiento existentes: por ejemplo, deben constar en tal Catastro tanto los derechos constituidos como los reconocidos, sea que estén inscritos o no inscritos en el Registro conservatorio; es decir, deben constar en este inventario todos los usos legítimos de las aguas, consti-

tuidos o reconocidos, pues, como hemos visto antes, todos tienen validez constitucional (el art. 19 N° 24 inciso final de la Constitución). Esto marca una clara diferencia con el Registro de Aguas que llevan los Conservadores, en donde se encuentran sólo los títulos que legitiman usos de aguas inscritos, y no se encuentran todos aquellos usos de aguas reconocidos, perfectamente legítimos, pero que no tienen inscripción especial de aguas alguna, y que adolecen de otros defectos de formalización (como la falta de señalamiento de sus características esenciales).

Recuérdese además que en Chile la proporción de derechos inscritos es muy baja en relación con el número de usos efectivos del agua. La mera información de los derechos inscritos que podría proporcionar el contenido de los registros inmobiliarios de los Conservadores es claramente insuficiente; entonces, como se ha dicho, esto marca una importante diferencia entre el Catastro Público de Aguas y los Registros de Aguas de los Conservadores de Bienes Raíces. Sólo el Catastro, por su exhaustividad en cuanto al conocimiento de las titularidades legítimas de aguas, permitirá un conocimiento de los usos efectivos del agua en un sistema hídrico.

Adicionalmente, según lo dicho antes, también debieran formar parte de este Catastro los derechos de aprovechamiento de aguas que la ley reconoce de pleno derecho (arts. 20 y 56 del Código de Aguas y 110 del Código de Minería).

4º. Es un *registro técnico* que debe cubrir todos los aspectos relativos a las aguas, proporcionando antecedentes relacionados con el objetivo del Catastro, y en especial antecedentes sobre la medida de cada título de agua: su caudal y naturaleza, y la hidrología del sistema hídrico correspondiente; obras hidráulicas del sector, estadísticas, etc.

En cuanto a los derechos de aprovechamiento existentes, por ejemplo, la información que conste en el Catastro Público de Aguas debe decir relación con los aspectos técnicos y legales que le permitan a la autoridad cumplir sus funciones de planificación del recurso y con el respeto de los derechos antiguos cada vez que crea derechos nuevos. Esto marca otra clara diferencia con el Registro de Aguas de los Conservadores de Bienes Raíces, en que constan sólo aspectos de la titularidad privada,

sin otras consideraciones técnicas que quizás interese obtener a la autoridad de aguas.

En todo caso, la información que entregan las inscripciones de derechos de aguas es disímil. Sólo los títulos creados a partir de la vigencia del nuevo Código proporcionan antecedentes completos y útiles; pero tal información consta actualmente en la Dirección General de Aguas (art. 150 inc. 2º del Código de Aguas) y no es necesario recurrir a los Conservadores para obtenerla.

Los títulos antiguos son de una ambigüedad tal que difícilmente podrían ser útiles para los fines del Catastro: pues nunca o casi nunca proporcionan información técnica sobre los caudales legítimos; en estos títulos antiguos e inscritos pueden aparecer informaciones como la siguiente: “derecho a aprovechar las aguas suficientes para regar una hectárea”, sin un señalamiento de sus características esenciales ni su caudal (volumen por unidad de tiempo).

Entonces, el carácter técnico del Catastro permite conocer variados aspectos del uso de las aguas, aspectos que en ningún caso podrán proporcionar los simples títulos registrados en los Conservadores de Bienes Raíces, los cuales han sido registrados en tales sitios, como se ha dicho, para otros fines (dar garantía y prueba de posesión), y no como una información eficaz a partir de la cual planificar y administrar todos los recursos de aguas de un país.

Desde el punto de vista técnico es conocido que en la actualidad la Dirección General de Aguas ha realizado, por intermedio de empresas consultoras, estudios de catastro de usuarios (véase Liendo, 1992). Todos estos estudios deben ser un punto de partida para el Catastro y debieran tenerse por válidos en cada fuente hídrica a que correspondan, salvo aquellos casos en que los propios usuarios, una vez informados cabalmente de ellos, presenten sus propios antecedentes modificatorios. Por ende, este Catastro es una forma de validar todos aquellos antecedentes técnicos ya existentes, que permitirán obtener una información cabal en cada fuente hídrica, cotejada con la información que ahora aporten obligatoriamente todos los usuarios legítimos de agua.

5º. El *Catastro Público de Aguas es independiente* de todo otro tipo de registro, y para su conformación debe tener sus propios mecanismos de recolección de la información. Por tal razón, se le ha consagrado legalmente y se ha otorgado un mandato al Presidente de la República para la dictación del Reglamento respectivo. No puede depender para su conformación de otros registros. En especial no puede depender para su conformación del Registro de Aguas que llevan los Conservadores de Bienes Raíces, no sólo porque éstos son insuficientes (por falta de exhaustividad y falta de aspectos técnicos necesarios), sino también porque la información que debe obtener la autoridad a través del Catastro Público de Aguas está destinada a cumplir funciones diferentes: otorgar conocimientos técnicos para llevar adelante la política de planificación y administración del recurso. Y es obvio que estas funciones tan importantes, básicas para la Dirección General de Aguas, no pueden depender de las informaciones que entreguen otros registros, sobre todo tan insuficientes para tales fines, como se ha remarcado.

6º. Debe ser un *registro público*, por su propia naturaleza. Así, por lo demás, lo indica su propia denominación legal (Catastro "Público" de Aguas), con lo cual se ha querido significar un doble aspecto: el primero, que dice relación con el hecho de que cualquier persona que tenga interés en ello pueda acceder a la información acumulada en dicho catastro, y el segundo consiste en que todo el público que sea usuario de recursos hídricos (con concesión de aguas, o con derecho reconocible, o simplemente con un derecho privado de agua) debe hacer llegar la información pertinente para incorporarla al catastro.

7º. Debe originar en los usuarios de las aguas *la obligación de catastrar sus títulos y proporcionar la información de sus propias titularidades*, lo que emana de su condición de registro legal y público. Es posible, a mi juicio, disponer que el registro previo de los títulos de agua sea un requisito habilitante para cualquier actuación ante la Dirección General de Aguas, o incluso para tramitaciones ante otras reparticiones públicas (como, por ejemplo, la Dirección de Riego, en caso de solicitar subsidio para obras; en Agricultura, en Mideplán, en Tesorerías, para el

eventual pago de impuestos, etc.). Existe en Chile el precedente del Registro Nacional de Acuicultura.²⁹

Esta obligatoriedad es esencial en la conformación del Catastro Público de Aguas, y se deben estructurar las bases reglamentarias para vincular los derechos catastrados con aquellos que la Dirección General de Aguas debe respetar, al evaluar la disponibilidad del recurso.

De este modo, la obligatoriedad consistirá en que los derechos que no se encuentren catastrados no podrán esperar una protección especial de la Dirección General de Aguas, pues se desconocerán por la falta de información "oficial" de los mismos, y tal información oficial, para estos efectos, debe proporcionarla el catastro. En terminología técnica, los usuarios deberían sentir la obligación de incorporarse al Catastro, no sólo porque es algo que establece la ley (y de ahí deriva su deber de incorporación), sino también por el temor a no ser considerado tal derecho dentro de los "compromisos" de aguas que deben respetarse; ésta es la "presión" que debe existir para entrar al sistema de catastro.

Por lo demás, esta generalidad le daría al sistema una transparencia necesaria, en sus informaciones y en su operación, lo que es útil para las decisiones de los agentes privados y para la Administración.

4. CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE DICTAR EL REGLAMENTO DEL CATASTRO PÚBLICO DE AGUAS

El gran caudal de la información que integre el Catastro Público de Aguas puede ser obtenido directamente, por la Dirección General de Aguas, a través de sus diversos departamentos. Incluso hoy en día existe un "Catastro Público de Aguas" en la Dirección General de Aguas, que funciona sin ninguna regulación especial. Pero hay otras informaciones de gran relevancia que sólo se pueden obtener indirectamente de los propios interesados y usuarios del recurso. En algunos casos el propio Código obliga a los usuarios a entregar esta información (por ejemplo, arts. 196 y 205, Código de Aguas).

²⁹ D.S. N° 499, de Economía, Diario Oficial de 15 de septiembre de 1994, art. 2°.

En otros casos en que la información sea desconocida, sólo un reglamento, basándose en la necesidad legal de conformar este registro público, podría establecer la obligación de los titulares de catastrar sus títulos. Incluso en aquellos casos en que los antecedentes que ofrezca cada título sean insuficientes (por ejemplo, no existen datos ciertos de caudal, consuntividad o no; continuidad, discontinuidad o alternancia; o si su ejercicio es permanente o eventual), el mismo reglamento podría establecer un sistema o mecanismo para "completar" el título no formalizado con los datos esenciales que establece el Código de Aguas en sus artículos 7 y 12 a 19; y en base a las presunciones que diseña en sus artículos 24, 309, 312 y 313 del Código de Aguas, entre otras disposiciones legales. Esto es, mejorar el sistema de reconocimiento (regularización) actual.

Esta es una materia que debería ser analizada y ser consagrada con mucha nitidez, en su caso, en el Reglamento que el artículo 122 del Código de Aguas señala que debe dictar el Presidente de la República.³⁰

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AUBY, JEAN-MARIE; y BON, PIERRE (1995). *Droit administratif des biens*. París: Dalloz.
- AYLWIN AZÓCAR, TOMÁS (1993). *Derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos y regulación de caudales*. Revista de Derecho de Aguas, Vol. 4, pp. 89-95.
- BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER; y DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO (1993). *Jurisprudencia indiana sobre el Derecho de Aguas: I, Turnos*, Revista de Derecho de Aguas, Vol. 4, pp. 127-153.
- BAUER, CARL J. (1993). *Los derechos de agua y el mercado: Efectos e implicancias del Código de Aguas chileno de 1981*. Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV, Santiago y Copiapó: Instituto de Derecho de Minas y Aguas, Universidad de Atacama, pp. 17-63.

³⁰ En prensa este libro, se ha dictado el Decreto Supremo N° 1.220 (D. Oficial de 25 de julio de 1998), de Obras Públicas, que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas.

- (1995). *Against the current? Privatization, markets, and the state in water rights: Chile, 1979-1993*. Tesis Ph. D., University of California at Berkeley.
- BOULET-SAUTEL (1995). *De Choppin a Proudhon: Naissance de la notion moderne de domaine public*. Droits, 22 (1995), pp. 91-102.
- BÚCHI BUC, HERNÁN (1993). *La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica*. Bogotá: Grupo editorial Norma.
- DONOSO H., GUILLERMO (1994). *Proyecto de reforma al Código de Aguas: ¿Mejora la asignación del recurso?* Panorama económico de la agricultura, año 16, N° 92 (enero-febrero), pp. 4-11.
- (1995). *Análisis del mercado de aprovechamiento de las aguas*. Panorama económico de la agricultura, N° 100 (nov.-dic.), pp. 14-17.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO (1992). *El derecho de aguas indiano según Ambrosio Cerdán y Pontero*. Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. 3, pp. 133-165.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, FERNANDO (1989). *La ley como modo de adquirir el dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas*. II Convención Nacional de Regantes de Chile, La Serena, 29 y 30 de septiembre de 1989. Santiago: Ediciones Tacora, pp. 179-184.
- ESCUADERO AHUMADA, BERNARDINO (1990). *La posesión del derecho de aprovechamiento de aguas*. Santiago: Ediar-Conosur.
- FIGUEROA DEL RÍO, LUIS SIMÓN (1995). *Asignación y distribución de las aguas terrestres*. Santiago: Universidad Gabriela Mistral.
- FRÍAS TAPIA, CARLOS (1993). *El procedimiento concesional en materia de aguas públicas superficiales*. Revista de Derecho de Aguas, Vol. 4, pp. 65-81.
- GARRIDO, ALBERTO (1994). *Mercados de aguas: ¿Entelequias economicistas o soluciones a los problemas de asignación?* Revista de Estudios Agro-Sociales, N° 167, pp. 89-111.
- (1995). *Qué papel pueden jugar los mercados de agua*. En Embid Irujo, Antonio y otros, *Precios y mercado del agua*. Madrid: Editorial Civitas.
- GAZZANIGA, JEAN-LOUIS (1993). *Derecho del agua, derecho de las aguas*. Revista de Derecho de Aguas, Vol. 4, pp. 83-87.
- GUNDIÁN PODESTÁ, EDGARDO (1960). *Inscripción, registro e hipoteca en la legislación de aguas*. En Ciro Vergara Duplaquet y otros, *Comentarios al Código de Aguas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1960, Tomo II, pp. 417-492.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (1996). *Derecho privado romano*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, pp. 433-436.

- HEARNE, ROBERT RAYMOND (1995). *The market allocation of natural resources: transactions of water use rights in Chile*. Tesis Ph. D., University of Minnesota.
- LAVIALLE, CHRISTIAN (1992). *De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'Etat en France sous l'Ancien Régime*. Droits, 15 (1992), pp. 19-31.
- (1996). *Droit administratif des biens*. París: Presses Universitaires de France.
- LIENDO P., OSCAR (1992). *Catastro de usuarios de agua y ejercicio profesional*. Santiago: mimeo.
- LIRA URQUIETA, PEDRO; y DE LA MAZA, LORENZO (1940). *Régimen legal de las aguas en Chile*. Santiago: Editorial Nascimento.
- MONSALVE JARA, QUINTILLANO (1964). *Notas sobre legislación de aguas*. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, N° 129, Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, pp. 3-113.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, JOSÉ IGNACIO (1992). *Dominio Público*. Madrid: Editorial Trivium.
- PEÑA, HUMBERTO, y RETAMAL, ULISES (1992). *Ventajas y limitaciones del mercado en la asignación de derechos de agua*. 4º Encuentro científico sobre el medio ambiente. Valdivia, Chile, 6-8 mayo 1992. Santiago: CIPMA, Tomo I, Ponencias, pp. 1-6.
- RÍOS, MÓNICA, y QUIROZ, JORGE (1995). *The Market of Water Rights in Chile: Major Issues*. Cuadernos de Economía, año 32, N° 97 (diciembre), pp. 317-345.
- ROSEGRANT, MARK; y GAZMURI, RENATO (1994, pub. en 1995). *Reforming Water Allocation Policy through Markets in Tradable Water Rights: Lessons from Chile, México, and California*. Cuadernos de Economía, año 32, N° 97 (diciembre), pp. 291-315.
- ROSSEL COWPER, SERGIO (1960). *Del dominio y aprovechamiento de las aguas*. En Ciro Vergara Duplaquet y otros, *Comentarios al Código de Aguas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1960, Tomo I, pp. 57-220.
- SOLANES, MIGUEL (1991). *La problemática institucional en la planificación de los recursos hídricos de Chile*. Mimeo.
- TOCQUEVILLE, ALEXIS DE (1856, ed. de 1986). *L'Ancien régime et la révolution*, Lib. I, cap. 2 (cit. de la edición francesa, Robert Lafont, 1986), p. 957.
- URQUIDI FELL, JUAN CARLOS (1994). *Análisis crítico de la institucionalidad y del marco regulatorio del recurso hídrico continental*. Revista de Derecho de Aguas, Vol. 5, pp. 61-79.

- VENEZIAN, EDUARDO; y GOROVICH, LUIS (1980). *Uso eficiente del agua de riego en Chile a través de una moderna política de aguas*. Ciencia e Investigación Agraria, Vol. 7, N° 2 (abril-agosto), pp. 115-125.
- VERCARA BLANCO, ALEJANDRO (1989). *La teoría del dominio público: El estado de la cuestión*. Revista de Derecho Público, N° 114 (Madrid: Editoriales de derecho reunidas), pp. 27-58, con bibliografía adicional.
- (1990). *Contribución a la historia del Derecho de Aguas, I: Fuentes y principios del Derecho de Aguas chileno contemporáneo (1818-1981)*. Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I, pp. 111-145 (ver capítulo 5 de este libro).
- (1991a). *Contribución a la historia del Derecho de Aguas, II: Fuentes y principios del Derecho de Aguas español medieval y moderno*. Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. II (Universidad de Atacama), pp. 137-161, con anexo de fuentes (ver capítulos 2 y 3 de este libro).
- (1991b). *La codificación del Derecho de Aguas en Chile (1875-1951)*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Vol. 14, pp. 159-213 (ver capítulo 6 de este libro).
- (1992a). *La propietarización de los derechos*. Revista de Derecho, Vol. 14 (Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso), pp. 281-291.
- (1992b): *Contribución a la historia del Derecho de Aguas, III: Fuentes y principios del Derecho de Aguas indiano*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N° 2, pp. 311-332, con anexo de fuentes (ver capítulo 4 de este libro).
- (1995). *Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas sobre derrames. El caso de las aguas depositadas por un concesionario sanitario en fuentes naturales*. Revista de Derecho de Aguas, Vol. 6, pp. 129-142 (ver capítulo 12 de este libro).
- (1996a). *Régimen jurídico de la unidad de medida de los derechos de agua*, Revista de Derecho de Aguas, Vol. 8(1997) (ver capítulo 10 de este libro).
- (1996b). *Tres problemas actuales sobre bienes del dominio público: Caminos privados de uso público; acceso a playas de mar y a orillas de ríos y lagos; y, subsuelo de bienes públicos*. Ponencia a las XXVII Jornadas de Derecho Público (Valparaíso, 20, 21 y 22 de noviembre de 1996), Revista de Derecho (Universidad Católica de Valparaíso), Vol. 18.
- (1997a). *La libre transferibilidad de los derechos de agua. El caso chileno*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 24 N° 2, pp. 369-395. Una versión resumida (conferencia): Perspectiva y prospectiva jurídica del mercado de derechos de aguas chileno, en "Derecho de Aguas. Las modificaciones legales pendientes", Actas del se-

minario, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1996 (ver capítulo 8 de este libro).

- (1997b). *Entre lo público y lo privado, ¿quién es el dueño de las aguas?* Revista Universitaria, N° 56 (Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 34-38 (ver capítulo 14 de este libro).

VERGARA DUPLAQUET, CIRO (1960, republicado en 1990). *Bases fundamentales doctrinarias del Código de Aguas*. Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I, pp. 141-150. El mismo texto en *Ciro Vergara Duplaquet, y otros, Comentarios al Código de Aguas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1960, Tomo I, pp. 3-56.

CAPITULO 10

REGIMEN JURIDICO DE LA UNIDAD DE MEDIDA DE LOS DERECHOS DE AGUAS. SU ESENCIAL CONEXION CON LA DISTRIBUCION DE AGUAS SUPERFICIALES

El artículo 7º del Código de Aguas vigente dispone: *“El derecho de aprovechamiento [de aguas] se expresará en volumen por unidad de tiempo”*. En tal disposición consagra el legislador la unidad de medida legal de los derechos de aguas: su aforo, tema sobre el cual realizo un análisis dogmático en este capítulo.

INTRODUCCION

a) La legislación regula el aprovechamiento privado de las aguas terrestres,¹ las que son superficiales o subterráneas;² y, someténdolas a un estatuto especial, por la vía de considerarlas “bienes nacionales de uso público,”³ establece para su aprovechamiento particular la posibilidad de obtener un derecho real que recae sobre las aguas, el que consiste en el uso y goce de ellas.⁴

A esta titularidad le llamamos “derechos de aprovechamiento de aguas” y consiste en una expectativa de recibir un volumen de aguas en una obra de captación, sea que provengan estas aguas directamente desde el propio río o cauce natural, o desde otras canalizaciones u obras artificiales de distribución.

¹ Art. 1º Código de Aguas: “Las disposiciones de este Código se aplican a las aguas terrestres”.

² Art. 2º Código de Aguas, que respecto de las superficiales distingue entre aguas corrientes y detenidas; define igualmente las subterráneas (inc. 5º).

³ Art. 5º Código de Aguas.

⁴ Art. 6º Código de Aguas.

Ese volumen o cantidad de agua desde siempre la legislación lo ha limitado a alguna cantidad, y debe ser medido de algún modo: así surge el tema jurídico de la unidad de medida, o aforo de las aguas; y dependiendo de la unidad que se establezca, puede resultar una cantidad fija o variable de agua, según los casos.

Me referiré en este capítulo a la unidad o medida, o unidad de medida, de los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales.

Las aguas de los ríos, sobre las que se han otorgado derechos siempre es *aqua profluens*, siempre está fluyendo, como consecuencia del fenómeno natural del ciclo del agua. En la medición del agua que legalmente se considera detenida (como lagos, embalses y otros)⁵ el problema de su medición se simplifica: sólo se verifican volúmenes concretos: como por ejemplo, litros. Pero como el agua de los ríos está en movimiento, se debe determinar el volumen que de ellas aprovechará cada titular de derechos a medida que van fluyendo. Esa es la unidad de medida; su aforo. Así, el aforo o unidad de medida de las aguas superficiales tiene por finalidad determinar el volumen que de ellas se obtiene, luego de recibidas en cada obra de distribución o de captación, al correr a través de tal sitio durante una unidad de tiempo determinada. Esta es la medida del derecho.

En el caso de las aguas subterráneas, como las captaciones son individuales, el problema del aforo es distinto: no hay distribución.

La determinación de la medida de agua que le corresponde a cada derecho, es esencial para la distribución de las dotaciones, ya sea para la toma en un cauce natural, o para la repartición desde el canal matriz, a cada uno de los miembros de una organización de usuarios.

Este trabajo trata de este tema, el que se entronca con las formas de distribución de las aguas en Chile, basadas en costumbres y usos muy arraigados; con la evolución legislativa y estatutaria que ha habido al respecto; y, en fin, con los problemas prácticos que pueden originarse en su torno.

⁵ Vid. art. 2º inciso 4º Código de Aguas.

b) En el derecho vigente,⁶ el Código de Aguas de 1981, estableció, en principio, como unidad de medida de los derechos de aguas un sistema fijo: el volumen por unidad de tiempo.⁷ El deseo legislativo pareciera ser que todo derecho constituido a partir de 1981 debe señalar de ese modo fijo la cantidad de agua, dotación o caudal que se permite captar a cada titular desde la fuente (vid. arts. 140 N° 2 y 149 N° 3 Código de Aguas).

Incluso contempla una norma que permite presumir una situación de caudal fija respecto de los derechos antiguos.⁸

No obstante, la legislación deja abierta la posibilidad de medidas variables, ya que al regular el modo en que las juntas de vigilancia pueden distribuir las aguas entre los titulares de derechos, señala que “el total de los derechos de aprovechamiento constituidos en junta de vigilancia, se entenderá dividido en acciones que se distribuirán entre los interesados, en proporción a sus derechos.”⁹ Del mismo modo, la legislación deja a los estatutos de las comunidades de aguas la determinación de *la forma en que se divide ese derecho [de agua] entre los comuneros*,¹⁰ lo que se aplica igualmente al uso de las asociaciones de canalistas.¹¹

Entonces, la legislación oscila entre la fijación de una unidad fija, que define (Art. 7° Código de Aguas) por un lado; y por otro lado, la posibilidad de que las organizaciones de usuarios establezcan una unidad variable; dejando de este modo aquella definición legal como supletoria de los estatutos de los regantes.

En las páginas que siguen, junto con analizar la historia legislativa de la unidad de medida, se analiza la manera como se aplica este articulado vigente en la distribución de las aguas.

Este tema, además, debe unirse al reconocimiento prestado en Chile, como derechos, a los usos consuetudinarios; que usualmente no tienen una unidad de medida fija, ni un caudal de-

⁶ Esto es, D.L. N° 2.603, de 1979 y Código de Aguas de 1981.

⁷ Art. 7° Código de Aguas.

⁸ Art. 309 Código de Aguas.

⁹ Art. 268 Código de Aguas.

¹⁰ Art. 198 N° 4 Código de Aguas.

¹¹ Art. 258 inc. 2° Código de Aguas.

terminado en algún acto concesional sino una medida basada en los usos que le dieron vida, como consuetudinarios que son, a partir de obras de captación comunes. En tales obras, construidas por los usuarios a partir de las necesidades de cada cual, tradicionalmente se han producido acuerdos implícitos sobre "acciones", de donde se deriva la cantidad de agua que cada cual puede extraer (su medida), según se explicará.

I. LA UNIDAD DE MEDIDA ANTE LA HISTORIA LEGISLATIVA Y EL DERECHO VIGENTE

La legislación ha consagrado una unidad de medida para los títulos de agua desde antaño,¹² y también lo hace el derecho vigente.

1. HISTORIA LEGISLATIVA DE LA UNIDAD DE MEDIDA

a) *Durante el siglo pasado.*

a.1) Primera definición legal en 1819: el "regador".

La relevancia del tema de la unidad de medida en materia de aprovechamiento de aguas queda de manifiesto al observar que en el primer texto normativo de aguas, dictado después de la Independencia definitiva (1818), el Senado-Consulto de 1819,¹³ se trató precisamente de la unidad de medida: del "regador".

¹² Revisaré los textos de los siglos XIX y XX propiamente nacionales. Durante la colonia, las aguas eran *iura regalia* (Vergara, 1992), y se entregaban mercedes de "acequias", cuyas aguas se captaban en unas obras denominadas "tomas". Durante tal época existió una variada terminología para la unidad de medida de los derechos de aguas, como "buey de agua"; "tejas de agua"; "paja de agua", "bateas" (en el río Mapocho) y "regador" (vid. Méndez, 1990, pp. 42-44); siendo este último término el que retomaría la legislación de principios del s. XIX.

¹³ Véase el texto íntegro del Senado-Consulto de 1819 en: *Boletín de las Leyes y Decretos de Gobierno 1819-1820* (Santiago, 1900), pp. 103-164, donde se le intitula: "Regadores de Agua"; y en Valenzuela y Raposo (1931), p. 127; Vergara (1990), p. 113. Habitualmente se cita otro anterior de 30 de diciembre de 1816, también referido a la medida de las aguas corrientes; según este decreto de 1816 al regador del canal San Carlos se debía vender con una extensión de una "sesma en cuadro" (Ríos Mackenna, 1936, p. 75); autor que agrega que esta medida, tal vez, se estimó

Señalaba tal texto, en su inciso 1º, lo siguiente: *“Que el regador, bien sea del canal de Maipo, o de cualquiera otro río, se compondrá en adelante de una sexma de alto, y cuarta de ancho, con el desnivel de quince pulgadas el que se aprecio en setecientos cincuenta pesos; cuya venta sólo se verificará a dinero de contado, previniéndose que así como al que necesitare más cantidad de aguas que la que compone un regador se le puede vender en mayor número los regadores, así al 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.”*

Este regador así definido constituyó en Chile la primera unidad de medida legal de los derechos de aguas. Pero esta medida resultó ser sumamente variable, pues con ella no era posible establecer con exactitud la cantidad de agua que representaba un regador (esto es, un derecho de aguas) en un espacio de tiempo determinado (Hederra Donoso, 1930, p. 100; Ríos Mackenna, 1936, p. 76; Lecaros, 1940, p. 13).¹⁴ En suma, a través de este texto normativo de 1819 se había intentado establecer una unidad fija, pero en los hechos resultó variable.

a.2) Los “marcos” del Canal San Carlos.

Esta variabilidad originó la necesidad de buscar otros modos más exactos para determinar la medida de las aguas. Así, por

análoga a la del ojo central de una rueda de carreta, que se admitía en otras partes como la medida de un regador. Joaquín Gandarillas afirmaba en 1816 que un regador equivalía “a la cantidad de agua que puede manejar un peón al regar” o a una “sesma cuadrada”. Una “sesma cuadrada” significaba un orificio de salida de agua con la forma de un cuadrado de seis pulgadas por lado, o sea, 36 pulgadas cuadradas (Valenzuela, 1991, republic. en 1997, p. 77).

¹⁴ El Senado-Consulto de 1819 se prestó a numerosas interpretaciones, e ingenieros de la época probaron que variando la altura o el ancho fijado, y conservando la cabida (54 pulgadas: 9x6), se altera la unidad de medida, obteniéndose indistintamente regadores que rendían desde 14 litros por segundo, hasta 28 litros por segundo de aguas (Ríos Mackenna, 1936, p. 76; Claro Solar, 1912, p. 536 y ss., quien extracta trabajos y memorias de ingenieros al respecto). Aún hoy se confirma que el regador es esencialmente variable, y que de ninguna manera corresponde a una cantidad determinada de litros por segundo (Valenzuela, 1989, republic. 1997, p. 79).

ejemplo, la Sociedad del Canal del Maipo fijó en sus estatutos del año 1873 (modif. en 1909) que como ella *"tiene derecho a la mitad de las aguas de este río [Maipo]"* (art. 6º), este total de aguas "se considera dividido entre las acciones del Canal, en 2.233 partes iguales o regadores (...)." (art. 7º) Luego, en sus arts. 8º y 9º regula los "marcos", que es la forma material aceptada para que los accionistas saquen aguas del Canal de Maipo, y cuya construcción quedaba sujeta a las prescripciones de tales estatutos;¹⁵ el texto del art. 8º, precedido del título: *"De la forma material de la distribución, marcos"*, es el siguiente: *"Ningún accionista podrá extraer agua del canal sino por marcos. Las aguas que constituyen la dotación del canal se extraerán de la corriente matriz, en la forma que determinen las leyes u ordenanzas respectivas"*.¹⁶

¹⁵ Vid. en Valenzuela y Raposo (1931), pp. 173-174. Sobre el Canal San Carlos, véase: Asociación de Canalistas (1997), diversos trabajos históricos y técnicos, en especial el trabajo sobre el "regador" de Valenzuela Solís de Ovando (1991, republic. 1997), y de Peralta Navarrete (1989, republic. 1997).

¹⁶ Según el art. 9º de tales estatutos: "La construcción de un marco debe sujetarse a estas prescripciones: I. Para establecer un marco, debe formarse en el canal un emplantillado de piedra o ladrillo, de ocho varas de largo (seis metros seiscientos y ocho milímetros), sin desnivel, con tres puentes colocados en el suelo, uno a cada uno de los extremos del emplantillado y otro en el medio, y debiendo ser cada uno del ancho de cuarenta centímetros. Los costados y paredes del canal se harán también de cal y ladrillo, con un espesor mínimo de cuarenta centímetros. En el centro de este emplantillado debe colocarse al marco partidor. II. Desde el emplantillado debe formarse al canal un plano de cincuenta varas de largo (m. 41,88) en línea recta para arriba, y con doce pulgadas de desnivel (veintisiete centímetros y ochenta y seis diez milímetros). III. Al fin del emplantillado, tendrá una caída igual al marco saliente a la del marco pasante, cuya caída no deberá exceder de una tercia de vara (veintisiete centímetros y ochenta y sus diez milímetros). IV. Todos los canales pasantes deberán ir en línea recta, y los salientes en línea oblicua. V. Los marcos que se hagan nuevos y los que están destruidos o mal colocados, se construirán con una punta de diamante de piedra o de fierro que forme un ángulo de 15 grados con el resto de la tijera, y por la base de atrás de la tijera será de una y cuarta varas (un metro y cuatro y medio centímetros). VI. A cada marco debe ponerse detrás de la punta de diamante a la media vara (cuarenta y un centímetros y sesenta y nueve diez milímetros), una escala que señale la demarcación. VII. Los marcos deben ser de una vara de alto (ochenta y tres centímetros y cincuenta y nueve diez milímetros), y de pulgada y media por regador (tres centímetros cuarenta y ocho diez milímetros), arreglados al modelo del plano que existe en la Junta de Directores. VIII. Todo marco debe tener, además, un plano inclinado de veinte varas (dieciséis metros setecientos dieciocho milímetros), después del horizontal con desnivel de doce pulgadas (veintisiete centímetros y ochenta y seis diez milímetros), o

A través de este sistema del Canal de Maipo no se obtiene una dotación de agua fija para cada "marco". La cantidad de agua variará de acuerdo a los aumentos o disminuciones del caudal del río Maipo; pero manteniendo siempre la proporción que le corresponde a cada accionista; en otras palabras, con tal sistema, se obtiene una parte alícuota de la corriente. No obstante, se estimaba en la época que el volumen de agua que se recibía a través de este tipo de regador era de 15 litros por segundo (Herrera Donoso, 1930, p.101).¹⁷

a.3) Del "regador" o "marco" a la repartición proporcional del agua.

La alteración de la unidad fija establecida en el Senado-Consulto por una proporcional fue realizada no sólo en el Canal del Maipo, sino por numerosas comunidades de aguas (cfr.: Lecaños, 1940, p. 15). Es por lo demás ésta, como veremos más

menos según la localidad de los marcos. IX. Cuando se extraigan regadores de un canal principal o de otro en que no sea posible construir un marco que divida proporcionalmente todas las aguas del acueducto, se construirá una compuerta con llave en el punto de extracción, y a una distancia proporcionada se construirá el marco en el canal derivado, con arreglo a las reglas precedentes. La compuerta servirá para graduar el agua en el marco de manera que tenga la misma altura que en los marcos abiertos ordinarios." Existe una versión anterior de este texto, de 1842, que puede verse en: Asociación de Canalistas (1997), p. 112, con un plano en p. 113.

¹⁷ Criterio éste confirmado por ingenieros. Así, Risopatrón, en 1912 (cit. por Peralta, 1989, republic. en 1997, p. 83), señalaba que "el regador del canal de Maipo no sólo no representa una unidad de volúmenes fijos, cosa que no se ha pretendido, sino que tampoco es una parte alícuota del caudal total, que se pretendió, pero que no se obtuvo, pues para ello se debió establecer proporcionalidad entre los gastos y no entre las secciones. / Como los caudales del Maipo son variables, el regador da menos de 10 lts./seg. en unas épocas y más de 30 lts./seg. en otras. La repartición proporcional sería, pues, la más lógica, pero hecha en una forma más exacta". Por otra parte, Peralta Navarrete (1989, republic. en 1997, p. 84) señala que "el regador de la Sociedad del Canal de Maipo corresponde a un caudal permanentemente variable, cuyo valor depende exclusivamente del caudal del río Maipo, 1ª sección, y que por costumbre y tradición se considera que permite regar una superficie de 15 hectáreas", quien ofrece gráficos en que aparecen las variaciones del regador dependiendo del caudal repartible del río, en las diferentes épocas.

adelante, la realidad que se impondrá en el país: la repartición alicuota o proporcional de las aguas que corresponden a cada “regador” o “marco”; o, como es más común (hoy), a cada “acción” de aguas.

Una sentencia de la Corte Suprema, de 13 de enero de 1913, señaló: *“La cláusula en que se expresa que debe entenderse por regador ‘la cantidad de agua que pase por un marco de agua y media pulgadas por treinta y seis de alto en las condiciones de colocación, desnivel y ubicación y con la cantidad de materiales empleados para esta clase de obras en el Canal de Maipo de la provincia de Santiago para extraer y medir sus aguas, correspondiendo esa cantidad á quince litros por segundo’, no impone al vendedor la obligación de entregar una cantidad fija de agua por cada regador vendido, sino de entregar las acciones ó cuotas de cantidad variable, sujetas á los aumentos ó disminuciones de las aguas del canal y del río de donde se extraen, no solamente en las diversas épocas del año, sino con relación á las diversas horas de un día: pues no habiendo uniformidad de opiniones respecto de la cantidad de agua que constituye un regador, la frase ‘correspondiendo esa cantidad de agua á quince litros por segundo’, no significa otra cosa que expresar la apreciación que generalmente se hace de que la dotación de agua que corresponde á los regadores del Canal de Maipo es de quince litros por segundo”*.¹⁸

Por otro lado, la medida establecida por el Senado-Consulto en 1819 la jurisprudencia la consideró supletoria.¹⁹ En efecto, una sentencia de 1929, ante la necesidad de fijar el volumen de agua que le correspondía al titular de un regador señala que, ateniéndose a la costumbre, “se entiende por regador o marco una medida que permita el paso de 15 litros de agua por segundo”.²⁰

Sin perjuicio de estas estimaciones, en esta época se entendió que lo más común y lo más ajustado a la realidad era

¹⁸ Publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo X (1912), 2ª parte, secc. 1ª, p. 536 y ss. El énfasis es agregado. Vid. además, Claro Solar, 1912.

¹⁹ Vid. sentencia de la Corte Suprema, de 24 de julio de 1913, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XI (1913), 2ª parte, secc. 1ª, pp. 533-536; también publicada en Gaceta de los Tribunales 1913, Sentencia N° 564, p. 1845.

²⁰ Véase sentencia del Juez de Rancagua, de 29 de abril de 1929, transcrita en: Ríos Mackenna, 1936, pp. 76-77.

considerar al regador de agua como una medida que no tenía el carácter de fija, pues siempre el volumen quedaba sujeto a las continuas variaciones de caudal que experimentan los ríos en el país (vid. Ríos Mackenna, p. 78). Así, dado el régimen excesivamente variable de nuestros ríos, desde el s. XIX los canalistas han preferido una repartición proporcional o en partes alícuotas, disponiendo cada interesado de una fracción del caudal total representada por un número de acciones, a las cuales también se les solía llamar “regadores” (Risopatrón, 1912, cit. por Peralta, 1989, republic. 1997, p. 82).

No obstante, la expresión que cobraría fortuna sería la de “acción”.

b) *En el siglo XX.*

b.1) La Ley N° 2.139, de 1908.

La segunda fijación normativa respecto del regador la estableció el art. 4° de la Ley N° 2.139, de 1908, sobre asociaciones de canalistas, del siguiente modo: “El derecho de aguas de los asociados se determinará en los estatutos por unidades que se denominarán regadores y que consistirán en una parte alícuota de las aguas del acueducto o en cualquiera otra medida que adopten los interesados”.

La redacción de este artículo era distinta en el proyecto de ley, la que se consideró compleja, y se llegó a esta redacción final luego de una discusión parlamentaria, que osciló entre quienes no deseaban dejar esta materia entregada tan libremente a los estatutos de las asociaciones de canalistas, por un lado; y por otro lado, entre quienes argumentaron que era inútil establecer una medida exacta, pues en la práctica, dada la variabilidad de los caudales de los ríos, ello no iba a resultar así.²¹

Así, a partir de esta ley de 1908, se convalidó legalmente la legitimidad de que las asociaciones de canalistas consideraran de aquí en adelante que cada “regador” (en otras palabras,

²¹ [Vid. tal discusión parlamentaria en anexo N° 2 de la versión de este capítulo publicada en: Revista de Derecho de Aguas, Vol. VIII (1997)].

cada derecho de agua) consistía “en una parte alícuota de las aguas del acueducto” (lo que adoptarían también las comunidades de aguas). De ese modo, determinándose el derecho de agua de cada asociado, podía llevarse adelante un fin esencial de la asociación de canalistas: repartir el agua de los asociados, de acuerdo a una unidad de medida. Por tal razón era además esencial u obligatorio que apareciese en los estatutos de la asociación esta unidad de medida, pues sin tal referencia no existe posibilidad de cumplir sus fines.²²

b.2) En la historia prelegislativa y en el texto del Código de Aguas de 1951.²³

b.2.1) La historia prelegislativa del Código de Aguas de 1951.

El proyecto de 1927 se refirió al tema al regular las “mercedes de agua para regadío” en sus arts. 74, 75 y 76. Su artículo 74 señaló: “La unidad legal para la concesión de mercedes de agua para regadío es el ‘regador’ que equivale a un excurrimiento de 15 litros por segundo. / Sin embargo, en las corrientes de caudal variable, el regador es una parte alícuota de ella, que se determinará dividiendo el caudal normal en partes de 15 litros por segundo y queda sometido a las alzas y bajas de las corrientes de que emana, sin que aquéllas puedan dar derecho a un gasto efectivo mayor de ochenta litros por segundo”. Luego, en su artículo 76, indicó que: “La unidad de medida que precede no obsta a que los interesados repartan, dentro de sus canales, las aguas a que tienen derecho en la forma que se establezca en los contratos o reglamentos respectivos”. Esto lo ratifica en el artículo 421, inc. 1º, que forma parte del título relativo a las asociaciones de regantes, según el cual: “*El derecho de agua de los asociados se determinará en los estatutos por unidades que se denominarán regadores y que consistirán en la porción de agua indicada en el*

²² Además, recuérdese que esta ley estableció la posibilidad de inscribir tales derechos de aguas, y en la respectiva inscripción debía señalarse la unidad de medida o regador (vid. arts. 5º y 6º Ley Nº 2.139 de 1908, y su reglamento: D.S. Nº 1.666, de 1908, sobre la inscripción de los actos y contratos traslativos de dominio de regadores de agua (vid. Valenzuela y Raposo, 1931, p. 26).

²³ Sobre el tránsito prelegislativo de este Código, véase: Vergara, 1991.

artículo 74 o en cualquiera otra unidad de medida que adopten los interesados”.

En el proyecto de 1928 se mantiene textual el art. 74 transcrito (ahora como artículo 85); y el 421 (que ahora tiene la numeración 337).

En el proyecto de 1930, se aprecian algunos cambios. Así, su art. 51, señaló: *“La unidad legal de medida para el regadío es el ‘regador’. / ‘Regador’ es la cantidad máxima de diez litros de agua por segundo que escurre continuamente en una sección dada del caudal. / En consecuencia, si el caudal de agua disminuye, la capacidad efectiva del regador disminuirá en la misma proporción.”* Este art. 51 fue complementado por el art. 146, cuyo texto era el siguiente: *“Los derechos de aguas de los asociados se determinarán en los estatutos por unidades que consistirán en la porción de agua indicada en el artículo 51, o en cualquiera otra unidad de medida que corresponda a una fracción decimal del regador legal. / Cada unidad constituirá una acción. / Los asociados extraerán sus aguas en la forma establecida en el artículo 40.”*

Luego, en el proyecto de 1936, el texto vuelve a modificarse, simplificándolo y volviendo a los contenidos iniciales. Así, el art. 48 señala: *“La unidad legal de medida para el regadío es el ‘regador’. / ‘Regador’ es la cantidad máxima de quince litros de agua por segundo que escurre continuamente en una sección dada del caudal.”* Y, luego, en el título referido a las comunidades de aguas y a las asociaciones de canalistas, se incluye el art. 144, con este texto: *“Los derechos de aguas de los asociados se determinarán en los estatutos por unidades que consistirán en regadores o partes alícuotas del caudal. / Se incorporarán a la asociación con arreglo al título de que consten, con sus privilegios y preferencias si los tuvieran, y no se podrá imponerles en lo futuro cargas o gravámenes de los cuales estuvieran exentos por sus títulos, ni alterarles los que tuvieran según los mismos. / Cada unidad constituirá una acción.”*

Estos artículos fueron ampliamente discutidos, y nuevamente se suscitó la cuestión de si era preferible definir el regador, y hacer obligatorio el uso de tal unidad, o si era mejor dejar a las asociaciones la determinación de la unidad a través de la cual distribuirían las aguas entre sus asociados; y, en el fondo, que nuevamente la fijación legal quedase como supletoria de la voluntad de los regantes organizados.

Pero una cuestión se planteó: ¿por qué fijar 15 litros y no 10, que según algunos, facilitaba aún más las cosas? (vid. Lecaños, 1940, p. 17). Por otro lado, al dejar que las asociaciones dividiesen los caudales en partes alícuotas, se originaría que la cantidad efectiva de agua de cada regador iba a ser muy diferente entre distintos ríos y canales; ya no existiría uniformidad en los volúmenes de las unidades de medida de los diferentes ríos del país.

No obstante, el Código de Aguas de 1951 ya no volverá a utilizar más la palabra "regador" que se había usado hasta esta época por las leyes, incluso por los proyectos, llamando a partir de ahora, como veremos en el texto definitivo, "acción" a la unidad o medida de las aguas.²⁴

b.2.2) El texto del Código de Aguas de 1951.

En definitiva, en el texto aprobado del Código de Aguas de 1951 se consagró, nuevamente, una unidad de medida. Así, su artículo 32, señalaba que *"todo decreto de concesión de merced de agua fijará (...) la cantidad de agua expresada en unidades métricas y de tiempo (...)".* Agregaba en su art. 34 que *"toda extracción de agua deberá ser controlada por medio de dispositivos que permitan aforar el agua que se extrae, como ser: marcos, compuertas y otros."*

El artículo 90 inciso 1º de este Código, aplicable a asociaciones de canalistas y a comunidades de aguas, señaló: *"El derecho de los asociados se determinará en los estatutos por unidades que se denominarán acciones y que consistirán en una parte alícuota de las aguas del acueducto"*, siguiendo el criterio ya adoptado en 1908 por el art. 4º de la Ley N° 2.139, sobre asociaciones de canalistas, pero sustituyó la palabra "regador", llamando "acción" a la cuota de las aguas que le corresponde a cada asociado. Siguió así el Código de 1951 la opinión generalizada al respecto, en

²⁴ El Informe de la Comisión Revisora del proyecto de Código de Aguas, que se envió al Ejecutivo, y que sería el futuro Código de 1951, señalaba lo siguiente: "La práctica ha demostrado que el mejor sistema de medida consiste en una parte alícuota del caudal, y sobre esa base se encuentran constituidos casi todos los derechos actuales a las aguas. No se ve conveniencia en obligarlos a unificarse en una medida rígida" Vid. Cámara de Senadores, Boletín de Sesiones (Santiago, 1947), tomo II, sesión ordinaria, p. 1230.

cuanto a que una medida fija era notoriamente desajustada a la realidad variable de los caudales de los ríos, fluctuación no sólo estacional, sino incluso diaria.

Con el mismo criterio, al regular las juntas de vigilancia, en su artículo 163, señaló: *“El total de los derechos de aprovechamiento constituidos en Junta de Vigilancia se entenderá dividido en acciones que se distribuirán entre los canales en proporción a los derechos de aprovechamiento que se extraen por cada uno de ellos”*.

Así, este primer Código de Aguas por un lado intentó establecer una unidad fija (art. 32); pero, en seguida, por otro lado le entregó a las organizaciones de usuarios la posibilidad de repartir los caudales de aguas en partes alícuotas, “en acciones”, esto es, de manera variable (arts. 90 inc. 1º y 163). Surge así, legalmente, el concepto de “acción” en materia de aguas.

b.3) La unidad de medida en la modificación de 1967.

En el texto del Código de Aguas modificado en 1967, se mantiene el art. 32 (ahora como art. 44), textual; lo mismo art. 34 (ahora como art. 46), agregando a este último un inciso 2º, según el cual *“la Dirección General de Aguas podrá exigir a los usuarios la instalación de los referidos dispositivos de aforo”*; estableciendo multas para los usuarios que no instalen tales dispositivos y señalando que el Estado podría financiarlos en casos de ser beneficioso para la comunidad. En fin, el art. 90 inciso 1º también se mantiene sin variaciones (ahora como art. 97)

Por otra parte, se mantiene idéntico el artículo 163 anterior (ahora como 169), en que se autoriza a las juntas de vigilancia a dividir los derechos de los canales en “acciones”.

Por lo tanto, no se modificó la ambivalencia anterior. Y esta situación siguió hasta 1981, en que comenzó a regir el Código de Aguas vigente.

2. RÉGIMEN VIGENTE DE LA UNIDAD DE MEDIDA DE LOS DERECHOS DE AGUAS

Ante la legislación vigente, a partir de 1981, existe la misma dualidad de criterio que en la legislación sustituida:

– Por una parte, ofrece la ley desde un inicio una declaración: todo título de derecho de aprovechamiento nacido de una concesión, esto es, todo título constituido, debe señalar expresamente el caudal de agua concedido, esto es la cantidad de agua que se autoriza extraer, señalándose incluso de un modo fijo: volumen por unidad de tiempo. En efecto, como se ha dicho, señala su art. 7º que: *“El derecho de aprovechamiento se expresará en volumen por unidad de tiempo”*. No obstante, como veremos, ésta es una exigencia que se puede hacer a los títulos nuevos, o a los regularizados con tales precisiones; pero, ¿qué ocurre con los antiguos, ya sean constituidos, o simplemente reconocidos, cuyos títulos nada dicen respecto de alguna unidad de medida fija de los derechos?

– Por otra parte, el Código de Aguas de 1981 ofrece también una autorización legal para que, a pesar de este criterio de fijeza (art. 7º transcrito), las organizaciones de usuarios realicen una distribución no fija, al señalar el artículo 268 del Código de Aguas, respecto de las juntas de vigilancia, que: *“El total de los derechos de aprovechamiento constituidos en junta de vigilancia, se entenderá dividido en acciones que se distribuirán entre los interesados, en proporción a sus derechos”*.. Criterio este que también se establece respecto de las comunidades de aguas (art. 241 Nº 3 y Nº 5, Código de Aguas), y que es aplicable a las asociaciones de canalistas (art. 258 inc. 1º, Código de Aguas).

Analizo en seguida como opera esta dualidad de criterio legal, tanto en los derechos constituidos como en los reconocidos.²⁵

a) *La unidad de medida en los derechos constituidos.*

Al respecto deben distinguirse los derechos constituidos a partir de la vigencia del Código de Aguas de 1981, de los constituidos con anterioridad.

²⁵ Sigo, para este análisis, la siguiente clasificación de los derechos de aguas (Vergara 1998), basada en el origen de los mismos: primero se distinguen los derechos de aguas “constituidos” de los “reconocidos”; los constituidos, a su vez, pueden haberlo sido antes de la vigencia del Código de Aguas de 1981, o a partir de la vigencia de éste; por su parte, los reconocidos pueden ser de tres tipos: 1) los originados en usos consuetudinarios, 2) los usos mínimos o limitados, y 3) otros usos y derechos antiguos que reconoce la ley.

a.1) Los derechos constituidos a partir de la vigencia del Código de Aguas de 1981.

La ley exige cierta determinación al respecto. Así, en la actualidad, desde que se solicita un derecho de aprovechamiento de aguas, el interesado debe señalar en su solicitud, junto a otros aspectos esenciales, *"la cantidad de agua que se desea extraer, expresada en medidas métricas y de tiempo"* (art. 140 N°2, Código de Aguas). Además, al otorgar tal derecho, el acto concesional o constitutivo del derecho, debe contener *la cantidad de agua que se autoriza extraer, expresada en la forma prevista en el artículo 7° de este Código* (Art. 149 N°3, Código de Aguas).

Estas especificaciones, junto a otras conexas, servirán para determinar la cantidad de agua, o el volumen de agua a que se tendrá derecho, y ello se hará, como dice la ley, de acuerdo al (ya transcrito) art. 7° del Código de Aguas.

Estas especificaciones, que por lo tanto constarán en el título concesional (resolución de la Dirección General de Aguas), a partir de su reducción a escritura pública y posterior transcripción en el registro respectivo, igualmente se trasladarán de manera expresa a la respectiva inscripción del derecho (art. 150 inc. 1° y 114 N°4 del Código de Aguas).

Así, en todos los títulos creados a partir de 1981, el caudal debe constar en el título respectivo, expresado en volumen por unidad de tiempo.²⁶

Además debe tenerse presente un tema conexo: a partir del Código de Aguas de 1981 los títulos de aguas deben ofrecer una serie de características esenciales (las que, como veremos, es difícil exigir a los títulos antiguos reconocidos, y entre éstos, con mayor razón a los derivados de usos consuetudinarios). Así, a partir de 1981, la legislación exigió claramente que todos

²⁶ Y esto debe entenderse así, sin perjuicio de la autorización legal, contenida en los artículos 241 N° 5 y 268 del Código de Aguas, y que analizaré más adelante, de que las comunidades de aguas y las juntas de vigilancia distribuyan las aguas dividiendo el caudal en "acciones". Ni tampoco altera esta exigencia legal la posibilidad de que, en épocas de escasez (o permanentemente, como en varios ríos del Norte de Chile), se distribuyan las aguas por partes alicuotas o turnos (vid. art. 17 del Código de Aguas). Sobre esto volveremos más adelante.

los títulos de aguas que se constituyesen a partir de ese momento (vid. art. 149 del Código de Aguas) o que se reconociesen por una sentencia judicial (art. 114 N^o 7 del Código de Aguas) deben señalar, al menos, las siguientes cualidades, que caracterizan esencialmente y distinguen cada derecho (vid. mayores detalles en Vergara, 1988, p. 169 y ss.):

- Se exige que los títulos de aguas señalen si el titular puede consumir o no completamente las aguas que extrae de la fuente; o, dicho en otras palabras, si es que el derecho es consuntivo o no consuntivo. Esta es una característica que a partir del año 1981 se le exige a cada título, el que debe explicitarla (arts. 12, 13, 14, 15 y 149 N^o 6 del Código de Aguas).

- Debe señalarse si el agua se puede utilizar siempre, aun en período de sequía o no; o en otras palabras, si el título es de ejercicio eventual o de ejercicio permanente, lo que, a partir de 1981, debe estar explicitado en cada título (arts. 16, 17 18 y 149 N^o 6 del Código de Aguas).

- Debe señalarse si las aguas se pueden usar en forma o de manera continua o discontinua o de manera alternada entre dos o más personas (arts. 19 y 149 N^o 6 del Código de Aguas).

Estas características también debieran constar en las inscripciones de los derechos constituidos a partir de 1981.

a.2) Los derechos constituidos antes de la vigencia del Código de Aguas de 1981.

Ahora, ¿qué ocurre con las mercedes y derechos antiguos?

Los derechos nacidos a partir de mercedes de aguas otorgadas por autoridad competente antes de 1981, esto es, durante la vigencia de leyes anteriores a las vigentes, subsisten plenamente (vid. art. 310 N^o 1, Código de Aguas; Vergara B., 1998, p. 172).

No obstante la plena vigencia de estos derechos, los títulos respectivos no aportan demasiados antecedentes ni en cuanto a sus características esenciales, ni en cuanto a su caudal que es lo que aquí interesa. Para ello la legislación establece una presunción (al parecer reservada sólo para estos derechos “otorgados”). En efecto, el art. 309 del Código de Aguas, dispone: *“Los derechos de aprovechamiento otorgados con anterioridad a este Código, y que no estén expresados en volumen por unidad de tiempo, se entenderán equivalentes al caudal máximo legítimamente aprovechado en los*

cinco años anteriores a la fecha que se produzca controversia sobre su cuantía”.

Pero, respecto de esta regla legal cabe señalar lo siguiente:

– De acuerdo con sus términos, este artículo tiene por finalidad regular el caso de los derechos “otorgados” con anterioridad al Código de Aguas vigente. En virtud de ello, en principio, no ha sido concebido para los derechos reconocidos, que más que otorgados, son “reconocidos”, según la distinción/clasificación de los derechos de aguas concebida por la Constitución (art. 19 N° 24 inciso final), y seguida por el Código de Aguas en diversos artículos: 165, 310, 311, 312 y 313, entre otros. Aun cuando, si fuese procedente, sólo por analogía podría llegar a aplicarse la presunción del art. 309 a los derechos reconocidos.

– Además, es necesario que esta conversión se produzca en medio de una controversia sobre su cuantía, lo que es difícil de plantear respecto de derechos distribuidos porcentualmente de manera consuetudinaria, por ejemplo por comunidades de aguas, pues el caudal individual efectivamente aprovechado está relacionado, a su vez, con el caudal efectivamente aprovechado por los titulares de los otros derechos del respectivo canal u obra de captación colectiva o comunitaria; caudales éstos que son proporcionales o alícuotas del caudal total efectivamente recibido en el canal u obra común. Y esta medida es normal y necesariamente conocida en cada organización de usuarios, mediante estadísticas (vid. arts. 241 N° 20 y 274 N° 8 del Código de Aguas). El caso del turno difumina aún más el conflicto: la cuantía depende del caudal de la fuente, y de lo establecido en los estatutos de cada organización de usuarios, según veremos más adelante.

– Por otra parte esta regla es una presunción que, para aplicarse, se basa en que su titular ha afectuado un aprovechamiento efectivo de las aguas; aprovechamiento éste que no es obligatorio que se realice de manera permanente ante el derecho vigente. Por lo tanto, en los casos en que no haya uso de las aguas, no podrá aplicarse la presunción del art. 309 ni aún cumpliéndose los dos requisitos anteriores.

Entonces, tanto los derechos de aguas creados por mercedes otorgadas antes de 1981, como en el caso de los nacidos a partir de 1981, pueden llegar a tener en sus títulos una cons-

tancia de medida fija (por obligación de este artículo 309). No obstante, según se analizará, como el ejercicio de estos derechos se rige por las normas vigentes (art. 311 del Código de Aguas), en su distribución las organizaciones de usuarios pueden alterar lo que señalen sus títulos en cuanto a caudal fijo, y transformarlo en los hechos en variable (véase más adelante, facultades de comunidades de aguas, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia).

b) *Unidad de medida de los derechos reconocidos.*

En el caso de los derechos reconocidos, es posible distinguir: (i) los derechos derivados de usos consuetudinarios; (ii) los usos mínimos o limitados, y (iii) los demás usos especiales y antiguos que reconoce la ley. No obstante, por tener todos ellos una situación análoga en cuanto a la falta de antecedentes en sus títulos, salvo excepciones, me refiero a ellos en conjunto.

En Chile ha existido, desde tiempos inmemoriales, usos de las aguas para fines agrícolas. Los usuarios desde hace muchos años han utilizado el agua “en comunidad”. Ellos, de común acuerdo, han construido desde tiempos inmemoriales canalizaciones para derivar el agua hacia sus cultivos agrícolas. Este es el origen de la mayoría de los “canales” (obra de riego) que existen en el país: ser una obra de canalización realizada de común acuerdo, por usuarios de aguas consuetudinarios. Estos agricultores en la gran mayoría de los casos iniciaron el uso de las aguas sin tener títulos concesionales (véase Vergara, 1998).

Estos derechos consuetudinarios, en cuanto a su existencia como tales, tienen pleno reconocimiento (arts. 7 D.L. N° 2.603; 165 inciso 2° Código de Aguas), y se siguen usando o ejerciendo del mismo modo tradicional (art. 311 Código de Aguas). No obstante es necesario que se produzca una adecuación de tales derechos antiguos al nuevo régimen jurídico establecido en 1981, en especial en cuanto a sus características esenciales (señaladas supra: consuntividad; permanencia y continuidad), y una de sus características relevantes es el caudal que le corresponde a cada título.

En el caso de los derechos de aguas superficiales, aprovechadas tradicionalmente a través de “canales”, cuyos usuarios/

dueños están organizados en comunidades de aguas, tienen usualmente alguna inscripción, originada en un inicio por su inclusión en los títulos de propiedad raíz; y luego, con posibilidad de separación jurídica y no sólo de inscripción (vid. art. 317, en relación con arts. 112 y siguientes del Código de Aguas). O, mediante su inclusión en una resolución o escritura de constitución de comunidad de aguas (vid. arts. 197 y 198 del Código de Aguas).

Ahora, ¿cómo conocer la unidad de medida de estos derechos? En el caso hipotético de que existan escrituras o inscripciones si nos atenemos a ellas, usualmente nada dicen en cuanto a caudal, dotación o cantidad de aguas; menos a una cantidad fija; tales documentos se refieren usualmente a "acciones" en tal o cual canal o comunidad, según el acuerdo común (vid. art. 198 N° 4 Código de Aguas).

Entonces, ¿a qué nos debemos atener? ¿A la cantidad de agua distribuida en los últimos años por la organización de usuarios? ¿A lo que puedan decir los posibles documentos existentes? Tengamos presente que las condiciones variarán si existen turnos permanentes.

En el caso de estos derechos reconocidos (aunque estén inscritos, como se ve), la medida del derecho está unida a la forma en que nacieron tales derechos: a su ejercicio. Esa medida podrá llegar a determinarse de acuerdo a las obras de captación: en caso de uso vigente, a las actuales; y en caso de desuso actual, a los usos que le dieron origen. Este caudal, por variable que sea, siempre es posible conocerlo a través de la estadística que llevan, obligatoriamente, tanto las comunidades de aguas (art. 291 N° 20 C. Ag.), como las juntas de vigilancia (art. 274 N° 8 del Código de Aguas).

Por lo tanto, para conocer la medida de los derechos reconocidos, en los casos en que no hay documento alguno o no consta en sus inscripciones, cuando las hay, es necesario utilizar un medio indirecto: se llegará a ella a través del análisis del ejercicio efectivo o tradicional de los derechos. Y este ejercicio, dadas las obras de captación tradicionales y a la variabilidad usual del caudal de los ríos, originará en los derechos de aguas superficiales una dotación también variable; este modo de distribución, nos lleva a concluir que respecto de estos derechos

reconocidos no rige en la generalidad de los casos una unidad de medida fija (como la establecida en el art. 7º del Código de Aguas) sino una variable: el prorrateo o turno del agua que exista en el cauce natural o en el canal, según el caso, en que tradicionalmente se usen las aguas; tema al que me refiero en seguida.

II. UNIDAD DE MEDIDA Y DISTRIBUCION DE LAS AGUAS

Se desarrollará en este acápite, en primer lugar, unido a los desarrollos anteriores, cómo se produce la distribución y subsecuente ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, a partir de lo cual verificaremos la fijeza o variabilidad de la unidad de medida de tales derechos de agua. En este análisis del régimen vigente se describirá, entonces, la manera en que cada usuario recibe la “cantidad de aguas” que le corresponde, esto es, cómo se distribuyen las aguas: ya sea que los derechos sean constituidos o reconocidos; sea que sus titulares pertenezcan o no a organizaciones de usuarios. En fin, se analizará el caso usual de que los ríos o canales estén sometidos a distribución alícuota por una parte; o a turno o rateo por otra, lo que implicará en los hechos una “cantidad de agua” o unidad de medida variable.

A partir de las aclaraciones anteriores, quedaremos en condiciones de precisar cómo el régimen jurídico de la unidad de medida está íntimamente conectado con la distribución de las aguas que realizan las organizaciones de usuarios; y, a partir de ello analizar otros problemas jurídicos relacionados: por ejemplo, verificar si es posible “convertir” el sistema, respecto de ciertos derechos de aguas, que en la actualidad están expresados en acciones de aguas distribuidas por una comunidad de agua en “canales” (cuya unidad es variable), a otra unidad, como el volumen por unidad de tiempo (unidad fija); analizar la cuestión del papel que le corresponde al respecto al artículo 309 del Código de Aguas, debiendo preguntarnos, entonces, el alcance de esta norma; y, en fin, las relaciones de las acciones con el caudal total del agua, y el no uso de las aguas.

1. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE AGUA Y LA “CANTIDAD DE AGUA” USADA

Para analizar la “cantidad de agua” que cada usuario o titular del derecho de aprovechamiento de agua recibe, es necesario tener presente las diferentes hipótesis que pueden presentarse en un sistema hídrico, ya sea río o tramo de un río:

- En cuanto a los usuarios, pueden estos ser individuales o colectivos. Esto es, la obra de captación que recibe las aguas directamente del río puede ser de propiedad de una persona, de varias, o de una asociación. Cuando el propietario es más de uno, se entiende existir una comunidad de aguas, siendo la respectiva obra de captación de propiedad y uso común. Cuando la obra de captación es utilizada por una asociación de canalistas, ésta es de propiedad de tal asociación, para el uso de sus asociados. Estos son, entonces, los usuarios, ya sean individuales u organizados en comunidades de agua o asociaciones de canalistas. A partir de su actividad se produce, podríamos decir, el uso básico de las aguas, de la “cantidad de aguas” que les corresponde recibir, individual o colectivamente, en su obra de captación.

- En cuanto a la distribución del agua, puede o no existir en el sistema hídrico respectivo una junta de vigilancia que establece el modo en que en cada obra de captación se recibe la “cantidad de agua” que corresponde a los usuarios; esto es, si de manera alícuota (prorratio) o de manera turnal, según veremos.

Además de lo señalado, debe tenerse presente que la entrega de la “cantidad de agua” a cada usuario individual o a cada obra de captación común, según el caso, puede realizarse de los siguientes modos:

- por volumen fijo; sistema éste que, de acuerdo a lo señalado, si bien pareciera posible (art. 7º Código de Aguas), no es utilizado.

- por reparto proporcional, a prorrata o alícuota, según estatutos o decisión de las organizaciones de usuarios respectivas.

- por turnos, según estatutos o decisión de las organizaciones de usuarios respectivas.

Estos dos últimos sistemas rigen ya sea respecto de las “acciones” de río (cuando la decisión la toma una junta de vigilancia); o respecto de las “acciones” de una obra común (cuando la decisión la toma una comunidad de aguas o una asociación de canalistas).

a) *El uso individual de las aguas.*

Los derechos de agua pueden ser ejercidos individualmente, a través de una obra de captación única y privada; caso en el cual no hay comunidad ni asociación alguna; si en el sistema hídrico no hay junta de vigilancia, no hay “distribución”; sólo la hay, propiamente cuando existe una junta de vigilancia, y el usuario individual recibirá la cantidad de agua que según el turno o prorrato le corresponda.

A tal situación se llega, además, cuando un usuario individual ha adquirido todas las “acciones” de un canal común o asociado. La medida del derecho de tal canal individual sólo dice relación con el caudal que pueda recibir de la junta de vigilancia en su distribución, si es que la hay, de acuerdo a la obra de captación individual existente y aceptada por aquélla.

b) *El uso colectivo de las aguas.*

Hablamos de un uso colectivo de las aguas en el caso en que desde una misma obra de captación se derivan aguas que usarán distintos titulares de derechos de aprovechamiento de aguas; se trata de una obra común de captación, en que, a través de un canal matriz, se reparten a cada usuario, según sus derechos. Estos derechos de aprovechamiento de aguas son divididos entre los usuarios en “acciones” de la respectiva obra de captación y canal matriz.

Adicionalmente, la cantidad de agua recibida por la obra de captación constituye una parte alícuota del río respectivo. Así, cada usuario individual recibirá una parte alícuota de las aguas totales de la obra de captación común. Si en el sistema hídrico existe una junta de vigilancia, la parte de cada usuario dependerá de la cantidad del agua que la obra de captación reciba en la distribución general que realiza tal junta de vigilancia (vid. arts. 190, 198 N^o 4 y 241 N^{os} 3 y 5 del Código de Aguas), distribución ésta que podrá ser alícuota o turnal.

2. ¿QUIÉN REALIZA EL REPARTO DE LA “CANTIDAD DE AGUAS” QUE LE CORRESPONDE A CADA DERECHO?

a) *El reparto usual de las aguas.*

Los titulares de derechos de aguas, en especial de los originados en usos consuetudinarios, para su mejor ejercicio y distribución, desde tiempos inmemoriales se han organizado en comunidades de aguas, o en asociaciones de canalistas; y en muchos casos, adicionalmente, en juntas de vigilancia.

La comunidad básica es la de la respectiva obra de captación ubicada en el río, y en el “canal” matriz, esto es, las obras a través de las cuales se captan y conducen las aguas de cada “accionista”; obras que seguramente se construyeron en común, esto es, con aportes comunes. Por tales obra y canal común es que cada usuario capta y conduce tradicionalmente la “cantidad de aguas” que habitualmente usa en predios de su propiedad.

Entonces, estas organizaciones tienen como primer objetivo cuidar y mantener las obras comunes y distribuir el agua a cada asociado o comunero.²⁷ ¿Cómo se sabe cuál es la “cantidad de agua” que puede aprovechar cada usuario? Como se revisó, la legislación de aguas siempre ha establecido reglas; las que, junto con los usos y costumbres de estas organizaciones, han constituido y constituyen el régimen jurídico del reparto de las aguas.

Las organizaciones de usuarios distribuyen tradicionalmente el agua del siguiente modo: el total de las aguas que se capta en la obra común desde la corriente de uso público, es derivada a un canal. Este total es dividido en “acciones”; y a cada canalista (asociado o comunero, según los casos), se le entrega una cantidad determinada de agua, según sus “acciones”; en un principio eso se hizo por un acuerdo común a partir de las hectáreas de terreno que riega o posee; ya luego, cuando existe alguna formalización, a partir de los “títulos” de cada usuario.

²⁷ Así, se entremezcla el origen de los usos consuetudinarios con el de estas comunidades y asociaciones que administran las obras y canales por donde se captan y se conducen las aguas usadas por los regantes.

Estas "acciones", en principio dicen relación con cantidad de terreno regado, o con derechos; pero también en seguida se debe vincular la acción con un porcentaje de propiedad en el canal respectivo, que debiese ser equivalente al porcentaje de agua que, a prorrata, o turnalmente le es distribuida a cada comunero.²⁸

La inclusión de estas acciones en Registros de agua, respecto de los diferentes ríos pudo hacerse de común acuerdo, a través de los trámites de formación de las comunidades de aguas, o de las asociaciones de canalistas, contenidos en el Código de Aguas de 1951, y con los vigentes arts. 186 y siguientes del Código de Aguas de 1981; incluso, como fruto de divisiones de la tierra, en virtud del proceso de Reforma Agraria (art. 5º transitorio Código de Aguas)

De este modo, el agua que las respectivas organizaciones de usuarios distribuyen está determinada por las acciones que cada cual tiene en la respectiva obra de captación y canal matriz. Es ésta, entonces, en la práctica, la unidad de medida del derecho de cada comunero, que es el prorrato de la medida total de la respectiva obra de captación y canal matriz.

Ahora, el caudal total de aguas que le corresponde a la respectiva obra de captación y canal matriz; y aun su unidad de medida (prorrato o turno) está dada por el régimen de distribución del río o sección de río de que se trate (vid. art. 198 N° 4 Código de Aguas que se refiere al "derecho de agua que corresponde al canal en la corriente de uso público y la forma en que se divide ese derecho entre los comuneros"). Y este régimen común de distribución normalmente también es consuetudinario, o por acciones "de río" (vid. art. 268 del Código de Aguas).

Esta forma de distribuir el agua por las juntas de vigilancias, las comunidades de aguas o las asociaciones de canalistas en muchos casos se ha adoptado desde muy antiguo, lo que ha sido tradicionalmente reconocido por la legislación.

²⁸ Véase lo expresivos que son, a tal respecto, los arts. 165 inciso 2º, 188 inciso 1º, 189 inciso 1º, 193, 194, 197 inciso 5º, 198 N° 4 (en especial), 202 inciso 2º, 205 inciso 1º del Código de Aguas; y 5º del D.L. N° 2.603, de 1979.

En caso de que existan turnos en el río, fijados por la junta de vigilancia (véase arts. 198 N^º 4, 200, 202 inciso 2^º y 241 N^{os} 3 y 5 del Código de Aguas) el agua no se recibe proporcionalmente en cada obra de captación, sino que pierde continuidad, y, consecuentemente, el ejercicio que el titular de cada “acción” en los canales realiza de su derecho, queda sujeto a los días y horas del respectivo turno.

Entonces, en la práctica común, ya sea que se reciba el agua por un sistema de prorrato o por turno, es esencialmente variable el caudal de agua que reciba cada “accionista”.

Esto es necesario tenerlo presente al analizar y querer conocer, en la práctica, la “cantidad de agua”, esto es, la medida de cada derecho: la dotación o caudal de agua que le corresponde a cada “accionista” o titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, cuando el río está sometido a prorrato o turno.

b) *Estatuto jurídico de la organización de usuarios*

El Código de Aguas, siguiendo a la anterior legislación, presta pleno reconocimiento a las organizaciones de usuarios, y autoriza su formación (art. 186 Código de Aguas).

a) Las juntas de vigilancia están reconocidas como tales (art. 263 Código de Aguas). Según la ley, el principal objeto de las mismas es: “distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros” (art. 266 Código de Aguas). Adicionalmente, como se adelantó, la ley acepta que “el total de los derechos de aprovechamiento constituidos en junta de vigilancia, se entenderá dividido en acciones que se distribuirán entre los interesados, en proporción a sus derechos” (art. 268 del Código de Aguas).

b) Las comunidades de aguas están reconocidas como tales (art. 187 del Código de Aguas); y la ley se refiere a las principales finalidades de las mismas: “administración de los canales, [y] distribución de las aguas” (art. 200 del Código de Aguas). La ley reconoce la división de los derechos sobre la obra común (el canal), y sobre las aguas en “acciones” (vid. los arts. 198 N^º 4, 202 inciso 2^º, 205, 222 inciso 1^º), y de acuerdo a lo anterior, acepta expresamente que las aguas sean distribuidas entre tales accionistas a “prorrata” de sus “acciones” (derechos que son equivalentes a acciones) o por turno (vid. art. 24 N^{os} 3 y 5 del Código de Aguas entre otros).

c) Las asociaciones de canalistas, están sometidas a las mismas reglas de las comunidades de aguas (art. 258 inc. 1^º Código de Aguas).

En fin, el artículo 311 del Código de Aguas ha consolidado el accionar de estas organizaciones, al señalar que “el ejercicio de los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos bajo la vigencia de leyes anteriores, se regirá por las normas del presente Código”. Por lo tanto, el ejercicio de todos los derechos, “reconocidos o constituidos”, está sujeto a la distribución que el código vigente autoriza; esto es, por los estatutos de tales organizaciones.

3. FORMA TRADICIONAL DE REPARTO: DISTRIBUCIÓN ALÍCUOTA O TURNAL: ORIGEN DE LA “CANTIDAD DE AGUA” DE CADA DERECHO

Normalmente todos los derechos de aprovechamiento de aguas de uso agrícola en principio son “de ejercicio permanente” en su definición global. Para el caso que la fuente de abastecimiento (el río) no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, la ley autoriza a las juntas de vigilancia y a las comunidades de aguas (y a las asociaciones de canalistas) para que distribuyan el caudal no sólo en “partes alícuotas”, sino también a través de turnos o rateos (vid. art. 17 en relación a los arts. 241 N^{os} 3 y 5; 266, 274 N^º 2 y 278 N^º 1, entre otros, del Código de Aguas).

Si el río está sometido a turno, esa medida debe ser concordante con lo recibido en las obras de captación; y con los días y horas que cubre el turno.

Por lo tanto, la medida de todo derecho de aguas está unida indisolublemente al ejercicio del mismo, y este ejercicio depende de las modalidades de distribución que se haya determinado en la junta de vigilancia. Si el río está sometido a turno, la unidad de medida del derecho es variable, y el caudal o dotación que le corresponde a cada canal está determinado por el tamaño tradicional de su obra de captación, y por las horas y días del turno. Esto se puede verificar en los estatutos de cada junta de vigilancia (vid. art. 268 del Código de Aguas).

Entonces, son las juntas de vigilancia las que han establecido, a través de su distribución, una unidad de medida del agua, de la

que surge en forma variable el caudal que le corresponde a cada usuario. Lo cual, ciertamente, se ajusta al modo de nacimiento de cada derecho; sobre todo en el caso de los usos consuetudinarios; como éstos nacieron del ejercicio, de un uso, que luego fue reconocido como derecho, nunca estos derechos, hoy reconocidos por ley (art. 7º D.L. 2.603, de 1979 y 165 inc. 2º Código de Aguas), tuvieron otra unidad de medida sino ésta: el agua determinada que le correspondía por partes alícuotas o por el turno o rateo en el canal respectivo, y en la distribución que efectúe la junta de vigilancia (de acuerdo a si existe o no cantidad suficiente para satisfacer los usos más antiguos).²⁹

En los casos de ríos que (por estatuto de la respectiva junta de vigilancia) está sometido a turno permanente, el actual ejercicio del derecho de aguas de cada cual determina su unidad de medida: el agua que, de manera variable, por partes alícuotas o turno del río (determinados por la Junta de Vigilancia) o por reparto porcentual, también alícuota o por turnos, en el canal de que se trate (determinado por la respectiva comunidad o asociación) le sea entregada en la distribución normal del río.

Por lo tanto, en general, podemos decir que en los regímenes de distribución consuetudinaria, de derechos también originados en usos consuetudinarios, ambos “reconocidos” por la legislación vigente, existe una unidad de medida de cada derecho, pero ella es esencialmente variable, y está basada en el aprovechamiento tradicional, según obras de captación reconocidos y porcentajes (“acciones”) en cada canal, y cuya cantidad de aguas efectiva es proporcional entre todos los usuarios de un canal y aún de un río, pero es irregular, pues ella depende del caudal global del río mismo: si el río trae gran cantidad de agua, el prorratio o turno proporciona un mayor caudal; o viceversa, se recibe un menor caudal.

²⁹ Esto resulta evidente en la legislación vigente, al analizar el art. 165 del Código de Aguas, cuyo inciso 1º está referido a los derechos “constituidos”; y su inciso 2º a los reconocidos (“usuarios y derechos”), que para formar los roles provisionales de usuarios, que servirán para la conformación de comunidades de aguas (vid. Art. 197, Código de Aguas), se refiere a la “cantidad de agua aprovechada de acuerdo con la superficie normalmente regada (...); “el gasto [de agua] normalmente utilizado”.

4. EL RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN DE AGUAS AUTORIZADO POR LA LEY

En la práctica, si cada usuario individual realiza un aforo de la "cantidad de agua" que ha recibido tradicionalmente y verifica que ella ha disminuido a través de los años; si esta disminución ha sido soportada equitativamente por todos los usuarios de la fuente (ríos) y por los accionistas de la comunidad (canales), no habrá conflicto en relación a ello. Lo mismo con las crecidas. En la igual repartición de los aumentos y disminuciones de los caudales se basa la equidad de este sistema.

El *statu quo* de la distribución existente origina que la unidad de medida actual, esto es, la "cantidad de agua" que recibe cada usuario, es esencialmente variable y se basa en un esquema de distribución global, en relación a caudales globales, y a porcentajes o partes alícuotas individuales. Esta unidad de medida no considera caudales individuales predeterminados para cada derecho; sino considera "acciones" o partes alícuotas, de las cuales surgen caudales variables; pues, como se ha dicho, las juntas de vigilancia distribuyen el agua total que efectivamente trae el río (la que, como sabemos, varía a cada momento) la que es repartida de manera alícuota, de una sola vez, o por turnos entre todas las obras de captación, de donde se derivan a los canales matrices.

En los canales matrices, a su vez, operan las asociaciones de canalistas y las comunidades de agua efectuando un nuevo reparto alícuota o turnal, según los casos, entre todos los "accionistas" de la obra y canal.

Y esta distribución alícuota o turnal se puede efectuar válidamente aunque existan unos derechos de agua en cuyos títulos se indican una medida determinada de aguas; pues éstos deben convivir con los demás derechos de aguas, constituidos o reconocidos por la legislación, cuya medida del derecho no aparece en sus títulos, sino como una parte alícuota o "porcentaje" o "acción" en una obra de captación común ("canal"), que extrae aguas de una fuente de abastecimiento. Esos últimos pueden incluso ostentar inscripciones en que también aparecen algunos datos sobre caudales (vid. arts. 19 N° 24 inciso final Const.; 7 D.L. 2.603, de 1979 y 311 del Código de Aguas).

Las juntas de vigilancia han distribuido también consuetudinariamente las aguas a las obras de captación de los diferentes usuarios, ya sean individuales o de una organización de usuarios: asociación de canalistas o comunidad de aguas; y esta distribución de aguas la continúan haciendo del mismo modo que dio origen a los derechos reconocidos: entregando el porcentaje o “acciones” en el río a partir del agua que efectivamente trae el río, según corresponda a los usos consuetudinarios aceptados comunalmente (art. 311, en relación a arts. 268 y 17 del Código de Aguas), o a los nuevos derechos constituidos legítimamente.

Así, como lo autoriza la legislación vigente, el ejercicio de los derechos de aguas (vid. art. 311 del Código de Aguas); que se concretiza en la distribución “global” del agua en cada cuenca, se realiza de los siguientes modos:

- o de manera alícuota o a prorrata (art. 241 N^{os} 3 y 5 y 268 del Código de Aguas);
- o por turnos (art. 17 Código de Aguas); pudiendo incluso el turno ser permanente.

En cuanto a los derechos de agua reconocidos (que nada dicen sus títulos), nada podrá impedir una medición del caudal que se reciba en cada momento en la obra de captación o canal, o una estadística del mismo; pero esta medida será meramente referencial, y *en ningún caso* podrá alterar el *statu quo*: la actual distribución realizada por comunidades o juntas de vigilancia, a través de una unidad de medida variable (ya sea por partes alícuotas o por turnos, según corresponda).

En todo caso, esta medición referencial, si bien es posible, en ningún caso puede dar origen a una alteración del actual modo de distribución que realizan juntas de vigilancia, asociaciones de canalistas y comunidades de aguas, por partes alícuotas o por turnos del agua, según lo aprueben sus asociados.

Entonces, todo derecho, ya sea que se trate de un derecho antiguo que se regularice (art. 2^o transitorio Código de Aguas), o de un derecho que se constituya recientemente (arts. 140 N^o 2 y 149 N^o 3 Código de Aguas), y que tengan determinado su caudal con una unidad de medida fija (como la señalada en el art. 7^o Código de Aguas), a pesar de eso, como deben ser ejercidos en una misma corriente natural (cuyas aguas distribu-

ye globalmente una junta de vigilancia), o en un mismo canal (cuyas aguas la reparte una comunidad de aguas o una asociación de canalistas), su uso se realiza en conjunto: si hay repartición por turno o alícuota, en los hechos, a pesar de lo que digan sus títulos, todos los derechos recibirán una “cantidad de agua” variable. En otras palabras, su unidad de medida es, entonces, variable.

Si existiese conflicto, y los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas cuyos títulos establecen un caudal fijo no aceptan la distribución variable, y no es posible solucionar el problema en el seno de la comunidad (art. 244 Código de Aguas) o de la junta de vigilancia (arts. 267 y 275 Código de Aguas), tratándose ésta de una cuestión que no tiene procedimiento especial, tendría en todo caso que aplicarse el art. 177 Código de Aguas, y en tal juicio sumario tendría que notificarse a los otros accionistas y a la organización que distribuye las aguas del deseo de convertir la unidad de medida de un derecho determinado de aguas, lo que implica, en los hechos, modificar el sistema íntegro de distribución de las aguas, lo que es difícilmente posible lograr, como se verá.

Nótese, adicionalmente, la importancia que al respecto tienen las obras de captación existentes. En efecto, en los delitos específicos relativos a derechos de aguas, contenidos en los arts. 459 y 461 del Código Penal, se contempla el caso ilícito de “los que teniendo derecho para sacar o usar aguas se sirven con tal fin de orificios, conductores, marcos, compuertas o esclusas de forma diversa *a la establecida* o de una capacidad *superior a la medida a que tienen derecho*”. Y en los derechos reconocidos, en especial los originados en usos consuetudinarios, la “medida a que tienen derecho” los usuarios está vinculada entera e indisolublemente a la obra de captación o canalización (y a sus porcentajes, partes alícuotas o “acciones” que cada uno ostente en aquélla), pues el uso de una unidad de medida determinada (por variable que sea), en una obra también determinada, dio origen a tal derecho (aunque el caudal o “cantidad de agua” esperado, sea también variable).

Entonces, los derechos de aprovechamiento de aguas, en especial los usos consuetudinarios reconocidos como derechos, no pueden zafarse de la unidad de medida variable que les dio origen; sobre todo cuando su unidad de medida depende de la

unidad de medida (también variable) de los demás derechos en el canal junto a los cuales conforma el todo; adicionalmente, tal caudal depende del caudal (también variable) que se distribuya en el río.

5. POSIBILIDAD DE CONVERSIÓN DE SISTEMA DE REPARTO: DESDE UNA UNIDAD VARIABLE A UNA FIJA

¿Es posible una conversión o modificación de la forma de entrega de la “cantidad de agua” que le corresponde a cada derecho de aprovechamiento de agua? En otras palabras “conversión”, desde el sistema variable de “acciones” al sistema fijo de “litros por segundo” o volumen por unidad de tiempo. Trátase, en general, de la posibilidad de transformar la unidad de medida de los derechos de aguas, desde un sistema variable a uno fijo como el establecido (con apariencias de generalidad) en el artículo 7º Código de Aguas: que la cantidad de agua no sólo se exprese sino que se reciba en volumen por unidad de tiempo.

El tema de una posible “conversión” dice relación, entonces, con la unidad de medida de cada derecho; y, esa unidad de medida hoy en día tiene una regulación legal (art. 7º Código de Aguas). En segundo lugar, dice relación con la distribución de las aguas, pues la ley contiene varias formas de excepción (vid. art. 17: “turnos”, 241 Nº 5 y 268 Código de Aguas: prorrateo y turnos) en las cuales se permite la distribución de los derechos no sobre la base de una unidad de medida fija (litros por segundo), sino de otro modo, aún variable (esto es, a prorrata del caudal de la fuente natural, o por turnos).

El problema, como veremos es el siguiente: ¿es posible *obligar a las comunidades, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia, que han establecido en sus estatutos o en su costumbre un sistema de reparto alícuota o por turnos de las aguas*, un sistema de unidad de medida fija como la establecida en el art. 7º del Código de Aguas? En estos casos en que existe un reparto basado en un sistema de unidad de medida variable, el caudal que recibe cada usuario es sólo “determinable”, en relación al caudal total, efectivo, que en cada ocasión o época traiga el río, el que es distribuido porcentualmente entre todos aquellos que tie-

nen derecho a una "cantidad de agua" en el mismo ("accionistas" de río o "accionistas" de canal).

Como se ha dicho, el ejercicio de los derechos, a través de la distribución alícuota o por turnos, ha determinado en la práctica una unidad de medida variable, en virtud de la cual es posible sólo realizar una aproximación del caudal o "cantidad de agua" que recibirá cada titular de derechos de aprovechamiento de aguas en cada oportunidad, caudal individual éste que puede variar según el caudal global del río o el caudal del canal matriz de donde recibe sus aguas.

En realidad, la posibilidad de una conversión de la unidad de medida de los derechos de aguas sometidos a un esquema de distribución (como el que se efectúa en las juntas de vigilancia, asociaciones de canalistas y comunidades de agua); tendrá que sujetarse al estatuto de cada comunidad, asociación o junta.

La ley no regula una posible "conversión" del sistema de reparto del agua desde las unidades variables que acepta (distribución alícuota o por turnos) a la unidad fija (art. 7º del Código de Aguas). Tampoco obliga a los titulares de derechos reconocidos y que no tienen fijación de caudal en sus títulos a establecer un caudal; simplemente los sujeta en cuanto a su "*ejercicio*" a las normas del Código (vid. art. 311 Código de Aguas). Adicionalmente, la falta de esta obligación es armónica con la autorización para distribuir el agua por "acciones" (arts. 241 Nº 5 y 268 Código de Aguas).

Por lo demás, los únicos que podrían tener interés en plantear una eventual conversión del sistema de reparto son los titulares de derechos de aguas que se expresan en una unidad fija: volumen por unidad de tiempo (art. 7º Código de Aguas); esto es, aquellos constituidos a partir de 1981, y aquellos constituidos durante la vigencia de leyes antiguas ("otorgados con anterioridad"), a los que se les haya probado un caudal máximo fijado (utilizando la presunción del art. 309 Código de Aguas).

En todo caso si se llegare a determinar que la conversión es posible, ella se debiera basar en los caudales normal y efectivamente distribuidos, y en la forma distribuida. Pues, como se ha dicho, en la actualidad es a partir de los caudales de agua

recibidos (de una manera alícuota o por turno), de donde fluye la medida o “cantidad de agua” que corresponde a cada derecho de agua. En demostración de que éste es el criterio de la legislación chilena, en el art. 5º del D.L. Nº 2.603, de 1979, dictado para el caso de expropiación (proceso en el cual se tendrá que definir la “medida” de la indemnización), se señala:

“Cuando por causa de utilidad pública, o de interés social o nacional deban expropiarse derechos de aprovechamiento [de aguas] en un cauce natural o artificial, separados de los inmuebles o actividades a que se hallaren destinados, se entenderá que dicha expropiación afecta a todos los usuarios, asociados o comuneros, según los casos, en proporción a la cantidad de agua que a cada uno corresponda en dicho cauce”.

Así, de la “cantidad de agua” recibida, aún de manera variable, surge el valor del derecho. Y la “cantidad de agua” que corresponde a cada uno, es la que se le entrega, de manera alícuota o turnal, en distribución.³⁰ Esa es la “medida” de un derecho que debe considerarse para el caso de fijar una indemnización de expropiación.

En definitiva, aun cuando los títulos de un derecho determinado expresen una medida fija, esto es intrascendente para la distribución global de cada canal o cuenca, actual o futura, del agua; pues el titular del derecho no podría exigir otro modo de distribución, a menos que se cambie el sistema de reparto para todo el canal o para toda la cuenca, lo que implica un cambio estatutario. Como se ha comprobado en la práctica, las organizaciones de usuarios, siempre se oponen a estas pretensiones de cambiar el reparto de las aguas desde el sistema variable que ellas usan a uno fijo. En la práctica, según la legalidad vigente, la distribución de la “cantidad de agua” que le corresponde a cada derecho se ajustará a los porcentajes históricos; a la estadística; a la forma y capacidad de las obras de captación; y, en todo caso, según la parte alícuota o el turno que le corresponda a cada titular de derechos de aguas.

³⁰ Vid., además, el art. 165 Código de Aguas, citado antes.

En suma, el titular de un derecho que exprese un caudal fijo no puede, por ese hecho, alterar el tradicional sistema de reparto variable que aplican, en pleno ejercicio de los derechos que les otorga la ley a las organizaciones de usuarios (esto es, las comunidades de aguas, las asociaciones de canalistas y las juntas de vigilancia), a un sistema de unidad de medida fijo (como el que la ley desea que se exprese en los títulos de los derechos de aprovechamiento de aguas que se constituyen a partir de 1981: art. 149 N° 3 Código de Aguas), por las siguientes razones, adicionales a lo expresado:

a) El Código de Aguas no obliga a la conversión a una unidad de medida fija a los titulares de derechos antiguos, en que cuyos títulos nada se exprese;

b) La conversión de un derecho, en caso de distribución por partes alícuotas o por turnos, implica el cambio de distribución de toda una cuenca, lo que necesariamente debe aprobarse en las organizaciones de usuarios.

c) Ni la autoridad ni el juez puede obligar a las organizaciones de usuarios a cambiar el modo de distribución de las aguas, pues es una potestad autónoma entregada por la ley.

6. OTROS ASPECTOS RELATIVOS AL CAUDAL DE LAS AGUAS, Y AL USO EFECTIVO Y NORMAL DE LAS AGUAS

a) *Efectos del no uso de los derechos de aguas.*

Dado que en los hechos, a raíz del modo de ejercicio y distribución de las aguas, como ya se ha analizado, la “cantidad de agua” que corresponde a cada derecho de aprovechamiento de aguas surge, en el caso de los usos consuetudinarios, de su uso efectivo, cabe preguntarse por los efectos que, de acuerdo a la legislación vigente, pueden derivarse del no uso actual de los derechos de aprovechamiento de aguas (en especial de los de origen consuetudinario, sea que éstos se encuentren inscritos o no). En el caso de los derechos adquiridos, durante la vigencia de la anterior legislación, o ya sea durante la vigencia del Código de Aguas vigente,

es posible que se haya explicitado en los títulos una medida de las aguas, pero puede que en la actualidad no se utilice “cantidad de agua” alguna. En especial, podríamos cuestionarnos sobre la posible extinción de los dos tipos de derechos, reconocidos o constituidos, por el no uso de las aguas que le corresponden.

Nos referiremos entonces a las posibilidades de extinción de un derecho cuyas aguas no se usan, y a la vinculación del uso o no uso de las aguas con la unidad de medida y al ejercicio de tales derechos de aprovechamiento de aguas, y a la distribución de las aguas.

a.1) Posibilidad de extinción de un derecho de aguas por no uso de las aguas que le corresponden.

Debe señalarse de partida que una vez constituido o reconocido como tal un derecho de aguas ante la legislación vigente, no queda sometido a ninguna obligación de uso de las aguas; y su no uso, por lo tanto, no podría implicar ningún efecto extintivo del derecho.

En efecto, de acuerdo al estatuto constitucional contenido en el art. 19 N° 24 inciso final de la Constitución, “los derechos de los particulares sobre las aguas (...), otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Al ser el derecho de aprovechamiento de dominio de su titular, éste podrá disponer libremente de él, por ser ésta una facultad que emana de su calidad de propietario. En efecto, señala el artículo 582 del Código Civil que: *“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”*.

Esta libre disponibilidad, que en general es una facultad de todo propietario, para el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas es ratificada expresamente en el artículo 6° inciso 2° del Código de Aguas, que dice: *“El derecho de aprovechamiento es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”*. En suma, el titular de derechos de aprovechamiento de aguas puede disponer libremente de su derecho.

Esto implica, de inmediato, un efecto de intangibilidad para los titulares de derechos de aguas. En consecuencia, éstos sólo pueden extinguirse o por ley expropiatoria (art. 19 N° 24 inciso 2° Constitución; art. 5° D.L. N° 2.603, y 27 del Código de Aguas), o por los medios que establezca la legislación, sin contradicción con la Constitución.

En seguida, el art. 129 del Código de Aguas señala que “el dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por las causas y en la forma establecidos en el derecho común”; esto es, aquellas establecidas en el Código Civil, modos éstos cercanos a la posesión del derecho, como la prescripción, o por la renuncia de su titular.

Por lo demás, el dominio sobre el derecho de aprovechamiento, además de este reconocimiento constitucional, está sometido al régimen de posesión inscrita, trátase de derechos constituidos (art. 150 inciso 1° Código de Aguas) o de derechos reconocidos (art. 114 N° 7); régimen que está regulado en los arts. 110 y siguientes del Código de Aguas.

Por lo tanto, mientras un derecho esté vigente, su titularidad dominical permanece intangible, y no existe posibilidad de extinción basada en causales distintas de las indicadas en la propia Constitución o en la legislación vigente. Y entre estas causales no existe el no uso de las aguas; por lo cual, un derecho de aprovechamiento de aguas, en ningún caso, puede extinguirse por tal razón.

Además, existe un problema dogmático: el “uso” de un derecho de aguas es, en realidad, distinto al “uso” del dominio sobre el derecho de aguas. Y el “uso” de las aguas no puede vincularse con la titularidad. En otras palabras, hoy en día, el titular de un derecho de aguas, es libre de usarlo o no usarlo, sin que ello puede significar un efecto extintivo sobre su derecho. La existencia del derecho, por la vía del reconocimiento o por su constitución, cuya posesión consta en inscripciones vigentes, no podría verse alterada por un problema de ejercicio del mismo, como es el uso o no uso de las aguas (vid. Guzmán, 1995, pp. 105-107).

a.2) Otros efectos del no uso de las aguas

Es posible cuestionarse sobre los posibles efectos del cierre de las obras de captación de un derecho derivado de usos consuetudinarios.

En este caso, no debe olvidarse que es precisamente el “uso” consuetudinario de unas aguas el que da origen y nacimiento a los derechos reconocidos (arts. 7º D.L. Nº 2.603 y 165 inciso 2º Código de Aguas), pero su existencia hoy en día no se debiera ver afectada por la falta actual de aquel uso, ya que no lo exige la legislación, y su “ejercicio” se sujeta a las normas del vigente Código (art. 311 del Código de Aguas).

El no uso de las aguas a que se tiene derecho, si bien no podrá en ningún caso alterar la existencia del derecho, podría, en su caso, tener otros efectos:

1º. Al cerrar o sellar una obra de captación se deja de hacer uso de unas aguas que la organización de usuarios, sea una junta de vigilancia, una comunidad de aguas o una asociación de canalistas, según los casos, distribuye; lo que momentáneamente acrecerá, en la misma proporción, la cantidad de agua que recibirán el resto de los usuarios del río, o del canal en su caso.

2º. Recuérdesse que las obras de captación o los canales, como obras hidráulicas, constituyen una obra artificial privada (arts. 36 a 38 del Código de Aguas), y pertenecen en propiedad, como tales, a los titulares de los derechos de aguas, ya sea individualmente o en comunidad o asociación. En caso de que se paguen servidumbres, ellas tendrán que seguir pagándose. En caso que nunca se hayan pagado, deberá evitarse la destrucción de la obra por otras personas, y evitar, en su caso, efectos legales (prescripción, por ejemplo).

3º. Si el sellado de una obra de captación es permanente, y se desea utilizar la “cantidad de aguas” que corresponden en otro sitio, lo que debe hacerse es solicitar, en las mismas condiciones de ejercicios anteriores (esto es, según la distribución que realiza la junta de vigilancia o la comunidad o la asociación), el traslado del ejercicio de ese derecho (art. 163 del Código de Aguas). Al solicitar este traslado, no se puede pretender cambiar también la unidad de medida del derecho, pues,

de acuerdo a la ley, la distribución se deberá seguir haciendo del modo que la realiza la respectiva junta de vigilancia, comunidad o asociación (arts. 311 en relación con los arts. 241 N^{os} 3 y 5 y 268 del Código Aguas).

4º. El derecho de aprovechamiento de aguas siempre dice relación con la “cantidad de agua” que afluye desde una fuente de abastecimiento, como son los ríos (vid. art. 22), la que se distribuye por las organizaciones de usuarios (art. 263: “aprovechen aguas de una misma cuenca u hoya hidrográfica”, en relación al art. 3º, ambos del Código de Aguas), de acuerdo a los derechos de cada cual (arts. 241 N^{os} 3 y 5 y 268 del Código de Aguas).

En los derechos de aprovechamiento de aguas, que consisten en “acciones” en “obras y canales” comunes, como se analizó, la “cantidad de agua” individual es una parte alícuota de la “cantidad de agua” recibida en la obra hidráulica de captación común (“canal”); y ésta, a su vez, es una “cantidad” proporcional o turnal del agua que afluye del río (fuente). En otras palabras, del agua que se capta en forma global en cada canal, le corresponda a cada titular de derecho de aprovechamiento una “cantidad de agua”, ya sea de origen alícuota o turnal. Esa es la “cantidad de aguas” que se recibe por el hecho de ser titular de una “acción”. Entonces, el agua a que se tiene derecho es siempre la del río, que forma una cuenca, de lo cual surgen entre otras, las siguientes consecuencias atinentes:

- derecho a poder trasladar el ejercicio de las aguas de ese río, de un canal a otro; sin pretender alterar el modo de distribución aprobado estatutariamente por la respectiva organización de usuarios.

- derecho a evitar, en otras partes del río, acciones que afecten la “cantidad de agua” que le corresponde como titular de derechos de aprovechamiento de aguas.

- En fin, derecho a participar en la junta de vigilancia, como titular de derechos (“acciones”) en el río.

b) Relación de las acciones o derechos con las aguas de los ríos

Los derechos de aprovechamiento de aguas consisten en el uso y goce de las aguas que afluyen en un río (vid. art. 6º inc. 1º

Código de Aguas), las cuales pueden ser aprovechadas o distribuidas del modo que autoriza la ley (art. 311 del Código de Aguas). Normalmente éstas son distribuidas por una junta de vigilancia, que las entrega a cada obra de captación, desde la que se canaliza a cada usuario o “accionista” de un “canal”.

Para saber la participación total de un titular de derechos (“acciones” en diferentes “canales”) en la fuente de abastecimiento (río), habrá que operar del siguiente modo:

1º. Habrá que establecer la cantidad de acciones o porcentaje que le corresponda al titular de derechos de agua en cada canal. Esto es una primera unidad de medida de cada derecho: la “cantidad de agua” que le corresponde como “accionista” del “canal” respectivo, cuyo caudal efectivo habrá que mensurarlo de acuerdo al modo en que originariamente se asignaron tales acciones. ¿A cuánta agua equivale cada acción? ¿A la equivalente para regar una cantidad determinada de hectáreas? ¿A la cantidad, variable, que reciba de manera alícuota o turnalmente? Véase al respecto la regla señalada en los arts. 165 inc. 2º y 309 del Código de Aguas y 5º D.L. Nº 2.603: cada “acción”, en cada canal, va a equivaler a una “cantidad de agua”, equivalente a la captada en la obra hidráulica respectiva durante un tiempo determinado.

Debe prestarse atención a que normalmente las acciones de los distintos “canales”, aunque sean de una misma cuenca o sistema hídrico, no son equivalentes en “cantidad de agua”. Por lo tanto, una vez establecida la cantidad de acciones en que está dividido cada “canal”, habrá que verificar la “cantidad de agua” efectiva que usualmente corresponda a cada una de esas acciones. En otras palabras, por ejemplo, puede ser que 5 acciones en un canal determinado, sea superior, en “cantidad de agua” efectivamente recibida, a la que corresponda por 10 acciones en otro canal de la misma cuenca.

2º. Por lo anterior, para saber el porcentaje de aguas que se tiene en una fuente hídrica no basta la simple operación de sumar todas las “acciones” de todos los “canales” de un determinado río, y luego dividirla por el número de acciones de que se es titular.

Por lo tanto, la respuesta que dan los títulos de los derechos de aprovechamiento de aguas no dice relación con un agua

determinada y que se recibirá de manera cierta. Los títulos usualmente sólo se refieren a “acciones” (porcentajes) en una captación (“canal”), de entre muchas captaciones (“canales”) que existen en un río determinado. Nada dicen los títulos reconocidos de “cantidad de agua” determinada; y si lo dice, ésta se verá alterada por los repartos alícuotas o turnales descritos. La información sobre la “cantidad de agua” que corresponde a cada derecho, en la práctica, debe obtenerse de la estadística de distribución del agua del río, la que dice relación:

- con un caudal total (el que trae el río), que es porcentualmente entregada a cada obra de captación, o según turnos;
- y con un caudal individual, que es la “cantidad de aguas” que, de acuerdo a sus respectivas “acciones” recibe en su captación individual.

Y el porcentaje de agua individual, derivado del total de agua que capta cada “canal” común, de acuerdo a la cantidad de “acciones” de río que se tenga, está determinado: por el agua distribuida; y por las diferentes medidas que cada canal da a sus unidades de acción.

En otras palabras, si en el río existen canales, cuya suma total de acciones (considerándolos a todos) es de 1.000, y un titular de derechos ostenta 750 acciones, de diferentes canales, no es necesario que reciba el 75% del agua del río. Esa suma puede ser mayor o menor, dependiendo de otros factores: tamaño de cada obra de captación; o consecuentemente, de la hectárea de tierra considerada para la asignación primitiva de acciones de aguas, u otras.

De aquí la importancia del manejo de información estadística en el río, de las probabilidades, y de la adecuación de las obras hidráulicas respectivas.

7. CONCLUSIONES

¹² La legislación vigente establece para los derechos creados a partir del año 1981, una unidad de medida fija, consistente en volumen por unidad de tiempo. Los usos consuetudinarios de aguas son reconocidos como tales por la actual legislación; y en cuanto a su ejercicio, éstos se aprovechan, en conjunto con los

constituidos, a través de la distribución que realizan las organizaciones de usuarios.

Para el caso de los derechos de aprovechamiento de agua que forman parte de una comunidad de aguas o de una asociación de canalistas, su ejercicio se realiza a través de la distribución alícuota o turnal que efectúan tales organizaciones en el canal respectivo; o, en caso de que existan, las juntas de vigilancia en el río. En la distribución o reparto de aguas no se aplica en la práctica un sistema de unidad fija, sino un sistema variable, que es consecuencia de la autorización legal que, al respecto, tienen tales organizaciones de usuarios. Como la casi totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas sometidos a la distribución de organizaciones de usuarios provienen de la antigua legislación, lo que ha hecho la actual legislación es reconocer los derechos como tales, sin exigir la explicitación de un caudal fijo de aguas; y, en cuanto a su distribución, ha legitimado el sistema variable que tradicionalmente han venido utilizando las organizaciones de usuarios.

2º La legislación vigente no obliga a las organizaciones de usuarios a la conversión del sistema de distribución alícuota o turnal por uno fijo, dado que el sistema de distribución es una potestad autónoma que se ha entregado a tales organizaciones.

La posible conversión de un sistema de distribución alícuota o turnal a uno fijo, implica el cambio de distribución en toda la cuenca, lo que necesariamente significa que debe aprobarse por las organizaciones de usuarios respectivas. Adicionalmente, una conversión del sistema de distribución del agua implicaría el cambio o sustitución de las obras de captación existentes en las cuencas respectivas.

3º Mientras un derecho de aprovechamiento de aguas permanezca inscrito a nombre de su titular, éste es intangible, salvo expropiación. La legislación vigente no establece causales de extinción por el no uso de las aguas, por lo que no podría extinguirse por tal razón.

4º Los derechos de aprovechamiento de aguas se tienen respecto de las aguas que afluyen en un río, las cuales pueden ser aprovechadas por los usuarios y distribuidas por las organizaciones de usuarios del modo que autoriza la ley.

La primera distribución es realizada por una junta de vigilancia, que las reparte a cada obra de captación. Esta obra de captación puede ser de uso individual o colectivo; en este último caso se entiende existir una comunidad de aguas, o una asociación de canalistas, de las cuales existen diferentes "accionistas".

Estos "accionistas" tienen derecho a recibir el agua que en forma alícuota o turnal haya entregado la junta de vigilancia. Al mismo tiempo, cada accionista es dueño proporcionalmente de la obra de captación, y de las canalizaciones matrices. Por lo tanto, no cabe confundir la "acción" como parte de la propiedad en las obras de captación que originan la comunidad de aguas, con los derechos de aprovechamiento de aguas que haya reconocido la legislación por haber sido utilizada una "cantidad aguas" de manera inmemorial, a través de tales obras de captación y de conducción de aguas.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- Asociación de Canalistas (1997): *Sociedad del canal de Maipo: 170 años* Santiago, 196 pp.
- CLARO SOLAR, LUIS. Comentario en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 10 (1912): pp. 536-543.
- FIGUEROA DEL RÍO, LUIS SIMÓN (1995). *Asignación y distribución de las aguas terrestres*. Santiago, Universidad Gabriela Mistral.
- FIGUEROA TAGLE, GONZALO (1960): Las asociaciones de canalistas, en: Vergara Duplaquet, Ciro y otros (1960), *Comentarios al Código de Aguas*, cit., Tomo I, pp. 341-444.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (1995): *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 260.
- HEDERRA DONOSO, ANA (1930): *Régimen de aguas* (Santiago, Memoria de Prueba: Universidad de Chile): pp. 100-102.
- LEGAROS IZQUIERDO, MARIO (1940): *Del régimen jurídico a que se encuentran sometidos los regadores de agua según la ley 2.139* (Santiago, Memoria: Universidad de Chile), 75 pp.
- LIENDO P., OSCAR (1992). *Catastro de usuarios de agua y ejercicio profesional*. Santiago: mimeo.

- LIRA URQUIETA, PEDRO y DE LA MAZA, LORENZO (1940). *Régimen legal de las aguas en Chile*. Santiago: Editorial Nascimento.
- MÉNDEZ, LUZ MARÍA (1990). *El ingenio práctico de los nativos y Espontaneísmo y cálculo durante la colonia*, en *Historia de la Ingeniería en Chile* (dir. Sergio Villalobos R., Santiago, Hachette): pp. 15-86. Las páginas de este trabajo, referidas a las aguas durante la colonia, y al canal San Carlos, han sido reproducidas en: Asociación de Canalistas (1997), cit. pp. 30-33.
- MERINO MESA, ERNESTO (1960): *Las comunidades de agua*, en: Vergara Duplaquet, Ciro y otros (1960), *Comentarios al Código de Aguas*, cit., Tomo I, pp. 445-560.
- MONSALVE JARA, QUINTILLANO (1964). *Notas sobre legislación de aguas*. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, N° 129, Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, pp. 3-113.
- PEÑA, HUMBERTO, y RETAMAL, ULISES (1992). Ventajas y limitaciones del mercado en la asignación de derechos de agua. 4º Encuentro científico sobre el medio ambiente. Valdivia, Chile, 6-8 mayo 1992. Santiago: CIPMA, Tomo I, Ponencias, pp. 1-6.
- PERALTA NAVARRETE, ORLANDO (1989, republic. en 1997): *Canal San Carlos: orígenes e influencia en el desarrollo de la ciudad de Santiago (1829-1989)* (Santiago, 1989). El texto: *El regador del canal San Carlos de Maipo*, ha sido republicado en: Asociación de Canalistas (1997), cit. pp. 80-87.
- RÍOS MACKENNA, GUILLERMO (1936): Asociaciones de canalistas. Estudio de la Ley N° 2.139 de 9 de noviembre de 1908 (Santiago, Imprenta Dirección General de Prisiones), 126 pp.
- VALENZUELA G., RAFAEL y RAPOSO K., EDUARDO (1931): *Recopilación de aguas* (Santiago, Universo).
- VALENZUELA SOLÍS DE OVANDO, CARLOS (1991, republic. en 1997): *La construcción en Chile. Cuatro siglos de historia* (Santiago, 1991). El texto ¿Qué era un regador? en: Asociación de Canalistas (1997), cit. pp. 77-79
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO (1990): *Contribución a la historia del Derecho de Aguas, I: Fuentes y principios del Derecho de Aguas chileno contemporáneo (1818-1981)*. Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I, pp. 111-145.
- (1991). *La codificación del Derecho de Aguas en Chile (1875-1951)*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Vol. 14, pp. 159-213.
- (1992): *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas, III: Fuentes y principios del derecho de aguas indiano*, en: Revista Chilena de Derecho, Vol. 19 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 331 y ss.

- ____ (1997). *La libre transferibilidad de los derechos de agua. El caso chileno*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 24 N° 2, pp. 369-395. Una versión resumida (conferencia): Perspectiva y prospectiva jurídica del mercado de derechos de aguas chileno, en "Derecho de Aguas. Las modificaciones legales pendientes", Actas del seminario, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1996.
- VERGARA DUPLAQUET, CIRO y otros (1960), *Comentarios al Código de Aguas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1960, Tomo I: 578 pp.; Tomo II: 518 pp.
- VERGARA DUPLAQUET, CIRO (1960, republicado en 1990). *Bases fundamentales doctrinarias del Código de Aguas*, en: Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I (1990), pp. 141-150. La versión original del mismo texto puede verse en: Vergara Duplaquet, Ciro y otros (1960), *Comentarios al Código de Aguas*, cit., Tomo I, pp. 3-56.

CONSTRUCCION DE OBRAS HIDROELECTRICAS Y DE RIEGO

INTRODUCCION

Dado que para el hombre el agua es un elemento inseparable de su propia subsistencia, su aprovechamiento ha jugado un papel capital a través de la historia de las civilizaciones. Son las cuencas de los ríos las que se han convertido en el eje del desarrollo urbano; a partir de su caudal se alimentan los sistemas de riego; o la fuerza de las aguas que arrastran se convierte en fuente de energía. Pero todos aquellos aprovechamientos relevantes del agua, salvo casos muy excepcionales, sólo son posibles a través de la realización de obras.

Así, estas *obras hidráulicas* consisten en construcciones que tienen por finalidad el aprovechamiento de las aguas; este aprovechamiento puede consistir en el uso doméstico y potable; en el riego; en la producción de energía eléctrica; en su utilización para el turismo, para la minería, para las industrias en general.

El presente capítulo tiene por finalidad exponer en forma sencilla y esquemática, desde el punto de vista jurídico, la actual situación de las obras hidráulicas en Chile. Especialmente, será expuesta la situación jurídica de las obras para generación de energía eléctrica y para riego. En primer lugar expondré brevemente las características geográficas de Chile, pues constituyen la causa de la necesidad o de la posibilidad de los diferentes tipos de obras hidráulicas; ofreceré, además, un breve excursu histórico de la construcción de obras hidráulicas en el país. En seguida, analizaré el actual régimen jurídico de la cons-

trucción de obras hidroeléctricas en Chile, ofreciendo algunos desarrollos sobre las características institucionales de la hidroelectricidad. Expondré también un esquema del actual régimen legal de la construcción y administración de obras de riego. Cierran el capítulo, las conclusiones de rigor.

I. ASPECTOS GEOGRAFICOS E HISTORICOS DE LAS OBRAS HIDRAULICAS

I. CARACTERÍSTICAS GEOGRÁFICAS DE CHILE

El agua se encuentra distribuida en forma dispar en el planeta y en sus respectivos continentes; Chile no escapa a esta regla general, y su desigual repartición es particularmente evidente. En muy pocos países del mundo los contrastes son tan pronunciados como en Chile. El país presenta zonas con grandes volúmenes de circulación de agua, y zonas donde escasea casi por completo. Los ríos son torrentosos y caudalosos en algunas zonas, y en otras son tranquilos o con gastos ínfimos. También hay zonas con alto potencial energético y otras con muy pocas posibilidades debido a los bajos caudales.¹

Chile, considerado en su parte americana (con exclusión de la isla de Pascua, la isla de Juan Fernández y el territorio antártico), es el país más largo y angosto del mundo. Sus extremos norte y sur distan alrededor de 4.300 km., en tanto su extensión este-oeste tiene un término medio de 177 km. El ancho máximo es de 360 km. (en la latitud de Mejillones), y el mínimo es de 90 km. (en la latitud de Illapel). El hecho de que el territorio del país sea tan largo en sentido longitudinal, y la presencia de la cordillera de los Andes con altitudes que superan los 6.000 m en su parte septentrional y con un promedio de 2.000 m en la región sur, hacen que haya una gran variedad de climas, los que condicionan el escurrimiento superficial, y junto a la topografía singular del país permiten la gran variedad hidrográfica señalada.²

¹Errázuriz, A., y otros (1992), pp. 119-125.

²Idem., p. 103.

En suma, simplificando las cosas, en la zona norte, la más cercana al Ecuador, impera sin restricción el desierto más absoluto; la lluvia es realmente escasa, no superando los 10 mm al año. En Chile central, prevalece un clima típicamente mediterráneo, con precipitaciones francas en el invierno y un prolongado período de sequía de verano, los ríos poseen escurrimientos permanentes y también se marcan los dos períodos de crecidas en relación con las lluvias de invierno y los deshielos de primavera y verano. Al sur, los ríos tienen caudales permanentes, regímenes pluviales y casi todos presentan escurrimiento regulado por los lagos que se intercalan en sus cabeceras.³

Estas características geográficas son especialmente relevantes, según el caso, respecto del riego, por un lado, y respecto de la generación de energía eléctrica, por otro.

2. NECESIDAD DE OBRAS DE RIEGO

Entonces, la peculiaridad del régimen climático del país hace indispensable la construcción de obras de riego. Pues para la agricultura es indispensable el agua junto al calor; pero en Chile, cuando hay agua (en invierno) no hay calor; y cuando hay calor (en verano y primavera) no hay agua.⁴ Esta es la razón por la cual en Chile, a lo largo de la historia, como en todas las civilizaciones que deben desarrollar su agricultura para alimentarse, se ha recurrido al riego artificial.

— La zona norte del país es, como ya se expuso, de clima sumamente seco, vegetación nula o casi nula y en donde la mayor parte de los ríos no alcanzan a llegar al mar debido a que se consumen en las arenas del desierto. Durante los meses de invierno el caudal de estos ríos aumenta a causa de lluvias y tempestades locales; ocurre esto en el litoral o cerca de éste, pero de manera más general y frecuente en la cordillera. Durante este período se presenta una abundancia que es menester aprovechar para los meses de verano, en los cua-

³ Niemeyer, H., y Cereceda, P. (1984), p. 21.

⁴ Matus, R., y otros (1985), p. 7.

les la escasez se convierte en absoluta insuficiencia para regar las superficies cultivadas.

Para ello es menester construir grandes embalses, enormes tranques destinados a guardar el exceso de agua del invierno para ir entregándola paulatinamente a medida que las necesidades agrícolas lo requieran. Los canales no tienen la misma utilidad que los embalses en esta zona, por su aridez.

– La zona central posee un clima muy diferente debido a que si bien se presentan también esos períodos de abundancia y escasez de aguas, como las lluvias son aquí más frecuentes y mayor la cantidad de nieve que el invierno deposita en la cordillera, durante el verano los ríos mantienen un caudal apreciable.

La construcción de las obras de riego en esta zona es una combinación de los sistemas de embalses, para el almacenamiento de las aguas, con las de canales para su distribución, aprovechando la continuidad de los caudales para llevarlas a lugares más apartados.

– Finalmente, la zona sur se caracteriza por la abundancia de lluvias y extrema humedad. En esta región el caudal de los ríos es abundante durante todos los meses del año, de manera que el problema del regadío de ella queda circunscrito al transporte del agua de esos ríos a las extensiones cultivadas.⁵

Estas son las necesidades; veremos ahora cómo se las ha enfrentado a través de la historia.

3. EXCURSO HISTÓRICO

Cuando en 1536 Diego de Almagro entra al actual territorio de Chile en su expedición descubridora, le llaman la atención los ingeniosos sistemas de riego preexistentes, de los cuales se van a servir los colonizadores para después perfeccionarlos y desarrollarlos.⁶ Los primeros pobladores españoles, obligados a vivir en el Valle Central del país, escapando por un lado de la aridez del Norte, y por otro de la guerra permanente impuesta por los

⁵ Cfr. el esquema de las tres zonas, que copio de: Montt (1939) p. 9.

⁶ Guarda (1991), p. 270. Greve (1938), I, pp. 440-447.

araucanos en el Sur, con admirable tenacidad, transformarán aquel vasto territorio en la zona más rica del país, a través de múltiples obras de regadío.⁷ Esta será una constante durante la Colonia, en que se construirían obras de regadío y canalización.

En el siglo pasado, se construyeron algunas obras importantes para el riego, como canales y embalses, gracias al empuje de algunos propietarios privados.⁸ El Estado no asumiría esta tarea como suya sino a partir de fines del siglo XIX, en que se inició la intervención del Estado en la construcción de tranques y canales, a través del Ministerio de Industrias y Obras Públicas, fundado en 1887. Salvo una obra específica en el Norte de Chile, sólo en 1914⁹ el Estado empezó a construir obras de regadío, al principio en forma irregular, sin una política al respecto y por situaciones muy concretas, como una sequía o el aumento de la cesantía.¹⁰ La tarea de cubrir las necesidades de riego del territorio nacional tuvo un impulso decisivo en 1928,¹¹ que consideró un plan extraordinario de obras públicas, destinadas a riego, como tranques, canales y regularización de cauces fluviales. Luego se dictó en 1928 una Ley General de regadío,¹² a través de la cual se regularon las relaciones entre el Estado y los particulares beneficiarios de las obras.

Durante el siglo XX se han construido diversas obras de riego, de distintas características, que han permitido el mejor aprovechamiento de las aguas para riego. Eso fue una tendencia hasta fines de los años 70; en los años siguientes se produjo una casi inactividad en obras de riego.¹³ Sólo a partir de fines de la década de los 80, esto es, hace algunos años, el Estado ha recommenzado su política de construir obras de riego.

No obstante que existen muchos casos de obras de riego construidas durante nuestra historia, su construcción no ha

⁷ Véase: Luz María Méndez, en Villalobos y otros (1990), pp. 42-44. Hidalgo (1985).

⁸ Véase: Parentini, Luis Carlos, en Villalobos y otros (1990), pp. 118-122.

⁹ Año en que se dictó la Ley N° 2.953, de 9 de diciembre, que autorizó la construcción de cuatro grandes canales: el Mauco, en Valparaíso; el Maule, en Talca; el Melado, en Linares; y el Laja.

¹⁰ Cfr.: Parentini, Luis Carlos, en Villalobos y otros (1990), p. 201.

¹¹ En que se dictó la Ley N° 4.303.

¹² Ley N° 4.445.

¹³ Matus, R., y otros (1985), p. 29. Peralta, F. (1988), p. 73.

sido una constante y se está muy lejos de cubrir las necesidades actuales. Por otro lado, existen ejemplos desalentadores, como un embalse en la zona norte del país, obra destinada a completar la regulación de la cuenca del río Limarí; su construcción por el Estado se decide en la década del 50, se termina en la década del setenta, seguida de otros diez años para su puesta en marcha.

Ultimamente, ya parece haber afinado una clara conciencia de la necesidad impostergable de ejecutar un plan sistemático de obras de regulación en las cuencas hidrográficas, para poner a disposición del país los recursos de aguas destinados a satisfacer las crecientes y diversas demandas de múltiple uso que impone su desarrollo económico y social.¹⁴ Pero este plan debe abarcar igualmente a las obras hidráulicas para producir energía eléctrica, a las que me refiero en seguida.

4. CONVENIENCIA DE LAS OBRAS HIDROELÉCTRICAS. BREVE EXCURSO HISTÓRICO

En Chile, al igual que en otros países, el aprovechamiento de las aguas para la producción de fuerza motriz se aplicó, al principio, exclusivamente en la industria molinera. Si bien, la energía producida por los molinos de agua no constituyó en Chile, como en Europa durante la Edad Media,¹⁵ una fuente de energía tan fundamental, a mediados del siglo pasado, los molinos movidos por la acción de las aguas eran numerosos en el país, a tal punto que la mayor parte de los fundos productores de trigo contaban con uno.¹⁶

El desuso de los molinos de agua fue definitivo, a partir de comienzos del siglo XX, con la utilización generalizada de la energía eléctrica; la que es generada, mayoritariamente, en la fuerza de las aguas. Son las centrales hidroeléctricas, entonces, las sucesoras de los antiguos molinos de agua.

¹⁴ Matus, R., y otros (1985), p. 29.

¹⁵ Gimpel (1975), p. 10.

¹⁶ Molinos ya existían desde la época colonial, cfr.: Guarda (1991), p. 286. A mediados del siglo pasado existían en Chile alrededor de 1.200 molinos de agua; cfr.: Morales (1942), p. 61.

Chile está muy dotado para la producción de energía hidroeléctrica. La hidroelectricidad es uno de los recursos energéticos más relevantes de la nación. Por la configuración del territorio los ríos chilenos son torrentosos, lo que les confiere un gran potencial hidroeléctrico, especialmente en aquellas zonas donde las precipitaciones son abundantes y bien repartidas durante el año. Más del 90% de la hidroelectricidad se produce en Chile en la zona sur, que es precisamente donde hay un menor aprovechamiento de la misma, por lo que debe invertirse además en obras de transporte de dicha energía hacia el centro y norte del país.¹⁷

La legislación del área ha tenido una evolución zigzagueante, pues partió siendo la hidroelectricidad una actividad exclusivamente privada; luego, paulatinamente, pasó a ser totalmente estatal; hoy en día, las obras hidroeléctricas constituyen una actividad totalmente desregulada, no estatal, y que se desarrolla en un 100% con capitales privados, lo que será abordado más adelante.

5. RESUMEN

El agua para *riego* ha sido desde tiempos remotos uno de los usos más vitales para el desarrollo de Chile. El hecho de tener en el norte una zona árida absolutamente y una semiárida, y que en la zona central las lluvias se repartan en forma desigual durante el año, hace indispensable la construcción de obras hidráulicas para el riego: sistemas de canales y embalses que permiten la acumulación del recurso para las épocas en que éste escasea.¹⁸ Esto hace necesario que se inviertan grandes sumas de dinero en obras de regulación y acondicionamiento de canalización, por los beneficios directos e indirectos, desde el punto de vista económico y social, que acarrearán.¹⁹

El agua para *energía eléctrica* es hoy en día fundamental para el desarrollo económico del país. Chile tiene un gran potencial

¹⁷ Errázuriz y otros (1992), p. 123.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Cfr.: Matus, R., y otros (1985) y Peralta (1988) y (1992).

para la generación de energía hidroeléctrica, la que es vital para el consumo interno, en especial para sustentar la gran producción industrial que implica su sostenido y deseable desarrollo económico; además, este potencial permitirá exportar esta energía a países vecinos. En este momento, la construcción de estas obras hidroeléctricas tiene un auge espectacular, gracias a políticas en que ha intervenido en ello, exclusivamente, sin regulación estatal y bajo las solas reglas del mercado, la actividad privada.

Los párrafos siguientes de este capítulo están destinados a dar a conocer el régimen jurídico vigente sobre la construcción y administración de las obras hidráulicas en Chile, ya sean destinadas al riego, ya sean destinadas a la generación de energía eléctrica. Si bien existen indudables interconexiones entre ambos tipos de obras hidráulicas, cada una de ellas tiene regímenes jurídicos diferentes, lo que es la consecuencia de que cada una de ellas está inserta en sectores bien determinados. Las obras hidroeléctricas dicen relación con el sector económico eléctrico. Las obras hidráulicas destinadas a riego dicen relación con el sector económico agrícola, fundamentalmente.

II. REGIMEN JURIDICO DE LAS OBRAS HIDROELECTRICAS

I. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL SECTOR ELÉCTRICO Y, EN ESPECIAL, DE LA GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

En el proceso que permite disponer de la electricidad como energía útil en los centros de consumo, se distinguen tres actividades: generación o producción, transmisión o transporte y distribución. Los sistemas eléctricos permiten ejecutar estas actividades en forma simultánea, asegurando el necesario ajuste instantáneo entre producción y consumo, simultaneidad esta que influye en las características de la regulación jurídica del uso de la energía eléctrica.

En palabras simples, las obras generadoras de energía eléctrica (llamadas centrales hidroeléctricas) son aquellas que aprovechan la fuerza del agua para tal fin. Por lo tanto, la generación

de electricidad es una actividad más del sector eléctrico, y que comparte sus características institucionales. Entre estas características, resalta una que es superlativa, y que se manifiesta claramente en la legislación, con diferentes matices: su característica de “servicio de extrema necesidad pública”,²⁰ o simplemente de servicio de utilidad pública.

La generación de energía eléctrica, por sus características y su importancia nacional, ha originado en la legislación una institucionalidad especial, y su explicación actual está directamente relacionada con las diferentes políticas económicas aplicadas al sector eléctrico en general.

A partir de 1980 se comenzó a aplicar una nueva política en el sector eléctrico,²¹ con el objetivo de revertir la situación anterior de preponderancia estatal, y de otorgarle una participación significativa a la iniciativa privada. El Estado, en su función subsidiaria, en todo caso mantendría su rol normativo y regulador.

Los objetivos de estas nuevas políticas estaban dirigidos a dotar de mayor eficiencia al sector eléctrico, y a dejar al mercado como herramienta de asignación de los recursos; esto fue aplicado plenamente en el caso de la generación y del transporte de la energía eléctrica; no obstante, en aquellos casos como la distribución, en que no podía operar completamente el mercado, se idearon modelos matemáticos.

Como ocurre en todo orden de materias en que es necesaria una importante inversión de capitales privados, fue objetivo de tal política económica, aún vigente en el sector, el crear una institucionalidad clara y objetiva.

En forma resumida, los objetivos de la ley eléctrica aprobada en 1982 son los siguientes:²²

²⁰ Instituto de Ingenieros (1936), p. 6.

²¹ Sobre la nueva institucionalidad eléctrica, véase, en general: S. Bernstein y R. Agurto. Sector electricidad, en: Larroulet, Cristián (ed.), *Soluciones privadas a problemas públicos* (Santiago, 1991); Daniel Wisecarver, “Regulación y desregulación en Chile: Septiembre de 1973 a septiembre de 1983”, en Estudios Públicos, Nº 22 (1986) pp. 145-150; las publicaciones de la Comisión Nacional de Energía, de 1989 y 1993, citadas; Büchi Buc, Hernán, *La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica* (Bogotá, Norma, 1993), p. 80.

²² Cfr. CNE (1989) p. 336. Además en Agurto, Bernstein, Mizgier y Valenzuela, Nueva Ley de servicios eléctricos en Chile, en: *Ingeniería de Sistemas*, vol. IV, Nº 2 (1985) pp.27-36.

a) En armonía con el sistema económico general, se deseaba *“establecer un conjunto de reglas del juego lo más claras y objetivas posibles, que constituyan el marco adecuado para la instalación y funcionamiento de las empresas eléctricas. Ello con el propósito de lograr un desarrollo eficiente y estable del sector e incentivar la participación del capital privado”*.

b) Además, otorgar al Estado los instrumentos de control, de regulación, normativas necesarias y suficientes para un funcionamiento racional del sector; y

c) Desburocratizar, *“eliminando controles y regulaciones excesivas que entraban innecesariamente el funcionamiento y desarrollo del sector”*.

¿Cómo se cumplieron estos objetivos? Se dictó el D.F.L. N° 1, de 1982.²³ Esta nueva ley eléctrica estableció una institucionalidad dirigida a fijar reglas claras, con el fin de permitir el libre acceso de los privados al negocio eléctrico, en especial a la generación de energía eléctrica.

2. SERVICIO PÚBLICO Y ELECTRICIDAD

En derecho, el servicio público es, antes que nada, una técnica de intervención. Por lo tanto, existiendo en la legislación, como veremos, una fórmula concesional, es inevitable una referencia a lo que sea el servicio público.

¿Cómo opera jurídicamente la *publicatio*?²⁴ A priori, debe aceptarse que no existen servicios públicos por naturaleza, es

²³ Este cuerpo legal, que “aprueba modificaciones al D.F.L. N° 4, de 1959, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica”, fue publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 1982.

²⁴ *Publicatio* podría ser sinónimo de lo que generalmente se señala como estatización de actividades, aunque, por lo que se dirá, ello no es enteramente exacto. Sobre el tema desarrollado en el párrafo, véase el ya clásico trabajo de José Luis Villar Palasí, *La intervención administrativa en la industria* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964); además, Mariano Baena del Alcázar, *Régimen jurídico de la intervención administrativa de la economía*, (Madrid, Tecnos, 1966), pp. 398; José Luis Villar Ezcurra, *Servicio Público, Técnicas de Conexión* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980) p. 334; Rodolfo Carlos Barra, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público”, en *La ley* (Buenos Aires) 1982, pp. 363-376.

decir, ninguna actividad humana es en sí misma pública o privada, salvo la actividad fundamental de ordenar la comunidad hacia el bien común.

Sin recurrir a antecedentes históricos²⁵ en nuestras sociedades, y en especial en la chilena, a partir de la primera mitad de este siglo se desplazaron sobre el Estado tareas y responsabilidades hasta entonces inexistentes, pues parecía difícil pensar que actividades como los grandes abastecimientos (como es el caso de la electricidad) pudiesen no estar asumidos y organizados bajo la dirección del Estado.

La consecuencia de todos estos cambios sociales fue la inevitable *publicatio* de muchas actividades, y entre éstas el “clásico” *servicio público de la electricidad*, lo que dio lugar a una tradicional y abundante regulación administrativa.

En todo caso, la determinación de cuándo una industria o empresa se encuentra o no afecta al interés público es una calificación siempre relativa y no puede ser hecha con carácter general.²⁶

A lo largo de la historia se ha reconocido la existencia de ciertas *actividades que tienen carácter público*, cualquiera que sea el sujeto o modo de gestión. Criterios concretos que puedan ayudar a esta calificación pueden ser los siguientes: *la condición de monopolio natural*, el carácter indispensable del bien o servicio, el reconocimiento o disfrute de ciertos *privilegios públicos* (por ejemplo, expropiación, servidumbres, utilización especial y privativa de las calles y vías públicas), el tratarse de actividades ofrecidas y abiertas al público de una manera oficial y formal, y, en fin, *la exigencia previa de un título administrativo específico, como, por ejemplo* (tal y como opera en el sector eléctrico), *la concesión*.²⁷ Criterios estos que, según veremos, de un modo u otro han aparecido en la legislación sectorial eléctrica desde sus inicios, y que persisten aún hoy en Chile, en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982, que es la actual ley eléctrica.

En suma, resulta obvio que la repercusión social de la actua-

²⁵ Cfr. Antecedentes en Villar Ezcurra, cit., pp. 40 y ss.

²⁶ Ariño Ortiz, Gaspar, “Propiedad, libertad y empresa”, en: Entrena Cuesta, Rafael, y otros, *La empresa en la Constitución española* (Pamplona, Editorial Aranzadi, 1989), p. 120.

²⁷ Cfr. Ariño Ortiz, cit., p. 121.

ción de una empresa eléctrica es muy superior que la actuación de otras empresas (como por ejemplo, una empresa de cosméticos); trátase la electricidad de una empresa o de una actividad sobre la cual descansa de un modo particular la vida social,²⁸ y es tal antecedente fundamental que posibilita la existencia de un marco de principios y reglas que guíe el actuar de las empresas eléctricas, y su relación con el Estado y con los usuarios.

Este antecedente fundamental, hoy en día, debe armonizarse con otro antecedente fundamental de la actual institucionalidad económica y jurídica chilena: la libertad de empresa y los derechos de los agentes económicos.

3. PUBLICATIO PARCIAL DEL SERVICIO ELÉCTRICO DE CHILE

Expuestas estas ideas generales sobre la materia, queda por responder: ¿cómo se produce hoy en Chile la publicatio en el sector eléctrico? En el sector económico eléctrico se distinguen por el legislador, tradicionalmente, tres subsectores: generación, transporte y distribución. En Chile, antiguamente, durante la vigencia de las leyes eléctricas históricas de 1925, 1931 y 1959, todos estos subsectores estaban publicados completamente, en el sentido que no podían llevarse adelante sin previa concesión, al igual que en otros países.²⁹ Esencialmente, un sector publicado no puede ser llevado adelante por un privado sin que previamente la administración haya manifestado su voluntad, en este caso a través de un acto concesional.

Pues bien, hoy en Chile sólo se encuentra publicada, y no en todos los supuestos, pero sí en su condición de servicio público, la distribución de energía eléctrica: sólo esta actividad

²⁸ Véase, por ejemplo, entre otros, Julio Doggenweiler F., *Importancia socio-económica de la energía eléctrica*, en: Asociación de Ingenieros de ENDESA: *La energía eléctrica en Chile. Algunos aspectos de la labor de la ENDESA* (Santiago 1976), quien dice que: "(la energía eléctrica es) un insumo en casi todos los procesos productivos tanto de bienes como de servicios" (p. 21).

²⁹ Por ejemplo, en España. Véase, Javier Salas Hernández, *Régimen Jurídico-administrativo de la energía eléctrica* (Bolonia, 1977), 502 pp; y, José Manuel Díaz Lema, *Sector energético: política y derecho* (Palma de Mallorca, 1984), 207 pp.

económica constituye un supuesto de servicio público, de acuerdo a la terminología legislativa. En cambio, la generación y el transporte de la energía eléctrica pueden ser llevados adelante sin previa concesión, cuya publicación, en el sentido de servicio público, ha desaparecido hoy en Chile.

Para llevar adelante la actividad económica de generación de energía eléctrica (que no ostenta en ningún supuesto la condición de servicio público), es facultativo el título concesional, y en los casos en que este título concesional opera, es sólo con el objetivo de reconocer privilegios de utilización del suelo público y privado a favor del concesionario; privilegios estos que encuentran su fundamento constitucional en la propia Constitución, pues ambos se tratan de actividades de utilidad pública.

La generación de energía eléctrica, entonces, puede llevarse adelante sin previa concesión; *está*, en palabras de economistas *"desregulada"*; pero no totalmente, pues se mantiene bajo ciertas obligaciones de explotación.

Ahora ¿qué diferencia existe entre un privado que genera energía eléctrica sin concesión y otro que lo hace con concesión? Existen diferencias bien marcadas, sobre todo en lo que a la ocupación del suelo público y privado se refiere.

La generación de energía eléctrica, sin concesión, no recibe los beneficios de la utilidad pública que arrastra el título concesional. Así, debe obtener "permisos" para usar y cruzar bienes nacionales de uso público; y en cuanto a los terrenos privados, debe constituir las servidumbres convencionalmente.

En cambio, la generación de energía eléctrica puede ser objeto de concesión *"cuando el interesado así lo desee"* (art. 4º inciso 3º D.F.L. N°1, de 1982), y en ese caso lo beneficia todo el *plus* que viste a la concesión respectiva. Así, en relación a la ocupación del suelo, la concesión provisional, otorga derecho a practicar en suelo privado y público mediciones y estudios (art. 21); y la concesión definitiva, cuando se trata de bienes de estatuto privado, otorga y constituye servidumbres (arts. 14 y 50); y, cuando se trata de bienes públicos, crea el derecho a ocuparlos (arts. 18 d), 24 e) y 28 inciso 2º) y a atravesarlos (art. 54), sin necesidad de ningún otro permiso ni intervención de otra autoridad.

4. LA CONCESIÓN ELÉCTRICA ESTÁ DIRIGIDA A AMPLIAR LA ESFERA JURÍDICA DE LOS PRIVADOS QUE LA OBTENGAN

La concesión es una de varias figuras del acto administrativo, y ello es así, pues si se entiende por acto administrativo un acto de un poder público sujeto al derecho administrativo, de carácter unilateral y no normativo,³⁰ analizando la declaración que contiene toda concesión se llega fácilmente a dicha conclusión.

¿Qué tipo de acto administrativo es la concesión? La concesión, y en especial, la concesión eléctrica, como demostraré, es de aquellos actos que amplían los derechos del administrado, pues la palabra misma -concesión- indica que el Estado a través de la Administración entrega alguna facultad o derecho, poder en fin,³¹ al interesado. Por lo tanto, el concesionario, en su virtud, siempre adquiere un derecho, *ex novo*, el que antes no formaba parte de su patrimonio.

El *Diccionario de la Lengua Española* define "concesión", desde el punto de vista técnico-jurídico, así: "*Otorgamiento gubernativo a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, según acontece en minas, aguas o montes, bien para construir o explotar obras públicas, o bien para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la administración general o local*", lo que es concordante con la regulación jurídica de tal instituto.

De este modo, surge aquí la justificación del uso de esta técnica en la legislación eléctrica chilena, que no es sino un modo más del sistema general de las intervenciones administrativas sobre las situaciones jurídicas privadas.³²

Las medidas de intervención en las actividades privadas por la Administración pueden alcanzar grados muy intensos mediante esta técnica específica: como ocurre, por ejemplo, en algunos supuestos de servicio público, en especial, en la distribución de

³⁰ Cfr. González Navarro, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, (Pamplona, Eunsu, 1993), 2, p. 96.

³¹ García Trevijano, J. A., *Los actos administrativos*, (Madrid, Editorial Civitas, 1986), pp. 232 y ss.

³² García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Editorial Civitas, 1981) 2, p.131.

energía eléctrica a usuarios finales (art. 7º D.F.L. Nº 1, de 1982), determina la eliminación total de las titularidades privadas previas en el sector de que se trate y su traslado a la titularidad pública, desde la cual se dispensan posibilidades parciales de ejercicio a los particulares mediante la fórmula concesional.

En el caso del servicio público de distribución eléctrica, está en principio vedada para la actividad privada, pero a través de la técnica concesional se dispensan posibilidades de ejecución privada de tal servicio público, y para facilitar el servicio que presta el privado, se otorgan privilegios para la utilización del suelo público y privado con el fin de situar sus instalaciones respectivas. Juega, entonces, la concesión un doble papel.

En cambio, en el caso de la generación, que es el sector que aquí interesa, es diferente, pues la concesión juega sólo uno de esos papeles: facilitar el servicio que desea prestar el privado, otorgándole los mismos privilegios que para la utilización del suelo público y privado se ha instrumentado a favor del servicio público de distribución de energía eléctrica.

Para que la Administración pueda disponer de estos poderes configuradores de derechos privados, ha de apoyarse en una titularidad previa de intervención sobre un sector, como es el caso de la distribución de energía eléctrica a usuarios finales, en que existe previamente una publicación parcial de las posibilidades privadas.

Y desde dicha titularidad se funda un régimen concesional para la actuación privada en este sector: la concesión eléctrica, que tiene por vocación crear derechos de distribución de energía eléctrica, para todos los supuestos de servicio público; y crear derecho de imponer cargas reales en el caso de la generación de energía eléctrica, para aquellos casos en que el privado desee acogerse al régimen concesional.

5. RÉGIMEN DE LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE GENERACIÓN ELÉCTRICA

De acuerdo a lo señalado con anterioridad, el planeamiento de una nueva obra hidráulica, dirigida a generar energía eléctrica,

lo pueden efectuar libremente los particulares, y cuando lo deseen pueden optar por una concesión. No obstante, es necesario tener presente algunas otras consideraciones.

a) En primer lugar, para operar tal obra hidroeléctrica será necesario ser titular de unos derechos de aguas; de una titularidad jurídica que habilite para el aprovechamiento de las aguas para tales fines.

En Chile, los derechos de aprovechamiento de aguas, entre otras características, pueden ser consuntivos o no consuntivos. Es derecho de aprovechamiento consuntivo aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad (art. 13 Código de Aguas). Es derecho de aprovechamiento no consuntivo aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho. En este último caso, la restitución de las aguas se debe hacer siempre en forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades (art. 14 Código de Aguas).

Si bien una central hidroeléctrica puede operar con unos derechos de aprovechamiento no consuntivos, cuando regule el cauce para una operación más rentable desde el punto de vista económico, inevitablemente entrará en conflictos con aquellos titulares de derechos consuntivos que riegan con las mismas aguas en la parte más baja del río respectivo. Conflictos de esta índole hay varios en la actualidad en Chile, y la oposición a la construcción de estas obras hidráulicas puede comenzar, incluso, desde el momento en que se solicitan estos derechos para una futura central. Aspecto este que debe tenerse en especial consideración al iniciar las tramitaciones respectivas. Es ésta, entonces, una primera limitación a la construcción de centrales: que no deberán afectar en su funcionamiento a los titulares de derechos de agua para riego, u otros anteriores.

b) En segundo lugar, existen otras regulaciones, que dicen relación con la seguridad de las obras, que no afectarán a terceros, por lo que el proyecto de construcción debe ser aprobado por un organismo técnico (por la Dirección General de Aguas), como asimismo le corresponde la supervisión de las obras. Ade-

más, deben constituirse garantías suficientes para su eventual modificación o demolición, para que no constituyan peligro, si fueren abandonadas las obras durante su construcción (arts. 294 a 297 y 299 letra c) Código de Aguas).

c) En tercer lugar, como es normal, existen las regulaciones medioambientales, por lo que será necesaria la aprobación del proyecto desde ese punto de vista, aspectos estos que no detallo ahora, por exceder el marco de esta exposición.³³

Todos estos aspectos, especialmente este último, hoy en día originan conflictos. En cuanto a la coordinación de usos múltiples de un cauce de aguas, la legislación vigente ha demostrado falencias,³⁴ lo que ha afectado los proyectos privados actuales, llenándolos de conflictividad.

d) En fin, a diferencia de otros ordenamientos,³⁵ en Chile no existe planificación hidrológica con carácter obligatorio, sino es meramente indicativa, y los particulares podrán tomar su decisión libremente en cuanto a la construcción de obras hidráulicas destinadas a la generación eléctrica.

III. REGIMEN JURIDICO DE LAS OBRAS PARA RIEGO

1. ASPECTOS GENERALES

Cualquier plan de acción en materia de riego debe tomar como información básica un balance de suelos y aguas que permita establecer para cada una de las cuencas hidrográficas, la clasificación de suelos agrícolas regables y no regables, el potencial productivo en riego y secano para cada clase de suelo y la situación actual de aquéllos, con relación a su disponibilidad de aguas de riego. Los recursos hídricos de la cuenca debida-

³³ Véase Ley N° 19.300, "Ley de Bases del Medio Ambiente", publicada en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1994, en especial art. 10 letra a. Igualmente, véase el Decreto Supremo N° 30, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, que aprueba el "Reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental", publicado en el Diario Oficial de 3 de abril de 1997; en especial, su artículo 3° letra a.

³⁴ Véanse muy bien expuestos dos casos actuales en: Bauer (1993).

³⁵ Véase: Embid (1991), p. 207. Baltanás (1993), p. 232.

mente evaluados y las posibilidades técnicas y económicas de su regulación, enmarcan a su vez el volumen de agua aprovechable para distintos niveles de desarrollo del recurso.

Objetivos todos estos que deben cumplirse mediante una planificación adecuada del riego de cada cuenca. El objetivo final de un plan de riego debe considerar la incorporación al riego de la totalidad de los suelos económicamente aptos disponibles en el país. Se deben incluir todas las acciones necesarias, tanto para la construcción de las obras de infraestructura hidráulica, como las destinadas a la puesta en riego de cada predio.³⁶

La actual situación en Chile es la siguiente.³⁷

- La superficie de suelos regables en el país se estima en 2.500.000 Há., de las cuales, 1.170.000 Há. disponen de una seguridad de riego adecuada (85%).

- El país tiene además 800.000 Há. que cuentan con canales de riego, pero el abastecimiento de aguas es eventual o inseguro, no pudiendo, por esto, destinarse a cultivos intensivos. Las 530.000 Há. restantes hasta completar los 2,5 millones de Há. constituyen suelos de secano.

- En consecuencia, la meta actual del país es el mejoramiento de riego de 800 mil Há. y el riego nuevo de 530 mil Há., lo que hacen un total de 1.330.000 Há. que requieren obras de regadío.

¿Cómo es posible lograr la construcción de obras de riego que posibiliten la utilización intensiva de todo ese suelo? Existen razones poderosas para pensar que ningún país puede privarse de una política de riego, la que debe configurarse de acuerdo a su idiosincrasia, de acuerdo a su coyuntura política,³⁸ sus economías, a sus grados de desarrollo, y a sus realidades hidrológicas. No obstante, existen algunos puntos comunes.³⁹

- la política de riego ha de ser estable en el tiempo, con programas a mediano y largo plazo;

³⁶ Matus, R., y otros (1985), pp. 15-16.

³⁷ Véase: Matus, R., y otros (1985), p. 17. Peralta (1988), p. 79.

³⁸ Martín-Retortillo (1966 A), p. 21.

³⁹ Peralta (1988), p. 35.

– exige una intervención del Estado para la creación y mantención de la infraestructura básica de riego, sobre todo en el caso de las obras mayores, por tratarse de obras de interés general, tal como ocurre en otras áreas, como la educación, la salud; y

– debe existir una acción concertada de los sectores público y privado, con la finalidad de conseguir objetivos comunes, aunque formalmente cada esfuerzo sea diferente.

Materias estas sobre las cuales no existe desarrollado un plan de acción sistemático en nuestro país, tanto es así, que recién hace pocos años se ha reiniciado un plan concreto en este sentido, después de más de una década de un absoluto abandono del tema, sobre todo por el sector público; y consecuentemente por el sector privado, al carecer de incentivos de toda índole.

En Chile se pensó durante mucho tiempo que la carencia de inversión en obras de riego se debió a una legislación que no protegía debidamente las titularidades de los agricultores sobre sus aguas, y que con la aplicación de una legislación protectora de tales derechos, los particulares invertirían en obras de riego.⁴⁰ Ello no es válido sino sólo en una pequeña medida, y en lo que dice relación a pequeñas obras de riego, sobre todo de canalización. Al parecer, sin una intervención decisiva del Estado, a través de subsidios o incentivos, es muy difícil lograr que los particulares inviertan en obras cuyos beneficios exceden su interés. Son entonces los beneficios indirectos que provienen de este tipo de obras los que justifican esta acción del Estado.⁴¹ Incluso, en casos en que evidentemente está vinculada una obra al interés general, el Estado debiera asumir por sí sólo la construcción de la obra.

Sobre estos aspectos, poco a poco, ha habido una toma de conciencia en Chile. Así, a pesar de la aplicación de una economía de tipo liberal, que por principio deja a los particulares la iniciativa de este tipo de acciones que les benefician, en virtud de estos beneficios indirectos y generales de las obras de riego,

⁴⁰ Véase: Bauer (1993), p. 22.

⁴¹ Véanse: Matus, R., y otros (1985), p. 7; Peralta (1988), p. 93 y (1992), p. 52.

por aplicación de las excepciones del principio de subsidiariedad, el Estado, poco a poco, a través de regímenes especiales ha incentivado y subsidiado este tipo de obras. Quizás no ha tenido la aplicación concreta esperada, pero existe un régimen jurídico al cual acogerse.

Para exponer, entonces, el régimen jurídico de las obras hidráulicas destinadas a riego, distinguiré su régimen de acuerdo a las modalidades de su financiamiento.

De acuerdo a lo señalado con anterioridad, el origen del financiamiento de las obras de riego depende de las coyunturas de cada país. En este aspecto, en la actual legislación chilena son distinguibles tres situaciones:

- obras financiadas directamente por los particulares;
- obras financiadas parcialmente por los particulares, con un subsidio estatal; y
- obras financiadas íntegramente por el fisco, con reembolso posterior de los particulares.

2. OBRAS FINANCIADAS DIRECTAMENTE POR LOS PARTICULARES

Es normal que los particulares financien las obras menores que les permiten aprovechar efectivamente sus derechos de aguas. Trátase de aquellas obras que se relacionan más directamente con el aprovechamiento del agua una vez que sale del río o canal,⁴² como son: bocatomas de derivación, canales y sus obras de arte, como sifones, canoas, alcantarillas; regulación predial, incluyendo tranques nocturnos; sistemas de aplicación predial, tales como riego por surcos, platabandas, curvas de nivel, terrazas, sifones, goteo, aspersión; canalización y evacuación de derrames de riego, y otras. Difícilmente los particulares financian obras medianas o mayores.

Este tema que pareciera sencillo, no es así desde el punto de vista legislativo. No obstante, no basta con establecer, como es normal en todos los ordenamiento jurídicos del agua, la facultad que tienen los particulares para construir efectivamen-

⁴² Enumero las que señala como obras menores Peralta (1988), p. 55.

te estas obras. Así, por ejemplo, el art. 9º del Código de Aguas señala que “el que goza de un derecho de aprovechamiento (de aguas) puede hacer, a su costa, las obras indispensables para ejercitarlo”, pudiendo, en seguida, imponer la correspondiente servidumbre de acueducto, en su caso, para conducir las aguas, mediante las obras necesarias, por los predios ajenos (artículos 76 y siguientes del Código de Aguas).

La simple consagración de esta facultad, sin más, no producirá ninguna modernización tecnológica en el riego; no producirá un mejor aprovechamiento del agua existente; no producirá, en fin, otros objetivos económicos deseables, y a los cuales debe tender la legislación, dirigidos todos a un mejor aprovechamiento del recurso. Es necesario, además, que el conjunto de la legislación y la acción estatal ofrezcan ciertas condiciones,⁴³ como pueden ser las siguientes:

– En primer lugar, reglas jurídicas claras en cuanto a las titularidades de aguas. Como se dijo más arriba, la necesidad de incentivar la inversión privada es uno de los argumentos que se han esgrimido en los últimos años para el fortalecimiento de las titularidades de agua, pues es muy difícil que un inversionista se interese en invertir en obras de riego, si no cuenta con la seguridad jurídica suficiente en cuanto a la claridad y a la intangibilidad de su título de aguas, mediante registros y recursos jurisdiccionales adecuados.

En todo caso, este ambiente jurídico de seguridad no es sólo específico; debe ser un ambiente general de seguridad jurídico-económica. Indudablemente, incide en él todo el estatuto garantístico que se establezca en un ordenamiento jurídico determinado; es lo que se ha llamado el Orden Público Económico, que se refleja en todas las titularidades jurídicas.

– En segundo lugar, un conocimiento público y técnico del recurso agua. Este es un tema en el que deben participar el sector privado y sobre todo el sector público, a través de sus organismos especializados. Es una tarea o cometido estatal de gran trascendencia el estudio hidrológico; pues no basta que un país sepa que tiene un enorme potencial de aprovechamiento de

⁴³ Peralta (1992), p. 47. Véase la constatación de Bauer (1993), p. 22.

las aguas para riego; se debe contar con una información de base, de tipo estadístico, sobre la existencia de los recursos de agua y su empleo. Sin una acabada información al respecto no es posible esperar inversiones en obras de riego por los privados (vid. capítulo 10, *in fine*, sobre el Catastro Público de Aguas).

– En tercer lugar, un correcto funcionamiento de la administración de las aguas. La administración del recurso es muy importante, pues del correcto funcionamiento de las instituciones, públicas y privadas, depende que los derechos específicos, ligados a un curso de aguas o a un embalse, puedan llegar eficaz y efectivamente donde cada usuario los necesite. En Chile la distribución de las aguas se realiza en forma absolutamente descentralizada por las organizaciones de usuarios. Se produce a este respecto un claro ejemplo de descentralización funcional. Entonces, es muy importante que estas organizaciones de usuarios funcionen eficazmente, y coordinen a los diferentes usuarios de aguas, y distribuyan adecuadamente este recurso.

– en cuarto lugar, políticas claras en cuanto a la conservación de la cantidad y de la calidad de las aguas. En fin, el tema de la calidad de las aguas es cada vez más importante, por la degradación creciente de todos nuestros ríos, y sobre lo cual se debe avanzar aceleradamente. No es posible esperar mayores y mejores inversiones en obras de riego si el producto que se consigue no tendrá la calidad suficiente a consecuencias de la contaminación. También es relevante el tema de la cantidad de aguas, ligado a la conservación del recurso y a un manejo adecuado de las cuencas.

Todos estos aspectos inciden directamente en cualquier inversión que los particulares deseen efectuar en materia de obras de riego.

3. OBRAS FINANCIADAS PARCIALMENTE POR LOS PARTICULARES, CON UN SUBSIDIO ESTATAL (LEY N° 18.450, DE 1985)

En el caso que la inversión privada no se produzca en la medida necesaria para el interés directo e indirecto del riego, el Estado puede asumir una actitud incentivadora, mediante la institución jurídica de los subsidios. Al parecer, aun cuando

exista una gran seguridad jurídica de los títulos de agua, un gran conocimiento del recurso, una buena administración y distribución del agua, y en cantidad y calidad deseable, no siempre los particulares están suficientemente incentivados en invertir en obras de riego, o en modernizar las existentes. Y en virtud de los beneficios indirectos que se producen al construir o mejorar las obras de riego, el Estado ha venido asumiendo una política de incentivos a través de la Ley N° 18.450, de 1985.

A partir de 1985, en Chile se ha aplicado esta ley específica,⁴⁴ que ha tenido por objetivo incrementar la acción privada mediante un subsidio a las obras de riego medianas y pequeñas. De acuerdo a esta ley, el Estado bonifica hasta un 75% el costo de la construcción y de reparación de obras de riego y de drenaje destinadas a mejorar o ampliar la superficie de riego del país. Sus principales aspectos son los siguientes:

– *Bonificación.* De acuerdo a los términos de la ley, el Estado bonifica hasta un 75% el costo de construcción y reparación de obras de riego o drenaje y las inversiones en equipos y elementos de riego mecánico, siempre que se ejecuten para incrementar el área de riego, mejorar el abastecimiento de agua en superficies regadas en forma deficitaria, mejorar la eficiencia de la aplicación de agua de riego o habilitar suelos agrícolas de mal drenaje;⁴⁵ y en general de toda obra de puesta en riego, habilitación y conexión.

– *Beneficiarios.* Pueden acogerse a los beneficios de la ley las personas naturales o jurídicas propietarias, usufructuarias o poseedores inscritos o meros tenedores de predios agrícolas, por las obras o inversiones que ejecuten en beneficio directo de sus respectivos predios; y las organizaciones de usuarios definidas en el Código de Aguas, por las obras o inversiones que ejecuten en el sistema de riego o de drenaje sometido a su jurisdicción.⁴⁶

⁴⁴ Ley N° 18.450, que *aprueba normas para el fomento de la inversión privada en obras de riego y drenaje*, D. Of. de 30 de octubre de 1985. Modificada en variados aspectos por la Ley N° 19.316, D. Of. de 29 de agosto de 1994. Véase su reglamento en Decreto Supremo N° 173, D. Of. de 4 de febrero de 1986.

⁴⁵ Art. 1° Ley N° 18.450. El art. 1° del reglamento define lo que se debe entender, entre otros conceptos, por obras de riego; obras de drenaje; equipo y elemento de riego mecánico, y otros.

⁴⁶ Art. 2° Ley N° 18.450.

– *Concurso.* Al subsidio se postula sólo por medio de un concurso nacional de méritos. La selección de los proyectos concursantes se hace determinando para cada uno de ellos un puntaje que define el orden de prioridad. Para dicho puntaje se tiene en cuenta la ponderación de los siguientes factores:⁴⁷

a) Porcentaje del costo de ejecución del proyecto que será de cargo del interesado.

b) Superficie de nuevo riego que incorpora el proyecto o su equivalente cuando el proyecto consulte mejoramiento de la seguridad de riego.

c) Superficie de suelos improductivos por su mal drenaje que incorpora el proyecto a un uso agrícola, sin restricciones de drenaje, o su equivalente cuando sólo se trata de un mejoramiento de la capacidad de uso de ellos;

d) Costo total de ejecución del proyecto por hectárea beneficiada; y

e) Incremento de la potencialidad de los suelos que se regarán o drenarán, según la comuna en que se encuentren ubicados”.

– *Pago y condición jurídica de la bonificación.* En caso de aprobarse el proyecto, la bonificación correspondiente se paga sólo una vez que las obras estén totalmente ejecutadas y recibidas. La Administración debe pronunciarse sobre la recepción de las obras en un plazo perentorio de 90 días hábiles, a contar desde la fecha en que el interesado comunique por escrito haber concluido la ejecución de las mismas. Para evitar la inactividad de la Administración, se establece la figura del silencio positivo, pues si aquélla no se pronuncia o no formula reparos dentro de ese lapso, las obras se tienen por aprobadas.⁴⁸

Además, para facilitar el acceso al crédito por los beneficiarios, éstos pueden ceder o constituir garantías sobre el derecho a percibir la misma, mediante el endoso del certificado respectivo, en que conste la adjudicación.⁴⁹

Este cuerpo legal es de gran importancia, porque liga la iniciativa privada con el financiamiento estatal para la ejecución de obras menores. Estos subsidios cumplen el objetivo de incentivar a los privados a modernizar sus procesos producti-

⁴⁷ Art. 4º Ley N° 18.450.

⁴⁸ Art. 7º Ley N° 18.450.

⁴⁹ Art. 9º Ley N° 18.450.

vos. Si bien la ley ha cubierto algunas necesidades urgentes en Chile, su resultado ha sido algo escaso, pues no ha significado una inversión mayor a los 10 ó 15 millones de dólares al año,⁵⁰ y ha sido muy selectiva, y sin tener la generalidad deseada. En todo caso, de principio es valiosa la existencia de esta ley, pues al mismo tiempo demuestra un cambio de política en Chile, ya que durante algún tiempo se pensó —aplicando principios económicos liberales estrictos— que no era un rol que le correspondiese al Estado.

4. OBRAS FINANCIADAS ÍNTEGRAMENTE POR EL FISCO, CON REEMBOLSO POSTERIOR DE LOS PARTICULARES

Otra forma de inversión estatal en obras de riego es aquella que se produce en forma directa, a través de fondos fiscales no sujetos a devolución alguna por los particulares. Esta actitud estatal hoy en día está absolutamente inhibida por la legislación vigente. El Estado hoy no puede tener la iniciativa para el proyecto y construcción de obras de riego, en este caso, mayores (como embalses y grandes canalizaciones); es la política legislativa actualmente vigente. Sólo puede actuar bajo determinadas circunstancias muy difíciles que se den en la práctica, o bien en contadas ocasiones por iniciativa presidencial, y con un lento trámite de consultas y negociaciones para comprometer la participación de los beneficiarios.⁵¹ Obviamente es esta una clara limitación, porque en virtud del sistema de financiamiento que expondré enseguida, existen otras obras de interés general que no se llevarán a cabo.

Esta forma de inversión estatal está regulada hoy en día por una ley específica,⁵² a la cual se deberán someter todas las obras de riego que se ejecuten con fondos fiscales, obras que deberán

⁵⁰ Peralta (1992), p. 51.

⁵¹ Cfr. la crítica: Peralta (1988), p. 78.

⁵² Trátase del Decreto con Fuerza de Ley N° 1.123, *que establece normas sobre ejecución de obras de riego por el Estado*, D. Of. 21 de diciembre de 1981. Véase su reglamento en el Decreto Supremo N° 6, de 1991, D. Of. de 16 de septiembre del mismo año.

haber sido previamente evaluadas y aprobadas por un organismo técnico (Comisión Nacional de Riego). El proceso tiene varias etapas que expondré brevemente a continuación

– *El anteproyecto de obra de riego y su aprobación.* La primera actitud estatal es la realización de un anteproyecto de la obra que se desee ejecutar, determinando el costo aproximado de ella, incluyendo el de los canales derivados. Terminado el anteproyecto, se debe citar por avisos a los interesados, para que presenten observaciones o aprueben este anteproyecto.

Sólo se podrá pasar a la fase siguiente de la realización del proyecto cuando concurren estas dos condiciones:

1º si los interesados que representen a lo menos el 33% de los nuevos terrenos por regar o el 33% de los derechos de aprovechamiento cuando se trate de obras de uso múltiple, manifiesten por escrito que aceptan el anteproyecto;

2º cuando el precio de los terrenos más el costo de las obras por construir no sea superior al valor comercial de terrenos regados similares de la misma región.

Existe una excepción, en donde se manifiesta el interés público: el Presidente de la República, por decreto fundado, podrá ordenar la confección del proyecto definitivo y la ejecución de las obras aun cuando no se reúnan los requisitos anteriores, si razones de interés público así lo aconsejan. El exceso sobre el valor comercial, en el segundo caso, será de cargo del fisco.

De acuerdo al Reglamento, podrá entenderse que existen razones de interés público en los siguientes casos:

1º Cuando la confección del proyecto definitivo y la ejecución de las obras es aconsejable por razones sociales, o si las obras beneficiarán a zonas geográficas económicamente deprimidas;

2º Cuando la ejecución de las obras es aconsejable por razones de fomento de la producción; y

3º Cuando las obras tengan por objeto regularizar el régimen de una corriente natural de uso público o parte de ella.

– *Derechos de aguas nuevos, y derechos de terceros.* Una vez aceptado el proyecto, la Dirección de Obras Hidráulicas⁵³ deberá

⁵³ La antigua Dirección de Riego se denomina ahora Dirección de Obras Hidráulicas; vid. Ley N° 19.525, D. Of. de 10 de noviembre de 1997.

solicitar a la Dirección General de Aguas el otorgamiento de los correspondientes derechos de aprovechamiento de agua, permanentes o eventuales, que requieran las obras.

En cuanto a los derechos de aprovechamiento de agua en uso, permanentes o eventuales, que tengan obras construidas, no serán afectados y quedarán eximidos de todo gravamen que provenga de la construcción de las obras que se ejecuten, sin perjuicio de pagar lo que les corresponda por los nuevos derechos que suscriban.

– *El proyecto de obra de riego y su aprobación.* Una vez terminado el estudio definitivo del proyecto, la Dirección de Obras Hidráulicas lo someterá a consideración de los interesados, y sólo se podrá incluir el proyecto en los programas de construcción cuando hubiere interesados que representen a lo menos el 50% de las nuevas disponibilidades de agua, que acepten la ejecución de las obras y se comprometan a reembolsar su costo en la forma y condiciones que establece el reglamento de la ley.

– *Reembolso del costo de las obras.* Una vez realizada la obra, la Administración fijará la zona beneficiada, la capacidad efectiva de la obra y los derechos que les corresponden a los usuarios. Asimismo se fijará el monto de la deuda que cada usuario deberá reembolsar al fisco. El servicio de la deuda, de acuerdo a la actual reglamentación, no podrá exceder de cincuenta años y contemplará una tasa de descuento por pago anticipado. Tendrá igualmente un período de gracia y un interés que serán determinados por la Administración.

– *Explotación provisional por el Estado.* Terminadas las obras, y mientras no sean transferidas a los usuarios según se dirá más adelante, el Estado asumirá la administración de las obras, por un plazo máximo de cuatro años. En este caso, el costo de la explotación será de cargo de los usuarios, quienes deberán pagar una cuota anual.

– *Organización de usuarios y propiedad de las obras.* De acuerdo al esquema fijado por la legislación vigente, los usuarios beneficiados por estas obras de riego financiadas por el Estado deberán organizarse obligatoriamente en Junta de Vigilancia, cuando las obras que construya el Estado tengan por objeto regularizar el régimen de una corriente natural de uso público, o de parte de ella.

Durante el período de administración provisional por el Estado, las decisiones se tomarán de común acuerdo con la respectiva organización de usuarios.

Pero lo realmente relevante dice relación con la propiedad de las obras, pues de acuerdo a la ley, la Administración, junto con fijar el costo de las obras, dispondrá que el dominio de las mismas y los terrenos que ellas ocupen sean transferidos a las juntas de vigilancia, asociaciones de canalistas, o a falta de ellas a los usuarios. En este caso, la explotación y administración de las obras corresponderá a los usuarios, de acuerdo a las normas de seguridad y conservación que establezca la Administración.

No obstante lo anterior, por razones de interés público, el Presidente de la República podrá disponer que el Estado conserve en su patrimonio las obras, y continúe con su administración o explotación. En este caso, los beneficiados con las obras estarán obligados a pagar una cuota anual, por concepto de uso de ellas y de gastos de explotación.

IV. CONCLUSIONES

a) En cuanto a obras hidráulicas para generar energía eléctrica

1º Las obras hidráulicas destinadas a producir energía eléctrica tienen en Chile un régimen especial, inserto dentro de la institucionalidad eléctrica, con evidentes conexiones con la institucionalidad específica de aguas. Por aplicación de una política de libre decisión por los particulares, su construcción no se debe acoger obligatoriamente a ninguna planificación estatal; las planificaciones que existen sólo tienen título indicativo para los particulares, y no obligatorio.

2º Para llevar adelante el proyecto respectivo es necesario contar con las titularidades necesarias para aprovechar las aguas; como para ocupar el suelo, por la vía de la compra o de servidumbres voluntarias, con el objetivo de inundarlo, o construir edificios o caminos. Para los solos efectos de beneficiarse de estas cargas reales para ocupar el suelo, el particular interesado puede obtener el título concesional, que conlleva las cargas reales, no originándose ninguna relación con la Administra-

ción. Además, como se dijo, deben obtenerse las autorizaciones normales sobre la seguridad de la obra, y relativas a normas medioambientales.

3º En suma, la construcción de estas grandes obras hidroeléctricas ha sido entregada enteramente a decisión de los particulares, lo que en los últimos años ha significado un gran desarrollo del sector, y unas grandes inversiones en el mismo. Al Estado le cabe un papel regulador sólo en el área de la distribución domiciliaria de la energía eléctrica; y la generación de la misma, y por lo tanto la construcción de las obras hidráulicas para tal fin, les corresponde sólo a los particulares. Incluso, por limitaciones impuestas a nivel constitucional, por aplicación del principio de la subsidiariedad, para que el Estado asuma una actividad como la señalada necesita una ley de quórum calificado.

b) En cuanto a obras hidráulicas para riego

1º La inversión privada en obras de riego difícilmente se concretará si no se cumplen en el ordenamiento jurídico y en las políticas aplicadas por la Administración las siguientes condiciones: debe existir claridad, seguridad e intangibilidad en las titularidades de aguas; debe existir un grado de conocimiento adecuado del recurso agua; debe existir una regulación clara de las organizaciones de usuarios; y, en fin, deben existir políticas claras de manejo de cuencas en cuanto a la calidad y cantidad de las aguas.

2º Existe una regulación legislativa específica para que el Estado incentive a los privados a invertir en la ejecución de obras de riego, con el fin de mejorar o ampliar la superficie regada, a través de subsidios que cubren hasta un 75% del costo total de la obra.

3º Existe una regulación legislativa específica para la ejecución de obras de riego por el Estado, la que implica el acuerdo de los beneficiados y el pago por parte de éstos del costo de la obra, que les será transferida en propiedad y para su administración a través de una organización de usuarios. Sólo excepcionalmente el Estado cubrirá parte del costo, cuando existan

razones de interés público. Asimismo, por las mismas razones, en algunos casos el Estado podría dejar la obra en su patrimonio y bajo su Administración.

4º No existe regulación específica, ni políticas, para el proyecto y construcción de obras por el Estado, que queden fuera de los requisitos señalados antes; ni casos en que el Estado asuma por sí solo la totalidad del costo de una obra. Siempre deberán contribuir los beneficiados directamente por ella; sólo podrá hacerse cargo el Estado de los costos derivados de los beneficios indirectos.

BIBLIOGRAFIA CITADA

Los trabajos citados íntegramente en las notas al pie de página no se incluyen en este listado, sino sólo aquellos citados en forma resumida.

a) Chile

BAUER, CARL J. (1993): *Los derechos de agua y el mercado: efectos e implicancias del Código de Aguas chileno*, Revista de Derecho de Aguas, vol. IV (Santiago: Instituto de Derecho de Minas y Aguas. Universidad de Atacama, Chile).

ERRÁZURIZ, ANA MARÍA y otros (1992): *Manual de geografía de Chile* (Santiago: Editorial Andrés Bello) 415 pp.

GREVE, ERNESTO (1938): *Historia de la Ingeniería en Chile* (Santiago: Imprenta Universitaria), T. I 555 pp.; T. II, 609 pp.

GUARDA GEYWITZ, GABRIEL (1991): *Obras hidráulicas en el Reino de Chile*, Boletín de la Academia Chilena de la Historia, vol. LVIII-LIX, N° 102 (Santiago de Chile: 1991-1992) pp. 269-289.

GUZMÁN, GASTÓN (1986): *Algunas proposiciones en torno a la Ley de fomento a las obras de riego y drenaje*, I Convención Nacional de Regantes de Chile (Santiago: Confederación de Canalistas de Chile) pp. 137-138.

HIDALGO L., JORGE (1985): *Proyectos coloniales inéditos de riego del desierto*, Revista Chungará N° 14 (Arica: Universidad de Tarapacá) pp. 183-222.

Instituto de Ingenieros (1936): *Política eléctrica chilena* (Santiago) 170 pp.

LIRA URQUIETA, PEDRO y DE LA MAZA, LORENZO (1940) *Régimen legal de las aguas en Chile* (Santiago: Nascimento), Cap. XII, Construcción de obras de regadío, pp. 201-209.

- MANRÍQUEZ LOBOS, GUSTAVO (1986): *Las obras de riego construidas por el Estado, su entrega a los usuarios y la concesión de los derechos de aprovechamiento*, I Convención Nacional de Regantes de Chile (Santiago: Confederación de Canalistas de Chile) pp. 91-93.
- MATUS UGALDE, RAÚL (1986): *Antecedentes históricos del riego en Chile. Situación actual y perspectivas futuras*, I Convención Nacional de Regantes de Chile (Santiago: Confederación de Canalistas de Chile) pp. 70-81.
- MATUS UGARTE, RAÚL; EDWARDS GANA, RICARDO, y VEGA VISCHI, SOLANO (1985): *Las grandes obras de riego como motor del desarrollo regional* (s/edit.) 31 pp.
- MÉNDEZ, LUZ MARÍA (1990): textos sobre el riego y el agua potable durante la Colonia, en: Villalobos, Sergio (dir.), *Historia de la ingeniería en Chile* (Santiago, Hachette) pp. 42-44.
- MONTT AVENDAÑO, RAÚL (1939): *La construcción de obras de regadío en su aspecto legal y económico* (Memoria de Prueba. Santiago), 54 pp.
- MORALES BRITO, RENÉ (1942): *Del aprovechamiento de las aguas para la producción de la fuerza motriz* (Memoria: Santiago), 295 pp.
- NIEMEYER FERNÁNDEZ, HANS, y CERECEDA TRONCOSO, PILAR (1984): *Hidrografía*. Tomo VIII de la Geografía de Chile (Santiago: Instituto Geográfico Militar) 320 pp.
- OLGUÍN FUENZALIDA, JULIO (1942): *Legislación sobre construcción de obras de regadío* (Memoria de Prueba. Santiago), 85 pp.
- PARENTINI, LUIS CARLOS (1990): capítulos referentes a obras hidráulicas en: Villalobos, Sergio (dir.), *Historia de la ingeniería en Chile* (Santiago, Hachette) pp. 118-122; 201-208, y 290-296.
- PERALTA TORO, FERNANDO (1988?): *Ideas para la discusión de una política de riego. Su aplicación en el caso de Chile* (Santiago: Ediciones Tacora Ltda.), 107 pp.
- PERALTA TORO, FERNANDO (1992): *Inversión en obras hidráulicas*, Derecho en la Región, I, N° 1 (1992), pp. 47-53.

b) *España y Francia*

- BALTANÁS GARCÍA, ADRIÁN (1993): *El plan hidrológico nacional*, en: Embid Irujo, Antonio (dir.), *El plan hidrológico nacional* (Madrid: Civitas) pp. 215-237.
- DÍAZ LEMA, JOSÉ MANUEL (1986): párr. sobre obras hidráulicas en: Gallego Anabitarte, Alfredo, y otros, *El derecho de aguas en España* (Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo), pp. 676-679.

- EMBED IRUJO, ANTONIO (1991): *La planificación hidrológica: régimen jurídico* (Madrid: Tecnos), párr. sobre infraestructura, pp. 207-208.
- GIMPEL, JEAN (1975): *La révolution industrielle du Moyen Age* (París: Editions du Seuil), 244 pp.
- MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN (1966 A): *Construcción y explotación por el Estado y por las comunidades de regantes de las obras hidráulicas con destino a riegos*, en: *Aguas Públicas y Obras hidráulicas. Estudios jurídico-administrativos* (Madrid: Tecnos), pp. 15-149.
- MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN (1966 B): *"Régimen y Administración" de las obras hidráulicas*, en: *Aguas Públicas y Obras hidráulicas. Estudios jurídico-administrativos* (Madrid: Tecnos), pp. 339-350.
- MENÉNDEZ REXACH, ANGEL (1986): párr. sobre obras hidráulicas en: Gallego Anabitarte, Alfredo, y otros, *El derecho de aguas en España* (Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo), pp. 488-500.

CAPITULO 12

CONSTITUCION DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS SOBRE DERRAMES. EL CASO DE LAS AGUAS DEPOSITADAS POR UN CONCESIONARIO SANITARIO EN FUENTES NATURALES

INTRODUCCION

Refiérese este capítulo a la posibilidad jurídica de que la autoridad constituya válidamente derechos de aprovechamiento sobre aguas de derrame, producidos por una concesionaria de servicios sanitarios.¹

De partida, son necesarias algunas precisiones sobre el sistema de servicios sanitarios. El servicio público sanitario se encuentra regulado en el Decreto con Fuerza de Ley N° 382, de 1988,² cuerpo legal que reduce el sistema sanitario a los siguientes cuatro tipos de prestaciones: la producción de agua potable; la distribución de agua potable; la recolección de aguas servidas, y la disposición de aguas servidas (tratamiento), ofreciendo definiciones de cada una de ellas en sus artículos 3° y 5°, las que pueden ser llevadas adelante por los particulares sólo en virtud de una concesión.

Es posible que cada una de estas prestaciones sean llevadas adelante independientemente por distintos concesionarios, salvo el caso de la distribución de agua potable y de la recolección de aguas servidas, que deberán ser ejercidas “en forma conjunta” (art. 10 inciso 2° D.F.L. N° 382), salvo resolución fundada

¹ Las conclusiones generales de este trabajo son aplicables a todo tipo de derrames.

² Publicado en el Diario Oficial de 21 de junio 1989, denominado “Ley General de Servicios Sanitarios”. El Reglamento de esta ley fue aprobado por Decreto Supremo N° 121, de 1991 (D. Oficial de 27 de noviembre de 1991).

de la entidad normativa. Adicionalmente, las zonas en que se prestan los servicios de distribución y de recolección han de ser coincidentes (art. 10 inciso 3º).

En cuanto a las relaciones de las concesionarias con los usuarios, por el carácter de servicio público de los servicios sanitarios, existen obligaciones mutuas:

– De parte de los particulares, cuando éstos son propietarios de inmuebles urbanos edificados con frente a una red de agua potable o alcantarillado de propiedad de la concesionaria, están obligados a instalar a su costa el arranque de agua potable y la unión domiciliaria de alcantarillado, so pena de clausura por la autoridad sanitaria (arts. 39 D.F.L. Nº 382 y 4º D.S. Nº 316, de 1984). Estas obligaciones se aplican incluso en los casos de urbanización de terrenos, como lo reglamentan los artículos 42 y 43 del D.F.L. Nº 382, y 3. 2. 2, inciso 2º de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, fijada por Decreto Nº 47, de Vivienda, de 1992.

– De parte de los concesionarios, están obligados a prestar el servicio a quien lo solicite (arts. 33 D.F.L. Nº 382 y 1º D.S. 316, de 1984). Por lo tanto, cuando se trata de un concesionario de distribución, que obligatoriamente debe ser a la vez concesionario de recolección de aguas servidas, está obligado no sólo a entregar las aguas en los domicilios privados, sino también a recibir las aguas servidas en sus alcantarillados.

Los concesionarios sanitarios que prestan los servicios públicos de producción y distribución de agua potable deben contar para ello con las instalaciones adecuadas y con derechos de aprovechamiento de aguas, en virtud de los cuales puedan extraer una dotación suficiente para prestar tales servicios con continuidad; adicionalmente, los concesionarios sanitarios que prestan, simultáneamente, los servicios públicos de recolección y tratamiento de aguas servidas, deben contar con las instalaciones adecuadas para recibir tales aguas servidas. Estas aguas, más o menos descontaminadas, habitualmente son abandonadas por los concesionarios sanitarios en los cauces naturales, produciendo lo que en derecho se llama “derrames”.

¿Puede la Dirección General de Aguas crear derechos de aprovechamiento de aguas respecto de derrames? ¿Es legítimo? ¿Es válido? ¿Es oponible al titular de los derechos de agua en

virtud de los cuales se produce el derrame? Esta situación se ha planteado respecto de aguas de riego (véanse dictámenes de Contraloría General de la República N° 15.664, de 1989; N° 17.596, de 1990; y N° 8.524, de 1991, que se citan más adelante); y, recientemente, respecto de aguas servidas abandonadas ("derramadas") por una concesionaria de servicios sanitarios (véase sentencia de la Corte Suprema de 26 de marzo de 1995, que confirmó enteramente una anterior de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 26 de diciembre de 1995).³

Para comprender la naturaleza y efectos de los "derrames", es necesario plantearse previamente el tema de las relaciones

³En efecto, en 1995, un particular interpuso ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta un recurso de protección en contra de una empresa de servicios sanitarios, mediante el cual quiso impedir que tal empresa dispusiera de las aguas servidas que recibe en sus instalaciones de recolección (tal empresa había llamado a una licitación internacional para el tratamiento de tales aguas, las que luego serían objeto de "venta" a terceros interesados, cumpliendo de paso normas de calidad ambiental respecto de tales efluentes). El particular adujo que la señalada licitación constituía un acto ilegal y arbitrario, que le amenazaba y le privaba del dominio sobre un derecho de aprovechamiento de aguas que él dijo ostentar respecto de tales aguas servidas. El recurrente invocó como título una resolución de la Dirección General de Aguas (N° 212, de 1982), reducida a escritura pública e inscrita en el registro respectivo, la cual estableció: "1. Constitúyese derecho de aprovechamiento consuntivo de aguas superficiales en la Quebrada de Quetena, *provenientes de las aguas servidas de la ciudad de Calama*, de ejercicio permanente y continuo, de 100 lts./seg., en favor de don Patricio Salas Montes, Comuna de Calama, provincia El Loa, II región". "2. Las aguas se captarán gravitacionalmente en la Quebrada de Quetena a 5 m. al Norte de la cámara de alcantarillado N° 8 ubicada a 1.500 m. al poniente de la ciudad de Calama". La concesionaria de servicios sanitarios adujo como defensa la debilidad del derecho de aguas invocado por el recurrente, por haber sido creado por un acto ilegal e inválido; y la consecuente inoponibilidad de tales derechos, por su carácter precario, al referirse a aguas de derrame que la concesionaria puede producir o no voluntariamente. La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia de fecha 26 de diciembre de 1995, estimó que el derecho de la recurrente era válido, y que la empresa concesionaria al pretender tratar las aguas servidas de Calama, estaría "disponiendo del derecho de un tercero" (consid. 11°), en virtud de lo cual dejó sin efecto la licitación internacional, pues, a su juicio, "amenaza la propiedad que el recurrente tiene sobre el aprovechamiento de aguas servidas de la Quebrada de Quetena, en la comuna de Calama"; la Corte Suprema, en sentencia de fecha 26 de marzo de 1996, sin agregar ni un fundamento más, confirmó tal sentencia, cuya doctrina contradigo en este capítulo. Véanse tales sentencias en la sección Jurisprudencia de la Revista de Derecho de Aguas, vol. VI (1995), pp. 243-253.

de propiedad de los concesionarios sanitarios sobre sus instalaciones y de la titularidad sobre las aguas que escurren por tales instalaciones, pues ellas son las que se transforman en aguas de derrame; y, luego, a partir de esas conclusiones, pronunciarse sobre la validez de un acto de autoridad que constituya derechos de aprovechamiento de aguas sobre las que abandona como derrame un concesionario sanitario de tratamiento de aguas servidas.

I. TITULARIDAD DE LAS AGUAS QUE ESCURREN POR LAS INSTALACIONES SANITARIAS

Las empresas de servicios sanitarios pueden tener por objeto, simultáneamente, producir y distribuir agua potable, y recolectar y tratar aguas servidas; o, separadamente, algunas de estas prestaciones. Para llevarlas adelante están sujetas a lo establecido en el D.F.L. N° 382 de 1988,⁴ y toda empresa sanitaria debe ser titular de unos bienes llamados por la legislación “bienes afectos a la concesión”, los que consisten, según los casos, en instalaciones y en derechos de aguas.

Por una parte, en cuanto a las instalaciones, éstas están destinadas a la producción, distribución, recolección, y en su caso, disposición o tratamiento de aguas, y consisten en bienes muebles o inmuebles anexos, y en redes de agua potable, y de alcantarillado.⁵ Con estas instalaciones, de las cuales deben ser titulares y propietarias exclusivas, las concesionarias sanitarias prestan sus servicios.

⁴ Las empresas sanitarias estatales derivan sus estatutos de los artículos 2º, 3º y 13 de la Ley N° 18.885, de 1990, y 1º transitorio del D.F.L. N° 382, de Obras Públicas, de 1988.

⁵ Véase lo dispuesto en los artículos 9º, 18 N° 5, 24 letra b), 25, 28 letra a), 30, 40, 45, 53 y 61, entre otros, del D.F.L. N° 382, de 1988. En cuanto a las empresas fiscales, éstas adquirieron tales bienes en conformidad a lo señalado en los artículos 3º y 6º de la Ley N° 18.885, de 1990, como sucesora legal del antiguo Servicio Nacional de Obras Sanitarias. Son igualmente pertinentes, a estos efectos, el artículo 23 del D.F.L. N° 70, de 1988 y *passim* el Decreto Supremo N° 121, de Obras Públicas, de 1991, que contiene el Reglamento de Servicios Sanitarios.

Por otra parte, las concesionarias sanitarias de producción de agua potable tienen como obligación legal ser titulares de unos derechos de aprovechamiento de aguas, con los caracteres de consuntividad (esto es, con la posibilidad de ser consumidos totalmente), continuidad y de ejercicio permanente,⁶ por la naturaleza de tales servicios sanitarios, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 12 N° 3 y 18 N° 3 letra a) del D.F.L. N° 382, de 1988. Con estos derechos de aprovechamiento de aguas, deben prestar sus servicios sanitarios: son las aguas que escurren por sus instalaciones.

1. LOS BIENES AFECTOS A LA CONCESIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS

Para efectuar el análisis de lo que se considera como “bienes afectos a la concesión”, es necesario explicar previamente algunos aspectos relativos al procedimiento concesional sanitario.

La concesión es un acto administrativo de la autoridad que contiene una manifestación de voluntad de ésta, en orden a crear derechos para que un particular produzca agua potable, la distribuya, o bien la recolecte, o disponga aguas servidas, facultándolo de esta manera a desempeñarse como prestador. Todo ello se materializa a través de un decreto (del Ministerio de Obras Públicas: acto administrativo concesional), en el cual expresamente se señalan, entre otras designaciones, las condiciones de prestación de los servicios.

En el caso de las concesiones de producción de agua potable, la solicitud y el decreto respectivo deben expresar las fuentes y derechos de aguas; y en el caso de las concesiones de distribución de agua potable, debe individualizarse la concesionaria de producción de la cual se abastecerá y las dotaciones de agua potable por área geográfica de servicio (art. 18 N° 3, letras a) y b), del D.F.L. N° 382). En fin, el decreto respectivo deberá

⁶ Las empresas fiscales derivan sus derechos de aguas de lo dispuesto en los artículos 3° y 8° de la Ley N° 18.885, de 1990, y con anterioridad de concesiones de aguas otorgadas al antiguo Servicio Nacional de Obras Sanitarias, del cual son sucesoras legales.

contener la naturaleza de los bienes afectos a la concesión (art. 18 N° 5 D.F.L. N° 382).

La Superintendencia de Servicios Sanitarios (oficio N° 656/91) entiende como bienes afectos a la concesión, aquellos bienes directa o indirectamente destinados al funcionamiento y prestación de un servicio público sanitario. ¿Cuáles son estos bienes afectos? Aunque fluye de partida que son, en general, las instalaciones y los derechos de aguas, la ley no establece una enumeración de los mismos, ni distingue el caso de cada tipo de concesión. Se analizará, entonces, el caso de la producción, y luego de la distribución, recolección y tratamiento, para luego ofrecer un concepto de bienes afectos.

a) Bienes afectos a la producción de agua potable

Es servicio público de producción de agua potable aquel cuyo objeto es producir agua potable para un servicio público de distribución (art. 5° del D.F.L. N° 382); entonces, en este caso los bienes destinados a producir agua potable son los derechos de aprovechamiento de aguas, las plantas de tratamiento, servidumbres, el terreno, etc.; es decir, los bienes en virtud de los cuales puede funcionar el respectivo servicio.

En la regulación de la etapa inicial del procedimiento concesional sanitario de producción de agua potable, encontramos antecedentes en cuanto a los derechos de agua como bienes afectos. Así, el art. 15 del D.S. N° 121 (reglamento del D.F.L. N° 382) señala que la solicitud, en el caso de una concesión de producción de agua potable, deberá contener la identificación de las fuentes de agua y sus respectivos derechos, indicando la cantidad de agua en forma permanente, con al menos un 90 % de probabilidad de excedencia para aguas superficiales, lo que se acreditará, cuando corresponda, con un estudio técnico. Los derechos de aguas deben ser de carácter consuntivo, de ejercicio permanente y continuos.

Previo a la dictación del decreto de concesión ya deberán formar parte del patrimonio de la concesionaria la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales consultados en el programa de desarrollo; en los casos de fuentes subterráneas se requerirán sólo los correspondientes a los primeros 5 años de este programa.

Sin embargo, en casos previamente calificados por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, podrán aceptarse en la solicitud derechos de aprovechamiento que se encuentren en proceso de regularización ante la Dirección General de Aguas, o los tribunales ordinarios de justicia, lo que deberá acreditarse debidamente, mediante certificaciones emanadas de dichos entes. En todo caso, dichos derechos deberán estar constituidos a la fecha del Informe a que se refiere el art. 23.

b) *Bienes afectos a la distribución de agua potable, recolección y tratamiento de aguas servidas*

En cuanto a los servicios de distribución y recolección, el N° 5 del art. 15 del D.F.L. N° 382 expresa que la solicitud deberá contener los límites del área geográfica donde se prestarán los servicios públicos de distribución de agua potable y de recolección de aguas servidas, en base a un plano, indicando la variación estimada en el tiempo.

En la solicitud para la prestación del servicio de distribución o recolección no se menciona el deber de estos solicitantes de contar con derechos de aprovechamiento de aguas. Entonces, aunque se tengan, no podrían entenderse como bienes afectos. En todo caso, estas empresas deberán contar al menos con la disponibilidad de unas aguas, aguas que otro prestador del servicio de producción podrá entregar a la concesionaria de distribución en virtud de un contrato. El art. 12 del D.F.L. N° 382 señala que en la solicitud deberá contenerse la identificación y certificación de las demás concesionarias o solicitantes de concesiones con las cuales se relacionará, en referencia precisa a esta realidad descrita.

c) *Concepto de bienes afectos*

El concepto legal de los bienes afectos a la concesión sanitaria apunta a aquellos bienes que directa e indirectamente están destinados a asegurar el cumplimiento de los servicios sanitarios que constituyen el objeto de la concesión. La tenencia de tales bienes deber ser de tal certeza jurídica, que permita razonablemente aceptar que el concesionario cuenta con ellos para cumplir con su obligación de servicio, en los términos que establecen la ley y su concesión.

Así, la propia Superintendencia ha entendido que:

– “No se exige que los bienes afectos sean de propiedad de la empresa, pero sí que exista certeza en cuanto a que las concesionarias disponen de ellos para dar sus servicios de manera indefinida, sin condiciones ni plazos que dependan de la voluntad de otros. Por ende, son válidos respecto de dichos bienes, como ejemplo, la figura del usufructo en favor de la concesionaria o de los arriendos indefinidos con opción de compra” (Of. N° 20/93).

– “Todas las instalaciones u obras destinadas al servicio sanitario se constituyen en bienes afectos a la concesión. Esto significa que los referidos bienes se encuentran indisolublemente ligados a este servicio que, por no poder paralizarse sin perjuicio de la salud pública, inclusive, gozan de la calidad de inembargables, según lo preceptúa la ley. Estas instalaciones, una vez afectadas a la prestación del servicio público respectivo, no podrán separarse de esa calidad, la que mantendrán durante toda su vida útil” (Of. N° 677/93).

En base a los antecedentes anteriores, se puede concluir que: 1ª) las instalaciones e infraestructura sanitarias son bienes directamente afectos a la concesión, sea esta de producción, distribución, recolección o disposición; y 2ª) los derechos de aprovechamiento de aguas se consideran bienes afectos a la concesión, sólo en el caso del servicio público de producción de agua potable. En ambos casos existe una titularidad propietaria de la concesionaria.

2. INSTALACIONES SANITARIAS

Una empresa concesionaria, ya sea a la vez de los servicios sanitarios de producción, distribución, recolección y disposición de aguas, o de algunas de estas prestaciones, tiene relaciones de propiedad o de titularidad sobre esos bienes afectos a la concesión, de lo que se deriva su naturaleza jurídica frente al derecho de aguas y a su legislación.

a) *Propiedad de las instalaciones sanitarias*

El concesionario sanitario es propietario de las instalaciones sanitarias. A pesar de que aún quedan en el D.F.L. N° 382 algu-

nas disposiciones que, de manera arcaica y anacrónica, siguen refiriéndose a las instalaciones sanitarias como bienes “públicos” (ejemplo de lo cual ofrecen el artículo 39, al referirse a “red pública” de agua potable y alcantarillado, y el artículo 1º del D.S. Nº 316, red “pública”, y una extendida práctica administrativa), en realidad se trata de unos bienes privados, de dominio de las concesionarias sanitarias. No son bienes públicos.

Por definición, el servicio público de distribución de agua potable tiene por objeto *prestar* dicho servicio, a través de las redes exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación; de lo que se desprende que los bienes directamente afectos son las redes del prestador. Esta situación queda de manifiesto (art. 25) en los casos de caducidad antes de entrar en explotación el servicio, es decir, cuando antes de efectuarse las prestaciones del correspondiente servicio se sanciona al prestador, perdiendo éste los derechos adquiridos en virtud del decreto por una causal del art. 24; en estos casos, la exconcesionaria podrá levantar y retirar las instalaciones ejecutadas, salvo los aportes de terceros. Vemos en esta norma un reconocimiento implícito en relación al dominio del prestador sobre sus instalaciones y en relación a la afectación de éstas por el decreto de concesión.

Por otra parte, en referencia al tema de la caducidad, el art. 28 señala que en los casos de caducidad prescritos en el art. 26, la entidad normativa licitará la concesión y los bienes afectos a ella. En las bases de licitación se considerará: “Los bienes de la concesión que deberán ser adquiridos por el licitante y las obras de reparación y mejoramiento de las instalaciones que deberá efectuar”. En base a esta norma legal, es posible concluir que el nuevo prestador adquirirá las instalaciones y que por ende éstas son bienes afectos.

Todas las instalaciones sanitarias, infraestructuras, o de manera general, los bienes afectos a la concesión respectiva, son bienes, como se ha dicho, de propiedad de la respectiva concesionaria; y éste es un aspecto relevante del problema jurídico a que se refiere este capítulo, pues de él se desprenden consecuencias indudables en cuanto a la condición jurídica de las aguas, potables o servidas, que escurren en tales instalaciones sanitarias.

Que estas instalaciones son de propiedad de la concesionaria no debe caber dudas. Fluye expresamente del artículo 45 del D.F.L. N° 382, que se refiere a “las redes del prestador”; del artículo 61 del mismo cuerpo legal, que se refiere a “las redes o instalaciones de otro prestador”,⁷ entre otros.

La necesidad de obras e instalaciones para llevar adelante los servicios sanitarios, ya sea para producir o distribuir agua potable o para recolectar o disponer aguas servidas, es evidente desde que un interesado pretende obtener la respectiva concesión, al exigir el artículo 18 N° 5, considerar “la naturaleza de los bienes afectos a la concesión”. Por otro lado, incluso la hipótesis de no ejecución de las obras necesarias para poner en explotación el respectivo servicio sanitario puede implicar la caducidad de la concesión; y en tal caso se faculta a la concesionaria para “levantar y retirar las instalaciones ejecutadas” (artículo 25 del D.F.L. N° 382), lo que es demostrativo del reconocimiento que la ley efectúa a cada paso de la propiedad que tienen los concesionarios de todas sus instalaciones y bienes afectos a la concesión. Lo mismo es posible concluir al observar lo señalado en los artículos 28, 29 y 30 del D.F.L. N° 382 citado.

b) *Naturaleza de las instalaciones sanitarias*

El derecho de aguas ha configurado ciertos conceptos relativos a los cauces de las aguas, con el fin de comprender los efectos jurídicos de ciertas situaciones; y en este caso, el principal efecto jurídico es conocer la naturaleza jurídica del respectivo cauce. Al respecto, es posible clasificar los cauces, por una parte, en naturales (art. 30 Código de Aguas), que es el suelo de las

⁷ En el caso de las empresas estatales de servicios sanitarios, tal relación propietaria fluye expresamente del propio cuerpo legal que les dio existencia, al señalar la Ley N° 18.885, en su artículo 6°, que “los bienes muebles e inmuebles, incluidas las redes de distribución de agua potable y de recolección de aguas servidas, que integren el patrimonio del Servicio Nacional de Obras Sanitarias (...), se traspasarán en dominio, por el solo ministerio de la ley, a la respectiva sociedad anónima sucesora legal de cada una de las Direcciones Regionales (...)”, cuyo es el caso de las empresas señaladas, expresamente mencionadas en el artículo 2° de tal ley.

corrientes de uso público; y por otra, en artificiales (art. 36 Código de Aguas), que es “el acueducto construido por la mano del hombre”. Precisa tal disposición legal en su inciso 1º que “forman parte de él las obras de captación, conducción, distribución y descarga del agua, tales como bocatomas, canoas, sifones, tuberías, marcos partidores y compuertas. Estas obras y canales son de dominio privado. Embalse es la obra artificial donde se acopian las aguas”.

Entonces, las instalaciones de servicios sanitarios afectos a una concesión son, jurídicamente, “cauces artificiales”, y, por ende, de propiedad del concesionario sanitario. Ahora, ¿cuáles son estas instalaciones a que se refiere la ley y que son propiedad del concesionario? Examinaré brevemente las instalaciones para cada caso, para cada tipo de servicio sanitario, esto es, de producción o distribución de agua potable o de recolección o disposición de aguas servidas.

– En primer lugar, en cuanto a las instalaciones en la producción de agua potable. No existe en la ley una especificación o definición de tales instalaciones; comprenden todas aquellas obras necesarias para la captación de las aguas en el cauce natural, los cauces artificiales, las instalaciones de producción o potabilización de las aguas, y aquellas instalaciones que conectan con las de distribución.

– En segundo lugar, en cuanto a las instalaciones en la distribución de agua potable. Existe una definición legal, en el artículo 53 letra g) del D.F.L. Nº 382, según la cual “redes de distribución (son), aquellas a las que se conectan las instalaciones domiciliarias de agua potable”. Por lo tanto, estas redes, constituidas por “tuberías”, tienen la consideración de cauce artificial, según lo dispone el artículo 36 del Código de Aguas, concepto este al que se remite expresamente, por lo demás, el artículo 61 del D.F.L. Nº 382, agregado por la Ley Nº 18.902. En consecuencia, tratándose de las instalaciones de distribución de “cauces artificiales”, constituyen “dominio privado” de la concesionaria.

– En tercer lugar, en cuanto a las instalaciones en la recolección de aguas servidas. También existe una definición legal, en el artículo 53 letra h) del D.F.L. Nº 382, según el cual “redes de recolección (son), aquellas a las que se empalman las insta-

laciones domiciliarias de alcantarillado de aguas servidas". A estas redes de recolección, constituidas regularmente por "tuberías", se refiere explícitamente el artículo 36 del Código de Aguas. Así, según se desprende de esa misma disposición, y del artículo 61 del D.F.L. 382, y otros ya citados, tratándose estas tuberías de "cauces artificiales", son entonces de "dominio privado" del concesionario. Esta infraestructura de recolección se conecta, en su caso, con las redes o instalaciones de disposición o tratamiento de aguas servidas, o con las instalaciones de evacuación de tales aguas.

– En fin, en cuarto lugar, lo propio ocurre con las instalaciones de disposición o tratamiento de aguas servidas, que también constituyen bienes privados de la concesionaria (artículos 36 del Código de Aguas y 61 del D.F.L. N° 382), hasta la última infraestructura sanitaria en que se evacuen las aguas a cauces naturales o artificiales o a otros sitios.

Todas estas instalaciones, como quedó comprobado, son de propiedad privada de la concesionaria, pues tienen la condición de cauces artificiales; aspectos jurídicos estos que son relevantes, puesto que de ellos se desprenden consecuencias del vínculo jurídico que les corresponderá a las concesionarias sanitarias sobre las aguas, potables o servidas, que escurren a través de sus instalaciones sanitarias, según se desarrolla en seguida.

3. TITULARIDAD DE LAS AGUAS QUE ESCURREN EN LAS INSTALACIONES DE LOS CONCESIONARIOS SANITARIOS

Se realizará al respecto un análisis caso por caso.

a) *Propiedad del agua durante la producción*

Para llevar adelante el servicio sanitario de producción de agua potable es sustantivo, según la ley, ser titular de unos derechos de aprovechamiento de aguas (arts. 12 N° 3 y 18 N° 3 letra a) del D.F.L. N° 382), con el objetivo de llegar a dejarlas en las condiciones que exige la ley. Adicionalmente, de acuerdo a la actual clasificación de las características de los derechos de aguas en Chile, es de absoluta necesidad que estos derechos de aguas

sean consuntivos, de ejercicio permanente, y continuos. Sólo cuando la tecnología permita tratar las aguas al punto de dejarlas en condiciones de ser utilizadas como potables, incluso un derecho de aguas no consuntivo podría servir, seguramente en forma parcial, para el servicio sanitario de producción de agua potable. En todo caso, la situación actual en Chile es que las empresas sanitarias que a la vez producen, distribuyen, recolectan y tratan aguas, se comportan parcialmente como titulares de derechos no consuntivos, pues abandonan gran porcentaje del agua, luego de distribuida y recolectada, más o menos tratada, según las exigencias medioambientales.

b) *Propiedad del agua durante la distribución*

Estas aguas, una vez que quedan aptas para el consumo humano, a través del servicio sanitario de la distribución de agua potable, son conducidas por redes de agua potable hasta los domicilios particulares de los usuarios.

Para llevar adelante el servicio sanitario de distribución la ley no exige ser titular de unos derechos de aprovechamiento de aguas, sino sólo la existencia de una concesionaria de producción que abastezca el área geográfica respectiva (art. 18 N° 3 letra b) D.F.L. N° 382). Pero en todo caso, es de absoluta necesidad tener la disposición jurídica de unas aguas, ya sea directamente (cuando la concesionaria lleva adelante los dos servicios sanitarios descritos, producción y distribución, obvio es considerar que lo hace utilizando las aguas a que tiene derecho según sus títulos), o ya sea indirectamente, celebrando convenios de "compra de agua" e interconectándose con una concesionaria de producción de agua potable.

Estas aguas están entonces hasta este momento bajo la posesión de la concesionaria, y como escurren dentro de sus propias instalaciones (de las cuales es propietaria), estas aguas son de su propiedad, ya que han dejado de estar en un cauce natural, desde que comenzó el proceso de producción de agua potable. Las aguas, mientras permanecen en estas instalaciones sanitarias de propiedad de la concesionaria sanitaria, permanecen según se ha dicho, en lo que el Código de Aguas llama, en general, "canal o cauce artificial", concepto este en que expresamente su artículo 36 incluye a las "tuberías", que son las

instalaciones sanitarias más usuales. Estas obras son de dominio privado, de las concesionarias sanitarias, y, como ocurre en materia general de aguas, mientras las aguas permanecen en un cauce artificial (en este caso, dentro de una “tubería” o instalación sanitaria, que para estos efectos es lo mismo) privado, son de disposición, dominio y titularidad privados, pudiendo tal privado usar, gozar y disponer de ellas; y, según lo autorice su título, consumirlas completamente.

c) Propiedad del agua durante el consumo particular

La disposición total de las aguas se produce, en el caso de un concesionario de distribución de agua potable, a través de la prestación de este servicio, poniendo tales aguas a disposición del usuario final, quien podrá, a su vez, consumir total o parcialmente tales aguas.

Llegados a esta altura del análisis, debemos recordar que según la ley (art. 10 inciso 2º D.F.L. Nº 382), el concesionario de distribución, salvo casos calificados, ha de ser a la vez concesionario de recolección de aguas servidas, servicio sanitario este al que no se puede negar (art. 33 D.F.L. Nº 382), ni tampoco evitar el usuario (art. 39 D.F.L. Nº 382). Por lo tanto, una vez entregadas las aguas por el concesionario y usadas las aguas por los propietarios de inmuebles, éstos devuelven las mismas aguas (ya servidas) a los alcantarillados e infraestructuras sanitarias de propiedad del concesionario.

La titularidad, posesión y disposición de las aguas, mientras están bajo el uso del consumidor final, obviamente corresponden a éste. Incluso, como se ha dicho, puede el usuario llegar a consumir las aguas totalmente, pues en eso consiste el servicio sanitario de distribución de agua potable, y es para lo cual un consumidor final contrata con un concesionario sanitario: disponer absolutamente de una cantidad de agua potable, hacerse dueño de ella y consumirla.

d) Propiedad del agua durante la recolección

Cuando el consumidor final vuelve a depositar las aguas servidas en las instalaciones de alcantarillado [lo que por una parte está obligado a hacer con las aguas que no consuma y que sean

servidas: art. 3º D.F.L. Nº 382; aguas servidas que, por otra parte, el concesionario de recolección (como el de tratamiento) está obligado a recibir: art. 33 D.F.L. Nº 382], la titularidad, posesión y dominio de estas aguas (ahora servidas) pasará en plenitud a este concesionario, desde el momento en que éste las reciba en instalaciones de su propiedad. Esto último emana además de la condición de “canal o cauce artificial” privado de sus instalaciones, y por lo tanto es propietario de las aguas que se depositan en tal sitio, aun cuando éstas tengan ahora la condición de servidas. Incluso, la ley protege a este concesionario de cualquier otra sustancia nociva que el usuario desee depositar en los alcantarillados, prohibiéndole dañarlos (art. 45 D.F.L. Nº 382) o depositar en él sustancias sólidas (art. 16 Nº 2 del D.S. Nº 316, de 1984).

Nótese que el consumidor final sólo está obligado a entregar las aguas servidas, que el concesionario debe recolectar. Es libre tal usuario de consumir o no las aguas; y las que consume y deriva servidas a los alcantarillados constituyen un verdadero “derrame”.

e) Propiedad de las aguas después de la recolección: derrames

En fin, el concesionario de recolección debe entregar estas aguas para su disposición, lo que lo hace a través de sus instalaciones. En el texto de la ley, estas aguas deben ser entregadas a servicios sanitarios de disposición o a sistemas de tratamiento, y en teoría sólo una vez que estas aguas cumplan los requisitos sanitarios que fije la ley, y sólo en tal caso, podrían ser evacuadas en cauces naturales (véase art. 1º Ley Nº 3.133, de 1916), o en otros sitios.

En la práctica, en Chile esta última fase sanitaria de limpieza de las aguas no se ha podido llevar adelante a cabalidad ni aun por los propios concesionarios del servicio sanitario de disposición de aguas servidas, y lo que ha ocurrido es que, simplemente, se evacúan las aguas servidas recolectadas de los domicilios, directamente, sin tratar, en los cauces naturales, o con un tratamiento precario.

En resumen, en cuanto al vínculo jurídico del concesionario sanitario con esas aguas, debe quedar claro lo siguiente: mientras ellas permanecen en sus instalaciones sanitarias, la

posesión, titularidad y dominio de las aguas corresponde a la empresa sanitaria que es propietaria de tales instalaciones. Por lo tanto, la concesionaria puede asumir cualquier actitud de un propietario con estas aguas: consumirlas ella misma, con o sin tratamiento previo, o simplemente abandonarlas.

Entonces, la situación de titularidad, posesión y dominio sólo se altera en el caso que esta concesionaria abandone voluntariamente tales aguas a un cauce natural, o a otro sitio, momento en que éstas pasan a constituir un “derrame”. De lo que sea jurídicamente un derrame, es una cuestión que se aborda en seguida.

II. DERRAMES DE AGUAS SERVIDAS Y CREACION DE DERECHOS SOBRE ELLAS

Una vez analizados los conceptos centrales sobre naturaleza jurídica y relaciones de propiedad de los bienes que componen las instalaciones de las concesionarias sanitarias, y las consecuencias que se derivan de ello respecto de las aguas que escurren por tales instalaciones, sirve para comprender lo que jurídicamente implica el abandono de tales aguas a los cauces naturales, a través de la figura denominada “derrame”, y las posibilidades de que la autoridad, válidamente, pueda crear derechos de aprovechamiento de aguas respecto de tales derrames.

1. EL ABANDONO DE LAS AGUAS SERVIDAS POR LOS CONCESIONARIOS SANITARIOS: DERRAMES

Antes de explicar las características de estas aguas abandonadas como derrames, es necesario tener presente, al respecto, que al evacuar estas aguas servidas a un cauce natural, sin depuración, la concesionaria infringe normas medioambientales, lo que no será analizado en este sitio. Analízase en seguida la naturaleza jurídica del abandono de estas aguas servidas, y las características jurídicas del mismo.

a) *Naturaleza jurídica del abandono de aguas servidas*

Por aplicación de la normativa general de aguas, como la especial de servicios sanitarios, el abandono de aguas servidas por un concesionario sanitario constituye un derrame (vid. Fermín Valenzuela Marchant, *De los derrames de aguas*, en: Vergara Duplaquet, Giro, y otros, *Comentarios al Código de Aguas*, 1960, Santiago, T. I, pp. 281 ss.).

El Código de Aguas establece, en cuanto a derrames, en su artículo 43 lo siguiente: "Constituyen derrames las aguas que quedan abandonadas después de su uso, a la salida del predio. Se presume el abandono de estas aguas desde que el dueño del derecho de aprovechamiento hace dejación de ellas, en los linderos de su propiedad, sin volver a aprovecharlas". Agrega su artículo 44: "Los derrames que escurren en forma natural a predios vecinos podrán ser usados dentro de éstos, sin necesidad de obtener un derecho de aprovechamiento". El artículo 45: "La producción de derrames estará sujeta a las contingencias del caudal matriz y a la distribución o empleo que de las aguas se haga en el predio que los origina, por lo cual no es obligatoria ni permanente". En fin, su artículo 46 señala que: "La existencia de un título respecto al uso de derrames, no importa limitación de una mejor forma de utilización de las aguas por el titular del derecho de aprovechamiento, salvo convención en contrario". Agrega, en el mismo tema, el artículo 53 que: "Las aguas provenientes de derrames o drenajes, caídas a un cauce natural o artificial, se confunden con las de éstos". Además, el artículo 54 señala la siguiente regla: "El uso por terceros de derrames o drenajes no constituye gravamen o servidumbre que afecte al predio que los produce. Son actos de mera tolerancia que no confieren posesión ni dan fundamento a prescripción". En fin, indica el artículo 55 del Código de Aguas que: "Los derechos, gravámenes o servidumbres sobre derrames y drenajes sólo pueden constituirse a favor de terceros, por medio de un título. Ni aun el goce inmemorial bastará para constituirlos. Para que produzca efectos respecto de terceros el título deberá constar en instrumento público e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas del Conservador de Bienes Raíces".

Esta es la regulación que se establece en la legislación especial de aguas, la que rige tanto para derrames de riego, como para todo tipo de derrames de agua, como, en este caso, los provenientes de instalaciones de servicios sanitarios. No obstante, para evitar todo tipo de dudas la propia ley se ha encargado de señalar que las evacuaciones de aguas servidas por los concesionarios sanitarios constituyen un derrame. Así, el artículo 61 del D.F.L. N° 382, agregado por la Ley N° 18.902, expresa: "Para los efectos de lo dispuesto en el Título V del Código de Aguas, entiéndese que los prestadores de servicios sanitarios abandonan las aguas servidas cuando éstas se evacuan en las redes o instalaciones de otro prestador o si se confunden con las aguas de cauce natural o artificial, salvo que exista derecho para conducir dichas aguas por tales cauces, redes o instalaciones".

Lo cual implica, de inmediato, la aplicación del Título V (del Libro I) del Código de Aguas, en que se contienen sus artículos 43 a 55, en virtud de lo cual las aguas servidas que abandona un concesionario sanitario en un cauce natural o artificial, pasan a tener la calidad jurídica de derrames; éste es el expreso deseo legal.

Declaración legal esta que por lo demás, en estricto rigor, no era esencial, pues de igual modo deducíase de la condición de todo concesionario sanitario de propietario de sus instalaciones y de su titularidad sobre las aguas servidas recolectadas (según se analizó antes), las que voluntariamente son evacuadas por él en otros cauces, ya artificiales, ya naturales; esto es, respectivamente, ya sean cauces privados o ya sean cauces públicos. En virtud de lo anterior, esta conclusión es válida para todo tipo de derrames de aguas servidas, aun cuando sean anteriores a 1990, fecha en que la Ley N° 18.902 agregó este artículo 61 al D.F.L. N° 382, de 1988.

b) *Características de los derrames "sanitarios"*

Los derrames de aguas servidas que voluntariamente producen los concesionarios sanitarios tienen las siguientes características:

1º) Las aguas servidas se entienden abandonadas por los concesionarios sanitarios sólo "cuando se evacuan en las redes

o instalaciones de otro prestador o si se confunden con las aguas de cauce natural o artificial" (art. 61 D.F.L. N° 382 y 43 Código de Aguas). Antes de tal momento, permanecen bajo la disposición absoluta del concesionario sanitario, y son aguas de su propiedad.

2º) El concesionario sanitario puede, si lo desea, utilizar los cauces naturales o artificiales para conducir tales aguas hacia otros "cauces, redes o instalaciones" (artículo 61 *in fine* D.F.L. N° 382), por lo que a pesar de seguir evacuándose tales aguas en un cauce natural o artificial ajeno, podría reutilizarlas en otro sitio.

3º) Lo anterior es, además, consecuencia de que la producción de estos derrames no es "obligatoria ni permanente" (art. 45 Código de Aguas) para la concesionaria sanitaria. Por lo tanto, puede tal concesionaria libremente dejar de evacuar tales aguas en el cauce natural, en que tradicionalmente lo hacía; e incluso puede seguir vaciándola en el mismo cauce natural pero ya no en carácter de derrame, sino para conducirla hacia otro cauce, en donde disponer de ella, para lo cual simplemente necesita un permiso de utilización del cauce natural (arts. 39 y 40 del Código de Aguas).

Esta ausencia de obligatoriedad en la producción de derrames está confirmada, además, por el Código de Aguas en cuanto señala que "el uso por tercero de derrames, no constituye gravamen o servidumbre que afecte al predio que los produce. Son actos de mera tolerancia que no confieren posesión ni dan fundamento a prescripción" (art. 54).

4º) Sólo un título convencional directo entre el titular de las aguas de derrame (concesionario sanitario, en este caso) y el interesado en utilizar esas aguas podría obligar a aquél a producirlos, según lo señalan expresamente los artículos 46 y 55 del Código de Aguas. Por lo tanto, como lo señalan estas disposiciones legales, no basta ni el goce inmemorial (art. 55 inciso 1º Código de Aguas) ni otro título distinto de la convención de las partes (art. 46 Código de Aguas).

Este artículo 46 del Código de Aguas, además, excluye toda posibilidad de darle legalidad a cualquier otro título que no sea la convención; por lo tanto, en esta situación de ilegalidad se

coloca la autoridad que crea un título sobre aguas de derrame que un concesionario sanitario está legalmente autorizado a producir bajo su propia voluntad. Esta hipótesis de ilegalidad, entonces, ya la había considerado la ley. De este modo, además, los efectos de tal acto de autoridad ya se vislumbran: son inoponibles al productor de derrames, en este caso, al concesionario sanitario.

5º) Una última característica de todo derrame de aguas que producen los concesionarios sanitarios fluye del estatuto legal a que los sujeta el Código de Aguas, por remisión expresa del artículo 61 del D.F.L. Nº 382: ningún otro título, incluido un acto de autoridad, puede limitar la libre disposición que sobre las aguas de derrame le corresponde a un concesionario sanitario.

En conclusión, el hecho mismo de evacuar estas aguas al cauce natural es una actitud absolutamente voluntaria de parte de la concesionaria de servicios sanitarios, pues ella como titular, poseedora, dueña de tales aguas que escurren por una instalación de su propiedad podría dejar de hacerlo voluntariamente, sin que exista disposición legal que le obligue a producir obligatoriamente derrames.

2. CONCESIÓN SOBRE AGUAS DE DERRAME

Ya ha quedado demostrada la ilegitimidad de que un acto de autoridad constituya derechos de aprovechamiento de aguas sobre derrames, en general, y en especial los producidos por los concesionarios sanitarios al depositar aguas servidas en los cauces naturales. No obstante, la validez de un tal acto de autoridad será analizada adicionalmente de frente a la legislación de aguas vigente y la jurisprudencia, y luego expuestas las consecuencias jurídicas de una hipótesis en que tal concesión de aguas sea otorgada de frente al titular de derechos de aguas que produce tales derrames.

a) *Validez de la concesión de derechos de agua sobre derrames*

Según la legislación vigente, los derechos de aprovechamiento de aguas que se constituyen por acto de autoridad (art. 20 Código de Aguas) sólo pueden constituirse "sobre aguas exis-

tentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros" (artículo 22 del Código de Aguas), y siempre y cuando, además, "exista disponibilidad del recurso" (artículo 141 inciso 4º Código de Aguas). En caso contrario, la Dirección General de Aguas, según mandato legal, "denegará la solicitud" (art. 141 inciso 4º *in fine* Código de Aguas).

En virtud de lo anterior, la autoridad no tiene facultades legales para otorgar derechos de aprovechamiento de aguas respecto de derrames, pues estas aguas no son "disponibles", al no ser parte de "fuentes naturales" ni de "obras de desarrollo del recurso".

Por lo tanto, el acto concesional, esto es, el "acto de autoridad" a que se refiere el artículo 20 del Código de Aguas, que es el creador del derecho de aprovechamiento de aguas, sólo es válido en la medida que cumpla estos requisitos mínimos que establece la ley. Si el acto concesional, de autoridad, es dictado respecto de aguas que no están "disponibles", como por ejemplo, el caso de los derrames de aguas, respecto de los cuales no cabe en ningún caso la creación de derechos de aprovechamiento, por no tratarse de una fuente natural, según lo exige el art. 22 del Código de Aguas, es un acto inválido, que incurre en la causal de nulidad de derecho público que se desprende de los artículos 6º y 7º de la Constitución. Nulidad que, en este caso, como se verá, podría incluso no ser necesario solicitar ni declarar, pues la ley ha establecido directamente otro efecto: la inoponibilidad (artículo 46 del Código de Aguas). En todo caso, ambos efectos deben ser declarados.

Entonces, la Dirección General de Aguas no tiene la facultad legal para constituir derechos de aprovechamiento de aguas provenientes de derrames; y en caso de hacerlo así, tal Dirección quebranta la ley, y su acto es inválido, por ilegal. Así lo ha señalado expresamente la jurisprudencia de la Contraloría General de la República:

– El dictamen Nº 15.664, de 1989, se refiere a una solicitud de derecho cuyas aguas se extraerían de un derrame y proveniente de una acequia, esto es, de un acueducto artificial. El órgano contralor señaló, "que por mandato del artículo 22º del Código de Aguas, la autoridad —en este caso esa Dirección Ge-

neral— sólo tiene facultades para constituir derechos de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso y, por consiguiente, no puede establecerlo sobre las aguas que se pretende extraer desde un cauce artificial”. Agrega que, “A mayor abundamiento debe hacerse presente que los artículos 46º y 55º del Código de Aguas en que se fundamenta el acto de la especie, no constituyen una excepción al principio general antes enunciado. En concordancia con lo expresado, estima esta Entidad Contralora que esa Dirección General sólo puede constituir derechos de aprovechamiento sobre aguas provenientes de derrames y drenajes cuando su extracción se efectúe desde un cauce natural o desde una obra estatal de desarrollo del recurso y una vez que se hayan confundido con las de éstas, conforme a lo dispuesto en el artículo 53º del ya indicado ordenamiento”.

— El dictamen N° 17.596, de 1990, da cuenta de un caso en que la Contraloría General no dio curso regular a una resolución de la Dirección General de Aguas por medio de la cual se constituía un derecho de aprovechamiento de aguas de derrame. A su juicio no es posible “autorizar la extracción de las aguas de derrames y drenajes, desde cauces artificiales, obras que conforme al artículo 36º del Código de Aguas son de dominio privado, en circunstancias de que por mandato del artículo 22º del mismo ordenamiento, sólo se pueden constituir derechos de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales o en obras estatales de desarrollo del recurso, en razón de lo cual esa Dirección General carece de la facultad de establecerlos sobre aguas existentes en un cauce artificial”.

— En fin, el dictamen N° 8.524, de 1991, insistiendo en la misma doctrina, la Contraloría General no cursó una resolución de la Dirección General de Aguas, “en atención a que permite extraer el agua desde los llamados canales recolectores de derrames Las Posiciones y La Polcura, lo cual es improcedente dado que según los artículos 22º y 36º del Código de Aguas el derecho debe constituirse sólo en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, carácter que no tienen los de la especie al tenor de los antecedentes adjuntos, y que los canales artificiales son de dominio privado”. Agrega que “Por otro lado, del artículo 43º del citado Código las aguas

provenientes de derrames son por esencia aquellas abandonadas después de su uso a la salida del predio y que se presume dicha situación cuando el dueño de la propiedad hace dejación de ellas en los linderos de ésta sin volver a aprovecharlas, lo que no se produce en el caso en análisis desde el momento en que los derrames se utilizan en un canal colector. Al efecto, es igualmente necesario considerar que conforme al artículo 53º del texto legal anotado las aguas provenientes de derrames o drenajes, caídas a un cauce natural o artificial, se confunden con las de éstos, lo que significa que en definitiva pasan a tener la misma naturaleza que las de esos cauces, con todas las consecuencias del caso”.

b) *Consecuencias jurídicas de un acto concesional sobre aguas de derrame*

De lo anterior fluye entonces que el otorgamiento de derechos de aprovechamiento sobre aguas de derrame quebranta la legalidad; y las consecuencias son su nulidad e inoponibilidad.

1º Nulidad del acto

El acto de autoridad que crea derechos respecto de aguas de derrame, es inválido, por ilegal. Como quedó dicho, el acto de autoridad que crea derechos de aprovechamiento respecto de aguas servidas abandonadas por un concesionario sanitario en un cauce natural, es inválido, pues es un acto no autorizado por la ley, que quebranta el artículo 22 del Código de Aguas, y podría ser declarada su nulidad.

En efecto, cabe consignar que todo derecho de aprovechamiento de aguas concedido por acto de autoridad tiene sus propias limitaciones en la legalidad contenida por el Código de Aguas, pues como se señala en el artículo 5º, “se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento (...), en conformidad a las disposiciones del presente Código”.

Además, el artículo 6º del Código de Aguas expresa 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 este Código. / El 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”.

Existen entonces indudables limitaciones a las que queda sujeto el acto de autoridad que crea derechos de aguas, pues la ley sólo le otorga la virtualidad de crear derechos que no quebranten el Código de Aguas (artículos 5º y 6º transcritos). Esto unido a lo descrito en el artículo 46 del propio Código de Aguas, permite concluir en forma concordante que ni aun el “título” denominado “acto de autoridad” puede reemplazar la convención que se exige para limitar las facultades del concesionario de aguas que produce libremente derrames, según se analiza en seguida.

2º Inoponibilidad frente a terceros

El acto de autoridad que crea derechos respecto de aguas de derrame es, además, inoponible para el productor de tales derrames.

Un derecho de aprovechamiento de aguas otorgado por la autoridad en estas condiciones es, además, absolutamente inoponible para quien produce derrames, ya que estos dependen de su voluntad. Y así lo dispone expresamente el artículo 46 del Código de Aguas; en efecto, tal disposición legal señala expresamente, en lo pertinente, que: “la existencia de un título respecto al uso del derrame, no importa limitación (...), *salvo convención en contrario*”.

En virtud de lo anterior, el concesionario sanitario, que es propietario de sus instalaciones de producción, distribución, recolección y disposición de aguas, y que ostenta derechos de aprovechamiento de aguas para llevar adelante tales servicios, tiene una facultad, y no una obligación, para evacuar las aguas servidas que escurren en sus instalaciones hacia cauces naturales, pues tales vertidos tienen la condición jurídica de derrames. Tal concesionario puede, voluntariamente, darle otro destino a las aguas que vierte actualmente en forma voluntaria en una corriente natural, como es someterla a un sistema de tratamiento, o consumirlas totalmente, ya sea en forma material o jurídica, o destinándolas a otros fines. Y esto emana de su condición de propietario tanto de las instalaciones sanitarias por donde escurre el agua, como del agua misma.

Dicho concesionario no puede ser obligado por ningún título, que no sea la convención (artículo 46 del Código de Aguas, en concordancia con el artículo 61 del D.F.L. N° 382), a continuar el vertido de tales aguas en un cauce natural. Lo contrario sería precisamente un atentado a la garantía constitucional del artículo 19 N° 24 de la Constitución, que ampara a las concesionarias sanitarias en su propiedad de las instalaciones y de las aguas que escurren por ellas.

En consecuencia, no le empece a un concesionario sanitario aquel acto de autoridad de la Dirección General de Aguas que, en forma ilegal e inconstitucional, haya creado en favor de un tercero un derecho de aprovechamiento de aguas sobre las aguas de derrame que aquél deposita voluntariamente en un cauce natural. Aun más, por contenerse esta hipótesis expresamente en la legislación (art. 46 Código de Aguas, en relación con los artículos 5°, 6°, 22 y 141 del mismo código, y 61 del D.F.L. N° 382, de 1988), cabe concluir que una resolución de la Dirección General de Aguas, que otorga a un particular un derecho de aprovechamiento de aguas sobre “aguas provenientes de las aguas servidas”, que en realidad son derrames producidos por una concesionaria sanitaria, no puede en ningún caso importar una “limitación de una mejor forma de utilización de las aguas por el titular del derecho de aprovechamiento” (art. 48 Código de Aguas), y adicionalmente, por aplicación del artículo 61 del D.F.L. N° 382, de 1988, no importaría, entonces, una limitación para el concesionario sanitario.

En suma, sin necesidad previa de obtener la declaración de nulidad de derecho público de tal acto concesional inválido, por constituir una hipótesis expresamente establecida en la ley (artículo 46 citado del Código de Aguas), cabe considerar a toda concesión de aguas otorgada por la Dirección General de Aguas sobre aguas de derrame, como inoponible al concesionario sanitario que deposita aguas servidas en una corriente natural, que constituye tal derrame.

El concesionario sanitario, entonces, puede disponer libremente de las aguas servidas, y es libre de producir o no derrames, pues estas aguas son de su propiedad; y puede, a su arbitrio, seguir abandonándolas, o, también a su arbitrio, tratarlas o

limpiarlas, ya sea en forma directa o a través de otras personas, y luego destinar esas aguas al objeto que desee.

A tal concesionario sanitario, de acuerdo a la ley, no le empece ni le es oponible una concesión ilegal de aguas sobre derrames (de aguas servidas que aquél produce), pues aun sin concesión cualquier otra persona (que tenga un título de tenencia o posesión del terreno en que este derrame se produce) puede aprovechar tales aguas de derrame que abandonen en la medida que se siga haciendo este abandono. Ninguna autoridad ni persona pueden obligar a los productores de derrame a seguir produciendo esos derrames, pues es una actitud libre y voluntaria de los titulares de derechos de aguas, y en el caso de los concesionarios sanitarios, adicionalmente, por su condición de propietarios de las aguas que escurren por sus instalaciones.

CAPITULO 13

CONSTITUCION DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO EN AGUAS EMBALSADAS POR UNA CENTRAL HIDROELECTRICA

Analizo en este capítulo la legitimidad de la constitución de derechos de aprovechamiento en aguas embalsadas. Específicamente, analizo la posibilidad jurídica de constituir unos derechos de aprovechamiento de aguas, para uso consuntivo de aguas superficiales, de ejercicio eventual y continuo, cuyo punto de captación se encontraría situado en una zona que antiguamente constituía la ribera de un río y que, actualmente, está inundada por el embalse producido por una presa legalmente construida, previamente autorizada por la Administración, y de propiedad de una empresa hidroeléctrica.

Con el objetivo de contestar estas cuestiones, dividiré el capítulo en tres partes. En la primera expondré los antecedentes del caso que resultan relevantes. En la segunda abordaré la situación jurídica de un embalse y las consecuencias jurídicas de su construcción. En la tercera me pronunciaré sobre la posibilidad de constituir derechos de aprovechamiento en aguas que forman parte de un embalse. Cierran este escrito las conclusiones de rigor.

I. ANTECEDENTES¹

Refiérese este análisis, en concreto, a un embalse destinado a la generación de energía eléctrica, y a unos derechos de aguas,

¹ Esta situación corresponde a un caso real. Para esta publicación se omiten los datos concretos o se reemplazan por los signos "xx".

nuevos, que se desea constituir a favor de un interesado, para ser captadas desde tal embalse.

1. DERECHOS ANTERIORES PARA EMBALSAR AGUAS

A través de una Resolución de la Dirección General de Aguas, se constituyó un derecho de aprovechamiento no consuntivo de aguas superficiales, de ejercicio permanente y continuo, en el río xx, por un caudal medio anual de xx metros cúbicos por segundo, en favor de la empresa hidroeléctrica. Tales aguas se utilizarían, según lo declaraba tal resolución, “en una central hidroeléctrica”, y “*se captarán* gravitacionalmente desde un punto ubicado en la ribera izquierda del río xx, a unos xx m. aguas arriba de un sitio geográfico xx, y *se restituirán* al mismo río en un punto situado a unos xx kilómetros aguas abajo del punto de captación”.

En tal resolución se indican los derechos que debe respetar la concesionaria, y la oportunidad de uso de las aguas, todo ello “de acuerdo con las necesidades de operación de la central hidroeléctrica”. Se indica que “la titular del derecho deberá constituir, en su oportunidad, las servidumbres que correspondan”. En fin, se indica, que la titular del derecho de aprovechamiento deberá solicitar a la Dirección General de Aguas “la autorización de construcción de bocatoma y de las obras de embalse, de conducción y de restitución”, como asimismo “la aprobación (...) de los proyectos correspondientes a las modificaciones de obras”, todo ello de acuerdo, respectivamente, a los artículos 151 a 157, 294 a 297 y 41 y 171 del Código de Aguas.

2. AUTORIZACIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS (PRESA)

Respecto de la construcción de las obras de embalse (presa) y de conducción de las aguas necesarias para la central hidroeléctrica, una Resolución de la Dirección General de Aguas aprobó y autorizó la construcción del embalse respectivo y el funcionamiento de la central hidroeléctrica respectiva.

Son además relevantes, al respecto, diversas resoluciones de la misma Dirección, todas las cuales en sustancia, señalan:

a) Que las dotaciones de los canales previos, existentes antes del embalse, y que ahora quedarán inundados, *“se abastecerán directamente desde el embalse, en forma gravitacional”*.

b) En virtud a que en la construcción del embalse se debían respetar los derechos de aguas anteriores, *“la operación de embalse deberá efectuarse de tal modo que permita la entrega de los derechos de los canalistas de área”*.

c) En fin, la Dirección General de Aguas señaló: *“La operación del embalse (...) deberá realizarse de modo de respetar los derechos de aprovechamiento existentes en el río xx (...), asegurando que las entregas a los canales se efectuarán a las cotas adecuadas”*. Esta última declaración es una demostración del cambio de lugar de captación de los derechos de aguas de los canalistas.

3. OPERACIÓN DE LAS CENTRALES HIDROELÉCTRICAS Y EMBALSES

En la actualidad, y en virtud de los derechos de aguas y permisos de obras y servidumbres respectivos, antecedentes que ya fueron reseñados, opera la central hidroeléctrica, a partir del embalse respectivo.

En lo que interesa, la central hidroeléctrica tiene una presa de xx metros de altura, ubicada en el lugar geográfico llamado xx del río xx, y tiene una capacidad de embalse de aproximadamente xx millones de metros cúbicos de agua. Este embalse, en su coronamiento, alcanza hasta una cota determinada, calculada sobre la base de metros sobre el nivel del mar. La “punta” del embalse (esto es, el lugar en que las aguas del río se confunden con las embalsadas) se produce en un lugar determinado o determinable del río xx, y dice estrecha relación con la altura de la presa, y con la operación de la central hidroeléctrica.

El beneficio hidroeléctrico de este embalse se realiza a través de una central generadora. Su localización responde a la idea de aprovechar un desnivel de xx metros, existentes entre el lecho del río en el sitio de la presa y dicha zona, que permite un salto de xx metros.

La operación de esta central hidroeléctrica se produce hoy en día de acuerdo a los derechos de aprovechamiento y autorizaciones administrativas ya reseñados.

4. SOLICITUD DE UN PARTICULAR INTERESADO

Un particular interesado ha solicitado derechos de aprovechamiento consuntivo de aguas superficiales, de ejercicio eventual y continuo, en el río xx, por un volumen de xx millones de m³, cuyas aguas se captarán “desde la orilla derecha del río xx”, en un punto geográfico determinado. Esta petición implica lo siguiente:

a) Se señala un punto de captación en un lugar actualmente inundado por el embalse xx, resultando inexacto referirse a “orilla izquierda del río xx”, pues tal río en ese sitio ya no existe como tal, y ha sido reemplazado por el fondo del embalse xx.

b) Se dispone que la captación y conducción de las aguas se realizarán a partir de la obra artificial denominada embalse xx, utilizando para ello tal obra artificial, de propiedad ajena.

c) En suma, se propone constituir el derecho de aprovechamiento, disponiendo al mismo tiempo que el dueño del embalse, en sus obras de conducción de una central hidroeléctrica, deba soportar tal gravamen.

Esta descripción de *hechos* será analizada en seguida teniendo a la vista el *derecho*.

II. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE UN EMBALSE

Un embalse es, según la ley, una “obra artificial donde se acopian aguas” (art. 36 inciso 2º Código de Aguas). Es un depósito artificial de aguas, que quedan detenidas transitoriamente (art. 2º inc. 4º Código de Aguas). No son sus aguas, entonces, “aguas corrientes”, sino detenidas, y no se encuentran en una fuente natural, sino en una obra artificial.

El acopio de las aguas implica la retención temporal de las mismas, lo que es indispensable cuando se trata de generar energía eléctrica.

Los derechos de aprovechamiento de aguas de las empresas hidroeléctricas están dirigidos a retener transitoria y temporalmente el agua en un embalse, para luego ser utilizada en las turbinas respectivas, y devueltas al cauce natural, de acuerdo a su título y a la ley.

Para el acopio del agua en embalses no es necesario un derecho de aguas consuntivo. Es un derecho de aguas no consuntivo el derecho hábil para este acopio transitorio, puesto que el agua, si bien está detenida, no se consumirá, sino que será devuelta luego de utilizada.

El acopio artificial de las aguas, quitándoles transitoriamente su carácter de aguas corrientes en fuente natural, es esencial para la operación de una central hidroeléctrica, y forma parte central del ejercicio de sus derechos.

Las consecuencias jurídicas de la existencia de un embalse, a partir de la definición anterior, son en sustancia las siguientes:

1º La construcción de la barrera de contención, y como consecuencia del acopio artificial de aguas, desaparece transitoriamente la "corriente" o río anterior y sus riberas u "orillas"; pasando a ser reemplazados por lo que propiamente llamamos "embalse". Se originan nuevas "riberas" o "cotas de llenado"; en otras palabras, el cauce natural de aguas corrientes pasa a ser reemplazado por un embalse de aguas detenidas transitoriamente, según se desprende, por lo demás, de los artículos 2º inciso 4º y 36 inciso 2º del Código de Aguas, ya citados.

2º A partir de estas alteraciones físicas de la cuenca, se altera jurídicamente la forma de distribución y de captación de los derechos de aguas de los titulares de derechos antiguos. En efecto, según ya se dijo, como consecuencia de la desaparición fáctica y jurídica de una fuente natural (río), ésta es reemplazada transitoriamente por un acopio artificial de aguas, producido por la barrera de contención.

3º Las antiguas captaciones de titulares de derechos de aguas, situadas en las riberas del desaparecido río, se alteran fáctica y jurídicamente, y pasan a quedar situadas en los puntos de coronamiento de las aguas del embalse, o sitios de las cotas más altas del embalse, según sea la cantidad de agua acopiada y la

altura que alcance el embalse respectivo. De estos cambios de captaciones se deja testimonio explícito o implícito en las autorizaciones de obra de las respectivas barreras.

Si bien es ésta una materia a la cual no se refiere en forma expresa la legislación, a mi juicio, al momento de aprobarse los proyectos respectivos y autorizarse la construcción de un embalse, en virtud del artículo 295 del Código de Aguas, tal autorización comprende las modificaciones de cauces naturales o artificiales a que se refieren los artículos 41 y 71 del Código de Aguas, como las modificaciones de ubicación de las obras y lugares de captación a que se refieren los artículos 151 y siguientes del mismo Código. Este es el único modo de comprender las alteraciones físicas producidas por un embalse, respecto de la captación de sus aguas por parte del dueño de la presa. De otro modo, tendríamos que pensar que respecto de un embalse no hay "punto de captación", sino sólo "llenado", a partir de la corriente del río.

Esta ambigüedad, en todo caso, podría salvarse en el reglamento especial a que se refiere el artículo 295 inciso 2º del Código de Aguas, que hasta ahora no ha sido dictado.

4º Entonces, este cambio de lugar de captación de las aguas afecta al titular de los derechos de aprovechamiento no consuntivos que construye la barrera que posibilita el embalse. Así, si la resolución respectiva que creó tales derechos fijó un lugar de captación que posteriormente quedó inundado en virtud del acopio de aguas autorizado por una resolución posterior, en este caso, el lugar de captación, fáctica y jurídicamente, lo constituirá, a partir del acopio de aguas, el lugar en que las aguas corrientes se confunden con las aguas embalsadas, según las cotas más altas de embalse autorizadas.

Y esto ocurre así pues el llenado del embalse, que hizo desaparecer fáctica y jurídicamente el río, y los conceptos de ribera y orilla:

a) inundó los antiguos lugares de captación de los canales existentes, produciéndose, en los hechos y en el derecho, un cambio de lugar de captación de tales canales desde la orilla del río que desaparece, hasta la cota de coronamiento del embalse, donde se tendrán que construir nuevas obras de captación, y

b) inundó incluso el lugar signado en su título de derecho de aprovechamiento como lugar de captación (en este caso, la ribera izquierda del río xx, a xx metros del canal, hoy inundado), produciéndose, en los hechos y en el derecho, un cambio de lugar de captación de sus aguas, desde la orilla del río que desaparece hasta el lugar en que el río deposita las aguas en el embalse, en su cota más alta, y éstas dejan de ser “corrientes” y pasan a ser “embalsadas” o “detenidas” transitoriamente.

5º Otra consecuencia natural es que el agua embalsada sólo puede ser libremente usada, según sus títulos, por el dueño de la obra de contención del embalse, salvo derechos ajenos previamente constituidos y que le obligan a dejar escurrir libremente las aguas correspondientes.

En otras palabras, las aguas embalsadas no están disponibles para usos ajenos, ni para nuevas peticiones de derechos, ni para el otorgamiento de ellos por la autoridad, lo cual es confirmado por los artículos 18 inciso 2º, que prohíbe constituir derechos de ejercicio eventual sobre las aguas embalsadas o detenidas (la razón lógica es que no hay aquí aguas corrientes ni “sobrantes”), y 22, que sólo autoriza crear nuevos derechos de aguas cuando éstas se encuentran disponibles en fuentes estatales de desarrollo del recurso o en fuentes naturales; y, como resulta claro, el embalse artificial xx no es ni obra estatal de desarrollo del recurso ni es “fuente natural”, pues es un embalse artificial privado.

6º Adicionalmente, el álveo o cauce natural antiguo ha desaparecido bajo las aguas, por lo que ya no existe como tal, y se ha confundido con las antiguas tierras ribereñas actualmente inundadas, las que, por intermedio de las servidumbres de inundación del caso, han pasado a constituir el “fondo de embalse”, el que no es posible confundir con un cauce natural, como lo define el artículo 30 del Código de Aguas, sino más bien como parte de una obra artificial, sujeta a una operación hidroeléctrica especial y en ningún caso disponible para el otorgamiento de nuevos derechos.

7º A raíz de este acopio artificial de aguas en virtud de las obras de un privado, nace un derecho de propiedad, como situación fáctica y jurídica, de la obra artificial de acopio de agua, llamada barrera o represa, y que posibilita el “embalse”.

Para la configuración de un embalse privado, entonces, es necesario que se cumplan al menos los siguientes requisitos: uno, la construcción de una obra denominada represa o barrera, en virtud de la cual se acopiarán y detendrán transitoriamente unas aguas, formando un “embalse”; y dos, ser titular de unos derechos de aprovechamiento que faculden para acopiar la cantidad de aguas suficiente para alcanzar una cota determinada y autorizada previamente por la autoridad.

Estas circunstancias permiten derivar a su titular hasta una situación jurídica que no puede ser modificada por actos posteriores sin afectar la esencia de sus derechos.

III. CREACION DE NUEVOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR LA AUTORIDAD, PARA SER CAPTADAS LAS AGUAS DESDE UN EMBALSE

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 22 del Código de Aguas, la autoridad sólo está llamada a crear derechos sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2º, 3º, 31, 34 y 35 del Código de Aguas, estas fuentes naturales en que se crean derechos de aguas son, especialmente, aquellas en que se encuentran aguas “corrientes”, pues las aguas detenidas tienen otro estatuto, ligado a la propiedad del suelo que las retiene.

Un embalse es un acopio artificial de aguas, que por tal razón quedan detenidas transitoriamente (véase art. 2º inciso 4º del Código de Aguas), las cuales no pueden ser objeto de derechos de aguas, en especial de derechos de ejercicio eventual, como lo declara expresamente el art. 18 inc. 2º del Código de Aguas.

En otras palabras, un embalse no es un río, ni menos una fuente natural. Un embalse es precisamente un accidente artificial de un río, que lo interrumpe, altera o modifica, tanto en su alveo como en el escurrimiento de las aguas. Así:

a) Al no existir álveo de un río, no existen fáctica ni jurídicamente orillas o riberas donde establecer una obra de capta-

ción; sólo existe fondo de embalse u orilla de embalse, la que puede variar significativamente según la operación autorizada de una central hidroeléctrica. Por tal razón es imposible ya disponer de un "lugar de captación" para nuevos derechos;

b) En un embalse ya no "escurren" las aguas; ya no hay aguas "corrientes", como en un río, sino que existen aguas acopiadas artificialmente, por una obra de embalse, que ha sido autorizada; y estas aguas sólo volverán a escurrir luego de ser devueltas al cauce natural en el lugar de devolución que establezca el título de los derechos de aprovechamiento que originaron el embalse. Por lo tanto, no es posible constituir derechos sobre estas aguas embalsadas, por no escurrir en fuentes naturales.

De este modo, como se ha determinado por la jurisprudencia administrativa respecto de toda obra artificial (véanse dictámenes de la Contraloría General de la República N° 29.228, de 1984 y N° 28.061, de 1985), la Dirección General de Aguas no tiene facultades para otorgar derechos de aprovechamiento de aguas que se captarán desde obras artificiales, sino sólo desde fuentes naturales, *a menos que el dueño de la obra artificial lo consienta expresamente*.

En virtud de lo anterior, en caso de que exista disponibilidad de aguas en un río determinado, y sea legalmente procedente, sólo será posible otorgar derechos de aprovechamiento si sus lugares de captación se sitúan antes de que el río confunda sus aguas con el embalse en su cota máxima autorizada, o después que el titular de los derechos de aprovechamiento no consuntivos que posibilitan el funcionamiento de la central hidroeléctrica las devuelva nuevamente al cauce natural.

IV. CONCLUSIONES

1º No es posible constituir derechos de aprovechamiento de aguas respecto de aguas acopiadas en embalses particulares. Las aguas detenidas artificial y transitoriamente en virtud de una barrera de propiedad de terceros para la operación de una central hidroeléctrica no están disponibles, pues no constituyen aguas corrientes existentes en una fuente natural, y la auto-

ridad sólo tiene facultades para constituir derechos de aprovechamiento respecto de aguas disponibles en fuentes naturales.

Sólo podría constituirse derechos de aprovechamiento si las aguas van a ser captadas antes del lugar en que técnica y jurídicamente desaparece el río (lo que se produce al confundirse sus aguas con las acopiadas en la cota más alta del embalse); o después que el titular del derecho respectivo las haya devuelto al cauce natural, recomenzando el curso del río.

2ª La autoridad sólo tiene facultades, en su caso, para constituir derechos de aprovechamiento de aguas, y, en ningún caso puede disponer de bienes privados de terceros, lo que está entregado al libre acuerdo de las partes o de los tribunales de justicia. En virtud de lo anterior, la autoridad no puede constituir un derecho disponiendo que la captación de las aguas, captación y ejercicio del derecho, se realizará utilizando obras de conducción del complejo hidroeléctrico xx, sin la expresa autorización de sus dueños.

3ª Los derechos de aprovechamiento no consuntivos para la generación hidroeléctrica, que se ejercen mediante su acopio en embalses para luego ser usados y restituidos de acuerdo a su título, no pueden ser afectados ni en su lugar de acopio, ni en su cantidad, ni en su oportunidad de uso, mediante la creación de nuevos derechos para ser captados en la obra artificial de embalse, pues todo el sector de acopio de las aguas, esto es, el embalse, no está disponible para que la autoridad cree nuevos derechos de aguas, pues es una obra artificial que depende sólo de la operación legítima del titular de tales derechos.

4ª Ni aun un acuerdo entre las partes posibilitaría la creación de unos derechos de aguas en estas condiciones, pues tal hecho infringiría disposiciones centrales del derecho de aguas, originando derechos viciados, en razón de no decir relación con aguas disponibles, pues sólo se encuentran disponibles las aguas de fuentes naturales o de obras estatales de desarrollo del recurso, en cuyo caso no se encuentran las aguas acopiadas en una fuente artificial. Adicionalmente, resulta absurdo pretender establecer como punto de captación un lugar geográfico que en este momento se encuentra inundado por el embalse

xx, y que ya perdió fáctica y jurídicamente su condición de “orilla” o “ribera” de río, pasando a ser “fondo de embalse”.

A mi juicio, en caso de que exista disponibilidad de aguas, el derecho debe otorgarse para ser captado antes del nacimiento del embalse o después del punto de restitución del actual operador de la central hidroeléctrica.

CUARTA PARTE

**PROSPECTIVA DEL DERECHO
DE AGUAS**

ENTRE LO PUBLICO Y LO PRIVADO, ¿QUIEN ES
EL DUEÑO DE LAS AGUAS?

¿Cómo se han ido conformando históricamente los vínculos jurídicos con las aguas? En el derecho vigente de cada país, ¿qué puede hacer el legislador para que el agua pueda ser aprovechada por todos? ¿Qué papel le corresponde al Estado? ¿Cuáles son los derechos que los particulares pueden tener sobre las aguas? ¿Qué puede hacer el derecho para que funcionen los mercados de derechos de aguas? En suma, ¿cómo es posible enfrentar al fenómeno natural de las aguas? ¿Ayudar a administrar las abundancias? ¿Ayudar a administrar (y sufrir) las sequías?

Los ríos no respetan siempre sus cauces principales; suelen dejar escurrir sus aguas fuera de ellos, y a veces con gran fuerza destruyen pacientes obras humanas. Del mismo modo, los principios jurídicos en materia de aguas han sido normalmente excepcionales respecto de las demás instituciones jurídicas. Las teorías generales no han podido aplicarse en derecho de aguas: ellas “se escurren” entre la liquidez de las mismas aguas. Los hombres tenemos la pretensión de que la naturaleza se someta a nuestras exigencias, pero en materia de aguas ello no ha sido siempre posible. Cada vez que hemos creído tener al alcance de nuestra mano la posibilidad de definir los principios jurídicos de las aguas, un nuevo hecho puede impedirlo: por ejemplo, una sequía. Entonces nos preguntamos, ¿la falta de agua, extingue también el derecho de las aguas? ¿Origina un nuevo derecho? ¿El derecho de la sequía?

I. UNA MIRADA HISTORICA

Para comenzar a buscar respuestas, una mirada histórica puede parecer útil. Desde la antigua Grecia podemos recoger algún principio, si observamos que Platón en su diálogo sobre las leyes (*Nomoi* 8, 844a) decía: "...el que quiera llevar agua a su terreno la lleve derivándola de las corrientes de propiedad común, sin sangrar los manantiales de superficie de ningún particular; condúzcala por donde quiera salvo por domicilios privados, templos o enterramientos, y no haga otro daño que el indispensable de la conducción". Así, Platón, en el ordenamiento ciudadano que proyecta, considera la aguas como "de propiedad común", otorgando a cualquier particular el derecho a derivarlas y canalizarlas, sin dañar bienes ajenos.

En el derecho romano, los ríos de caudal permanente eran, en general, *res publicae*, cosa pública. Las *res publicae* son cosas de derecho humano (*res humani iuris*), y a diferencia de las *res privatae* (que pertenecen a los particulares), pertenecen al "pueblo romano" (*populus Romanus*), a todos los ciudadanos (al "público") en su conjunto, y sólo para efectos de su protección interdictal los juristas distinguían dentro de estas *res publicae*, entre otros, los ríos de caudal permanente (*flumina perennia*), cuyo uso público estaba protegido por varios interdictos (D. 43. 12, 13, 14 y 15). Las personas podían extraer de los ríos de caudal permanente toda el agua que cada cual (con la precaria tecnología de la época) "podía" efectivamente extraer y usar. No existía una repartición "estatal" o "pública" del agua, y la única limitación consistía en no dañar a los vecinos con un uso excesivo, inundando sus suelos con derrames. En Roma el derecho de aguas, podríamos decir, es un derecho de interdictos, de acciones entre particulares. Esta es una muestra más del no-estatismo de Roma, pues, como se sabe, en Roma no existió un "Estado-Administración" como lo que conocemos hoy.

En la época medieval cambió el esquema jurídico, y desde aquella concepción práctica y libertaria se evoluciona a una concepción regaliana, en que los reyes consideran a las aguas como objeto de su "propiedad-soberanía". Se distinguía: las aguas de los grandes ríos, que eran de los reyes; los esteros, que pertenecían a los señores; y los arroyos (que nacen y mueren

en igual terreno), que pertenecían a los dueños de la tierra. En el fondo, detrás de esta técnica legal de los reyes de apropiación del agua como *iura regalia*, estaba el interés en obtener rentas. El sistema funcionaba así: para usar el agua debía solicitarse previamente una licencia (una "concesión", en nuestra actual terminología legal), la que originaba un tributo a favor del rey. Como influjo de este pensamiento regaliano, el derecho de aguas que se aplicó en América durante la dominación española fue construido igualmente sobre la base de regalías, y quienes deseaban obtener derechos, debían obtener previamente una licencia, y pagar tributos.

Este esquema fue acogido por los estados modernos, incluido el Estado chileno surgido a principios del siglo XIX, originándose una especial apropiación de las aguas, por la vía de conceptos jurídicos algo confusos. Por cierto, ello ocurrió así, a pesar del previo hecho histórico y cultural de unas revoluciones que aparentemente liberarían estos bienes a la sociedad, pero que al respecto sólo originan cambios de poder (revoluciones independentistas americanas y francesa). Como lo constata Tocqueville (*L'Ancien régime et la revolution*, I, 2), a partir de la Revolución Francesa es perceptible el nacimiento de ese poder central inmenso, el estatal, que absorbió muchas partículas del antiguo poder; y entre ellas todas las antiguas regalías, como es el caso de las aguas, que pasaron a constituir ahora vínculos cuasi patrimoniales del naciente "Estado". No debe olvidarse el virtual cambio de escena que produjo la Revolución Francesa, y de ahí al ideario que inspiró nuestros primeros textos legislativos, respecto de la ligazón del Estado-Nación con los bienes públicos, como las aguas. Este vínculo patrimonial del Estado-Administración respecto de aquellas cosas antiguamente concebidas como *iura regalia*, está conectado con el principio de la inalienabilidad del dominio público, concepto que reemplaza desde el punto de vista histórico e institucional a las regalías. Este principio está plagado de tensiones políticas a través de su singular historia.

A partir del siglo XIX el agua es concebida en Chile, al igual que en otros sitios, como pública, a través de un eufemístico concepto: "bien nacional de uso público", que domina igualmente todo el siglo siguiente. Si alguien pregunta ¿de quién

son las aguas?, todos o casi todos quienes respondan se sentirán atraídos a señalar que en el fondo son “del Estado” (aun cuando esto cada vez se nos presenta como más anacrónico). Es interesante despejar ciertos mitos que reaparecen cada cierto tiempo en nuestra discusión pública: así se dice “¿puede un particular sentirse propietario de unas aguas que son de uso público?”. Ante la apropiación privada de grandes masas de agua, se dice que es necesario “recuperar su condición de bien nacional de uso público”. Y otras similares. No deja de ser inteligente la actual definición legislativa francesa, en su nueva Ley de Aguas de 1992, que en su artículo 1º señala: “El agua forma parte del patrimonio común de la nación (...). El uso del agua pertenece a todos dentro de los límites de las leyes y reglamentos (...)”.

II. EL DERECHO A LAS GOTAS DE LLUVIA

Ahora, ¿de acuerdo a qué principios se produce la conformación de nuestro derecho de aguas? A raíz de nuestra concepción legislativa de las aguas como “bienes nacionales de uso público”, el uso de las aguas por los privados debe necesariamente ser concedido por el Estado: éste otorga a los particulares una “concesión o merced de aguas”, de la cual nacen “derechos de aprovechamiento de aguas”. Esta es la regla legal: no debiera haber usos válidos sin previa concesión; aun cuando es sólo “teórica” la vigencia íntegra en Chile de tal sistema concesional, pues un gran porcentaje de los usos de agua legítimos, constitutivos de derechos y reconocidos como tales, se han originado, de manera inmemorial, en prácticas consuetudinarias, de apropiación privada por ribereños o canalistas, quienes hoy no tienen título concesional alguno que exhibir (y deben formalizar o regularizar su derecho); pero eso no implica que no tengan un “derecho”.

Los derechos de aguas de los particulares van siendo dotados cada vez más de un estatuto privado, de cierta intangibilidad frente al Estado. A consecuencia de un uso cada vez más intensivo, el agua se va haciendo también más escasa. Es posi-

ble transportarla a lugares cada vez más lejanos; los problemas aumentan, y otros usuarios alejados del cauce adquieren derechos de uso de las mismas. Adicionalmente, surgen nuevos conceptos desde el derecho, como los derechos no consuntivos (de modo de aprovechar aun más las corrientes de aguas y hacer compatibles las actividades agrícolas con la hidroelectricidad por ejemplo).

Este uso intensivo de las aguas se quebranta por un fenómeno natural: la sequía, que ha hecho nacer, por ejemplo, en nuestra tradición decimonónica, el concepto de derechos de ejercicio eventual (esto es, derechos que sólo se ejercerán cuando no hay sequía). Esta evolución es natural, y concordante con el objetivo del derecho de aguas: posibilitar un mejor y más equitativo uso de un recurso limitado y escaso como es el agua. Como se decía bella y sabiamente en un texto jurídico del siglo XII, de un soberano de Sri Lanka (Ceilán): *"no dejemos que ni una sola gota de lluvia que caiga sobre esta isla vuelva al océano antes de haber servido a la humanidad"*.

Puesto que el agua siempre será la misma (salvo la construcción de embalses), el debate actual es la eficiencia de su uso; esto es, la reasignación que constituye el tema central geográfico, económico y jurídico actual relativo a las aguas. Entonces, de partida, el derecho al construir sus principios, y la legislación, han de operar con las aguas que, naturalmente, existan en nuestros ríos o escorrentías subterráneas, pues como ha dicho Gazzaniga, *"¿ni la más bella ley hará caer ni una sola gota de lluvia!"*

Si centramos nuestro interés en las dificultades o facilidades que puede prestar el derecho (a través de la legislación, en su caso) para el establecimiento de sistemas adecuados de asignación de derechos sobre las aguas que existan, lo que realmente importa conocer de una legislación es si permite usar adecuadamente, en beneficio individual y social, toda el agua que esté al alcance del hombre. Para tal objetivo, la ciencia económica que inspira las políticas públicas, luego transformadas en leyes, ha considerado ciertos principios y conclusiones de asignación por la vía del mercado, ya ampliamente aceptados en nuestro país.

III. ¿AL ALCANCE DE TODOS?

¿Cómo enfrenta estas exigencias, con sus técnicas propias, el vigente derecho de aguas chileno? El Decreto Ley N° 2.603, de 1979, y posteriormente el Código de Aguas de 1981, han establecido un nuevo sistema de derechos de aguas basado en las siguientes características principales:

– En primer término, una amplia protección de los derechos de aguas en manos de particulares. Como consecuencia de la aplicación de un sistema general de protección a las titularidades privadas (Constitución de 1980), en el sector se ha producido un reforzamiento de los derechos privados dirigidos al aprovechamiento de las aguas, obteniendo protección tanto los derechos concedidos por el Estado (constituidos) como los consuetudinarios (reconocidos por éste).

Por otro lado, en cuanto a los derechos que concede el Estado, debe recordarse que si bien las aguas son consideradas bienes del dominio público (“bienes nacionales de uso público”, en la terminología legislativa chilena), aquél crea a favor de los particulares un “derecho de aprovechamiento” sobre las aguas, derecho este que tiene las mismas garantías constitucionales de la propiedad. En virtud de este derecho los particulares pueden usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas que pueden extraer de la fuente, a su entera libertad.

Incluso, y éste es un aspecto relevante en la nueva legislación, el titular del derecho de aguas puede separar el agua del terreno en que estaba siendo usada primitivamente; esto es, puede transferir libremente su derecho, en forma separada de la tierra, para que el nuevo titular pueda utilizarlas en cualquier otro sitio de la cuenca. Adicionalmente, el titular puede usarlas para cualquier destino, posibilitando libres cambios de uso de las aguas (por ejemplo, de agricultura a sanidad, o a hidroelectricidad, o viceversa).

Unido a esta clara definición de los derechos de aguas, debe consignarse el marco global de protección que otorga la actual institucionalidad jurídica chilena creada a partir de 1980 a los derechos de propiedad y a la libertad de empresa; lo que es un incentivo general al funcionamiento de cualquier merca-

do. Estos derechos de aguas pueden entonces ser libremente transferidos.

La certeza de tales derechos la proporciona el sistema a través de un Registro de Aguas, a cargo de los conservadores de Bienes Raíces. No obstante, y ésta es una notable debilidad del actual sistema chileno, existe todavía una gran proporción de derechos consuetudinarios, no inscritos como tales ni regularizados en registro ni catastro público alguno. O cuando están inscritos, sus datos son claramente deficientes en cuanto a las especificaciones esenciales del derecho. No obstante, dado que mayoritariamente las aguas de tales usuarios son distribuidas por ellos mismos, de común acuerdo, a través de comunidades y juntas de vigilancia, esto no se ha traducido en inseguridad. El inconveniente se produce cuando el titular de un derecho, adquirido por transacciones de mercado, desea cambiar el lugar consuetudinario de uso de las aguas.

– En segundo lugar, la actual legislación consagra una total libertad para el uso del agua a que se tiene derecho. Pueden los particulares destinar las aguas a las finalidades o tipos de uso que deseen. Y esta libertad es permanente. No es necesario que al solicitar los derechos los particulares justifiquen uso futuro alguno. Tampoco es necesario que en las transferencias de derechos de aguas se respeten los usos antiguos, y libremente las aguas pueden cambiar su destino, por ejemplo, de riego a consumo humano.

La única limitación se relaciona con la cantidad de agua que se puede extraer desde la fuente natural, pues se exige el respeto de la condición del derecho; así, si el derecho es consuntivo, es posible el consumo total del agua extraída; o su mero uso, y posterior devolución a la fuente, si es un derecho no consuntivo.

La actual legislación de aguas chilena no privilegia ningún uso sobre el otro. Así, al momento de otorgar derechos nuevos, no existen preferencias legales en cuanto a los usos. Esta tarea se ha dejado al mercado. Si al momento de solicitarse las aguas, simultáneamente existen varios interesados, la autoridad no puede privilegiar a ningún solicitante sobre otro: la legislación ha recogido un mecanismo de mercado, y debe llamarse a un remate público, con el objeto de que sean los propios agentes

privados los que, a través del libre juego de la oferta y la demanda, busquen la asignación más eficiente, favoreciendo a aquel que ofrezca los mejores precios.

En fin, en cuanto al uso de las aguas, la legislación vigente, en virtud de su deseo de dar libertad de acción a los particulares en materia económica, no obliga a los titulares de derechos de aguas a utilizar efectivamente los caudales a que tienen derecho, ni a construir las obras necesarias para hacerlo. Los particulares libremente usarán o no tales aguas, y esperarán, también libremente, de acuerdo a las condiciones de mercado, el momento apropiado para usarlas, o para enajenarlas a quien desee usarlas. Incluso, es posible obtener el derecho de aguas nada más que para esperar, a su vez, en forma especulativa, una mejor condición de mercado, y transferirlo entonces a quien desee adquirirlo.

– En tercer lugar, se establecen reglas claras para la obtención de nuevos derechos, y los interesados pueden solicitarlos gratuitamente ante el servicio público estatal encargado de su otorgamiento (Dirección General de Aguas), bajo la única condición de que se reúnan los siguientes requisitos: a) que la solicitud respete los procedimientos establecidos al efecto; b) que se constate técnicamente que existen recursos de aguas disponibles en la fuente natural; y c), que el nuevo uso no afecte a antiguos titulares de derechos vigentes. Además, tanto los antiguos como los nuevos titulares de derechos de aguas no están sujetos a ningún impuesto o tarifa por la titularidad o uso de las aguas. Por lo tanto, la obtención y conservación de los derechos de aguas es totalmente gratuita.

El organismo público respectivo está obligado a otorgar nuevos derechos de aguas a nuevos peticionarios una vez que se reúnan los tres requisitos recién enunciados, y en especial si se constata la existencia de caudales no otorgados previamente a otros particulares; no puede negarse a otorgar esos nuevos derechos de aguas sin infringir una garantía constitucional (art. 19 N° 23 de la Constitución: el *ius ad rem*, derecho a llegar a ser concesionario de aguas).

– En fin, es posible apreciar en la legislación una mesurada intervención estatal en el sector. En efecto, si bien existe un organismo público encargado de constituir los derechos de

aguas, de la policía y vigilancia del recurso, de autorizar las construcciones de obras, de supervigilar a las organizaciones de usuarios y de planificar el desarrollo del recurso, sus facultades son más bien limitadas, y no puede introducirse ni en la distribución de las aguas (que se realiza descentralizadamente por las organizaciones de usuarios), ni puede resolver los conflictos de aguas (que se solucionan, antes que nada, por las propias organizaciones de usuarios, o por los tribunales de justicia). En ningún caso puede introducirse este organismo público en las transacciones de derechos de aguas que se llevan adelante libremente entre los usuarios; ni siquiera si ellas pudiesen producir, en palabras de economistas, "externalidades" en el mercado, esto es, resultados no esperados en la adecuada asignación del recurso.

Así está construido el vigente derecho de aguas chileno: entre lo privado y lo público. Pareciera que el agua como tal no está ni debiera estar en el patrimonio de los particulares ni, menos, del Estado: debiera estar al alcance de todos. Y lograr eso es materia de las leyes de los hombres. Entonces, si debemos responder al cuestionamiento señalado en el título de este capítulo, y de acuerdo a lo expresado en el texto, permítasenos hacerlo a través de esta nueva pregunta: ¿necesitamos que el agua, como tal, sea de propiedad de alguien, si el derecho puede ponerla al alcance de todos?

CONFLICTIVIDAD JUDICIAL SOBRE RECURSOS HÍDRICOS EN UN SISTEMA DE MERCADO DE DERECHOS DE AGUAS

Contiene este capítulo, a partir del trabajo sobre litigios judiciales sobre recursos hídricos en Australia de Peter Mc Clellan QC, y como comentario del mismo, un análisis sobre la conflictividad judicial en Chile, en que rige un sistema de mercado de derechos de aguas.*

Para ello, en primer término, se resumen apretadamente sus principales proposiciones, para luego ser analizadas a la luz de la legislación de aguas chilena.

En segundo lugar, se ofrecen los principales aspectos de la historia de la legislación de aguas chilena, desde la época colonial a la época nacional; resaltando los aspectos en que los principios y problemas de la legislación chilena son comparables (por ser iguales o diferentes) con lo expuesto respecto de Australia por el prof. Mc Clellan.

En fin, se ofrece un análisis final sobre la perspectiva de los litigios de agua en Chile, a partir de la aplicación más intensa de un mercado de aguas.

En el trabajo de Peter Mc Clellan QC se expone cómo en un primer momento el sistema ribereño (que permite al dueño del terreno por donde pasan las aguas sacar la suficiente para su provecho, sin perjuicio ajeno) fue adecuado; sobre todo porque el agua era abundante y la comunidad de usuarios era relativamente pequeña. Esta situación, que es clásica, como en

* Presentado al *Rosemberg International Forum on Water Policy*, organizado por la University of California, Berkeley, y llevado a efecto en San Francisco (EE.UU.), los días 28 a 30 de septiembre de 1997.

todos los sitios pronto cambiaría, y se expone en tal trabajo cómo Australia dictó normas relativas a nuevas licencias o concesiones, para nuevos usuarios, los que frecuentemente entran en disputas con los antiguos ribereños.

I. CAUSAS DE LAS DISPUTAS DE AGUAS EN CHILE

Quisiera ofrecer, como comentario comparativo del trabajo de Mc Clellan QC, una exposición muy general sobre la conflictividad de los derechos de aguas en Chile. En tal conflictividad, al igual que en Australia, ocupa un primer lugar el caso de los nuevos usuarios de derechos de aguas. A esto debemos agregar hoy el problema de la calidad de las aguas, sobre lo cual existe cada vez más preocupación. Estos dos aspectos complican aún más la resolución de las disputas.

Pero el tema de fondo al que me quiero referir es al problema de la conflictividad judicial de los derechos de aguas en medio de un sistema legal que propicia ampliamente el mercado de los derechos de aguas, como es el chileno (Vid. Vergara, 1997), y que merece ciertas consideraciones especiales.

Actualmente en Chile las principales disputas dicen relación con el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas para usos hidroeléctricos (en el sur del país) y para usos de bebida humana o de la industria minera (principalmente en el norte del país). Todos estos usuarios normalmente se enfrentan a los regantes (agricultores).

Una vez concedidos estos derechos, ya sea que no haya existido conflicto o ya sea que éste haya favorecido a los nuevos usuarios (empresas hidroeléctricas, de agua potable o mineras), se pueden presentar nuevos conflictos a raíz del ejercicio del derecho por parte de éstos, pues normalmente, y por las causas que señalaré, los usos agrícolas (más antiguos) son difícilmente compatibles en Chile con los otros usos.

Para la comprensión de nuestra problemática, se ofrece en seguida una breve reseña de nuestra legislación histórica de aguas, y luego las bases sobre las cuales en los últimos años se ha establecido una nueva legislación. Legislación esta que consagra la posibilidad amplia de un funcionamiento del mercado

de derechos de aguas, en medio del cual, como veremos, las conflictividades judiciales cambian de tono.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LEGISLACION DE AGUAS CHILENA

La legislación medieval y moderna de Castilla, que se aplicó durante la colonización española en el territorio hoy ocupado por Chile, establecía un sistema concesional, considerando a las aguas como *iura regalia*, como bienes de la Corona. Por lo tanto, en principio, todos los usuarios de agua debían contar con una concesión ("merced", en nuestra terminología antigua) de aguas (vid. Stewart, 1967, p. 58; Dougnac, 1992, p. 141; Vergara, 1991, p. 155, con Anexo de textos históricos).

Entonces, en principio, en tal época colonial (antes de la Independencia Nacional en 1818), todo usuario de aguas debía exhibir un título habilitante, expedido por el representante del Rey.

El mismo principio rigió a partir de 1818, especialmente confirmado en 1857 (aprobación del Código Civil chileno) y en otros textos del siglo XIX (vid. Vergara 1990, pp. 118 y ss.). Pero la exigencia de estos títulos expedidos por el Estado-Administración se producía sólo en los textos legales, pues la realidad era otra. En efecto, se siguieron produciendo muchos usos consuetudinarios, sin título alguno, sobre todo por parte de los ribereños y otros usuarios de aguas, que las captaban y canalizaban hacia plantaciones agrícolas. Así, los regantes se transforman en unos usuarios sin concesión.

En todo caso, desde 1857 la legislación (art. 837 Código Civil) reconoce los derechos de los usuarios que utilizan aguas en cauces artificiales (canales de regadío), normalmente ribereños. Y estos usuarios continúan utilizando sus aguas desde el siglo pasado, hasta hoy, sin una concesión, pero con una gran permanencia, a partir de la distribución que efectúan las organizaciones de usuarios, integradas por ellos mismos. Estas organizaciones (comunidades de aguas, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia) luego son reconocidas legalmente, y a través de ellas, los derechos de los regantes individuales. Lo más

permanente e intangible entonces de estos derechos, son las propias obras de captación y distribución de aguas, a partir de las cuales se establece la medida de cada derecho, o su porcentaje en la obra común.

Entonces, a partir del siglo XIX existen dos grandes tipos de usuarios de aguas:

1º Aquellos que ostentan una concesión o merced de derechos de aguas, otorgada por alguna autoridad. Se habla de derechos “constituidos” (o concesionales).

2º Aquellos usuarios, normalmente agricultores, que no cuentan con títulos concesionales, pero cuyo uso consuetudinario es reconocido por la ley. Se habla de derechos “reconocidos” (o consuetudinarios). (Vid. Vergara, 1998).

A éstos es posible agregar otros usos especiales que la ley reconoce como derechos (por ejemplo, pozos domésticos de aguas subterráneas: art. 56 inc. 1º Código de Aguas); o a derechos antiguos, creados conforme a antiguas reglas legislativas (art. 310 Código de Aguas).

Este panorama permite visualizar que en nuestro sistema histórico-legislativo de aguas, siguiendo la terminología de los profesores de EE.UU., existe una mixtura de sistemas: *riparian rights* y *prior appropriation* (Vid. Getches, 1997).

El mayor inconveniente que esta situación produce es la falta de un catastro completo (hasta hace pocos años inexistente) de los derechos constituidos (concesionales) o reconocidos (usos consuetudinarios) en cada cuenca o subcuenca del país. No obstante que en los últimos años se ha avanzado bastante al respecto (vid. Liendo, 1992), queda por realizar un íntegro catastro de derechos de aguas (vid. Vergara, 1998).

Agrégase al anterior inconveniente el hecho de que casi todos los ríos del norte de Chile (a partir del río Aconcagua, muy cerca de Santiago, que se sitúa al centro del país) están sometidos a un sistema turnal o de rateo en la distribución de las aguas, en algunos casos desde tiempos de la Colonia (ver Sayago, 1874, reed. 1994; y Dougnac y Barrientos, 1993). Estos turnos en casi todos los ríos del Norte se aplican hasta el día de hoy.

Esto implica que la dotación individual o cantidad de aguas que le corresponde a cada usuario individual (normalmente

consuetudinario) depende de la dotación total que traiga el río; es, entonces, una dotación esencialmente variable.

Debe mencionarse, además, que la distribución de las aguas en Chile, desde el siglo pasado, se efectúa de manera absolutamente descentralizada por las propias organizaciones de usuarios, en las cuales no tiene ninguna participación el Estado. Tales organizaciones se denominan Juntas de Vigilancia, y pueden organizarse en cada cuenca hidrográfica (río) en "secciones" de ríos, cuando por efectos prácticos ello sea necesario. Estos "seccionamientos" de un mismo río, administrados por varias organizaciones de usuarios, han dado origen a conflictos diversos.

En fin, de frente a esta panorámica, y luego de que se intentó en 1967 establecer un sistema centralizado, rige hoy en Chile una novísima legislación de aguas, desde 1981, que utiliza ampliamente mecanismos de mercado; lo que describo brevemente en seguida.

III. LA CONFLICTIVIDAD JUDICIAL DE AGUAS EN MEDIO DE UN MERCADO DE LOS DERECHOS DE AGUAS

1. LA LEGISLACIÓN DE AGUAS DE 1979-1981

En 1981 se dicta un nuevo Código de Aguas en Chile, que altera algunas reglas anteriores en cuanto al uso de las aguas, con el intento de descentralizar la reasignación de los derechos de aguas por la vía de la libre transacción (vid. Vergara, 1997, 2). Antes, en 1979, el D.L. N° 2.603, en su art. 7º, reconoció expresamente la existencia como derechos de los usos consuetudinarios, lo que fue confirmado por la posterior Constitución de 1981 (en su artículo 19 N° 24 inciso final).

En esta nueva legislación se establece perentoriamente que la cantidad de agua que pueden extraer los titulares de derechos constituidos (concesionales) debe expresarse en una unidad fija: volumen por unidad de tiempo (art. 7º del Código de Aguas). No obstante, se autoriza que los derechos reconocidos (usos consuetudinarios) sigan sometidos a su sistema de distribución normal (art. 311, en relación con los arts. 200, 241 N° 5

y 268, entre otros, del Código de Aguas). En los hechos, entonces, se establece una regla doble: un sistema fijo para que conste en los títulos de los nuevos derechos; un sistema variable que regirá para los derechos antiguos, y para los nuevos (a pesar de lo que digan sus títulos) especialmente en aquellos ríos o cauces sometidos a "turno" o "rateo", y administrados por Comunidades de Aguas, Asociaciones de Canalistas o Juntas de Vigilancia, todos los cuales pertenecen normalmente a agricultores del norte del país (y del centro en menor proporción) (ver Vergara, 1996).

Además, esta nueva legislación, como se dijo, reconoció ampliamente todo tipo de derechos de aguas anteriores, los que en algunos casos podrían haber sido otorgados con fines específicos (por ej. agua potable). A partir de ahora, tales derechos podían utilizarse en cualquier uso, pudiendo ser libremente transferidos.

Establece la legislación, en todo caso, diferentes tipos de derechos, para distinguir su uso. Así:

- mantiene algunas caracterizaciones antiguas: en la legislación anterior a 1981, se les otorgaba las siguientes caracterizaciones a todo derecho: a) un uso permanente o eventual de las aguas: los derechos de uso permanente permiten usar el agua incluso en tiempos de sequía, y tienen la posibilidad de entrar a formar parte de los turnos o rateos, junto a los demás derechos con la condición de permanentes; los derechos que tienen la caracterización de eventuales, no tienen derecho al turno y, en tiempos de sequía, no pueden ser ejercidos (vid. arts. 16, 17 y 18 Código de Aguas) b) una continuidad, discontinuidad o alternancia, entre varias personas, en el uso de las aguas (vid. art. 19 Código de Aguas);

- crea una nueva caracterización para los derechos de aguas: su consuntividad y no consuntividad, con el objeto de englobar entre estos últimos el uso hidroeléctrico (que no consume el agua, sino que luego de usada su fuerza, la devuelve al cauce): arts. 13, 14 y 15 Código de Aguas.

No obstante, esta última clasificación no superará del todo los conflictos que se suscitarán en el área.

2. CAUSAS DE CONFLICTOS Y RESULTADOS EN MEDIO DEL MERCADO

A partir de los antecedentes anteriores, esto es, una legislación antigua que hace coexistir derechos constituidos y consuetudinarios, y sobre todo estos últimos, con sus problemas; junto a la dictación de una nueva que intenta la aplicación de políticas descentralizadas de libre transferibilidad (esto es, asignación y reasignación de los derechos de aguas por la vía del mercado), y que reconoce todos los derechos antiguos, se han originado algunas causas de frecuente conflictividad, relativas a la determinación del alcance de tales derechos.

Existen otros conflictos posibles, que no se presentan con frecuencia, y que al parecer se solucionan por las propias reglas del "mercado".

El mercado dentro del sistema legislativo chileno, al liberalizar y descentralizar la economía en cuanto a las decisiones relativas al uso de las aguas, ha tenido logros e inconvenientes; en otras palabras, otorga facilidades y obstáculos a una mejor utilización del recurso hídrico (vid., con bibliografía, Vergara, 1997).

De principio, el mercado pareciera flexibilizar incluso la conflictividad, pues los litigios judiciales podrán evitarse mediante una simple operación de costo-beneficio, dependiendo de la magnitud del problema.

Las políticas de liberalización de la economía en general (vid. Būchi, 1993), y en particular en materia de acceso a las aguas (Vergara, 1997), han permitido la modernización de la agricultura (de la viticultura y fruticultura), y han posibilitado el nuevo uso de aguas, económicamente más rentables, en cuencas en principio saturadas (por usos agrícolas), que se traspasan al uso de la minería o de la sanidad (Norte de Chile). Estos hechos que per se son un beneficio social desde perspectivas más amplias de un mejor y más rentable uso de las aguas, han originado, y originarán conflictividades, las cuales se producen en todo caso no por efecto directo del mercado, sino porque éste está operando teóricamente sin que se hayan realizado arreglos institucionales previos; trátase de ciertos obstáculos (que he descrito en un trabajo anterior: Vergara, 1997), que pueden analizarse desde esta perspectiva de la litigiosidad, como:

a) La falta de claridad de los derechos; falta de formalización de éstos, o de un conocimiento de los mismos. No sólo impide un mayor y más activo mercado de derechos de aguas, sino la tenencia de los actuales, y de sus transacciones origina conflictos en cuanto a sus características fundamentales (vid. Vergara, 1998).

b) Las externalidades que produce la transferencia de derechos (el mercado de los mismos); problemas con el medio ambiente; con los posibles derechos de terceros al no haber claridad en las características esenciales de ellos; los “derrames” (flujos de retorno) no considerados son fuente de conflictos, que se pueden manifestar directamente, o con posterioridad al intentar los nuevos adquirentes utilizar las aguas trasladándolas a otro sitio; como tal traslado requiere de una autorización administrativa, al solicitarse ésta, el procedimiento normalmente se transforma en contencioso, y todos los posibles afectados se oponen a su otorgamiento.

Estos conflictos, traducidos a lenguaje económico, constituyen costos de transacción.

IV. CONCLUSION FINAL

Además de estos conflictos provenientes de insuficiencias legislativas al consagrar el sistema (cfr. Donoso, 1995, p. 16), deben agregarse los indudables conflictos que se suscitarán a futuro en materia de aguas, a raíz de un uso cada vez más intensivo del recurso, y de una competencia por acceder a él, aun considerando costos de transacción y riesgos implícitos (vid. Peña y Brown, 1989; y Brown, 1996).

En fin, las disputas judiciales dentro de un sistema de mercado de derechos de aguas tienen un tono distinto que en otros sistemas más centralizados. El mercado pareciera posicionar de distinto modo las disputas judiciales. Así, la equidad (o lo que cada uno entiende por tal) tiene un precio más ostensible; salvo que exista un interés público comprometido, como la defensa del medio ambiente, que la fija y determina el Estado por la vía legislativa. Pero, por ejemplo, el daño a terceros, a raíz de los flujos de retorno (que podrían desaparecer a raíz de

una transacción de derechos de aguas y del ulterior traslado del lugar de aprovechamiento de las aguas), puede tener una compensación: o una renuncia parcial del derecho y por consiguiente a la cantidad de aguas que se trasladarán; o una compensación en dinero a los afectados. Todo depende de lo atractivo desde el punto de vista económico que sea el nuevo uso a que destinará el agua el agente económico que las ha adquirido. Ello es impensable en un sistema centralizado.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- BROWN, ERNESTO (1996): *Disponibilidad de recursos hídricos en Chile en una perspectiva de largo plazo*, en: Varios autores, *Sustentabilidad ambiental del crecimiento económico chileno* (Santiago, 1996).
- BÜCHI BUC, HERNÁN (1993). *La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica*. Bogotá, Grupo editorial Norma.
- DONOSO H., GUILLERMO (1995). *Análisis del mercado de aprovechamiento de las aguas*. Panorama económico de la agricultura, N° 100 (nov.-dic.), pp. 14-17.
- DOUGNAC R., ANTONIO y BARRIENTOS G., JAVIER (1993): *Jurisprudencia indiana sobre el derecho de aguas, I: Turnos*, en: IV Revista de Derecho de Aguas, pp. 127-153.
- DOUGNAC, ANTONIO (1992): *El derecho de aguas indiano según Ambrosio Cerdán y Pontero*, en: III Revista de Derecho de Minas y Aguas (Chile), pp. 133-165.
- GETCHES, DAVID (1997): *Water Law in a nutschell*, 3rd. ed. (st. Paul, Minn., West), p. 456.
- LIENDO P., OSCAR (1992): *Catastro de usuarios de agua. Marco legal y ejercicio profesional* (Santiago) imineo.
- PEÑA, HUMBERTO y BROWN, ERNESTO (1989): *La evaluación y aprovechamiento de los recursos hídricos del país en el siglo XXI*, en: Anales del Congreso de Ingeniería Chilena en el siglo XXI (Santiago, Instituto de Ingenieros de Chile-Hachette), pp. 17-27.
- SAYAGO, CARLOS MARÍA (1874, republic. 1994): *Riegos turnales en el Valle de Copiapó*, V Revista de Derecho de Aguas (Chile), pp. 99-106.
- STEWART, DANIEL (1967): *Aspects of Chilean Water Law on Action: a case study* (Illapel V.), diss. in Law and Economic, University of Wisconsin.

sin [traducción castellana: *El derecho de aguas en Chile. Algunos aspectos de su historia y el caso del Valle Illapel*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, 330 pp.].

- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO (1990): *Contribución a la historia del derecho de aguas, I: Fuentes y principios del derecho de aguas chileno contemporáneo (1818-1981)*, Revista de Derecho de Minas y Aguas, vol. I, pp. 111-145 (ver capítulo 5 de este libro).
- (1991): *Contribución a la historia del derecho de aguas, II: Fuentes y principios del derecho de aguas español medieval y moderno*, Revista de Derecho de Minas y Aguas, vol. II (Universidad de Atacama), pp. 137-161, con anexo de fuentes (ver capítulos 2 y 3 de este libro).
- (1997): *La libre transferibilidad de los derechos de agua. El caso chileno*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, Nº 2, pp. 369-395 (ver capítulo 8 de este libro).
- (1998): *Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas. En especial, de su regularización y catastro*, Estudios Públicos, Nº 69, verano, pp. 155-205 (ver capítulo 9 de este libro).

PERFECCIONAMIENTO LEGAL DEL MERCADO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

I. EL PRINCIPIO DE LA LIBRE TRANSFERIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE AGUAS

Desarrollaré un gran principio del derecho de aguas, acudiendo a ejemplos prácticos relativos a las discusiones que ha habido en estos momentos. Es el principio jurídico de la libre transferibilidad que, en palabras de economistas, es habitualmente señalado como “mercado del agua”. Desde el punto de vista jurídico, trátase de la libre disponibilidad de los derechos de aguas o la libre disponibilidad del agua misma. Como vemos que está ocurriendo en el caso del sistema “La Paloma”, ubicado en Ovalle, Cuarta Región.

Sin embargo, mi referencia al mercado del agua será más general, no sólo centrada en el problema que se está produciendo en la Cuarta Región, sino que deseo referirme a la manera como se podría producir o se debiera producir una libre transferibilidad, una libre transferencia de los derechos de agua en otros sitios del país, en otras cuencas.

Lo que expondré serán algunos cuestionamientos o algunos análisis, sin dar una respuesta definitiva. Mi deseo es plantear problemas, plantear interrogantes, acerca de cómo perfeccionar lo que hoy en día nosotros tenemos establecido institucionalmente a través del Decreto Ley N° 2.603, de 1979; del Código de Aguas de 1981 y del artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución: la libre transferibilidad de los derechos de aguas.

No me dedicaré a discutir teóricamente si es buena o es mala la libre transferibilidad. Es una cuestión que está ya defi-

nida en nuestro país y ya hemos establecido los arreglos institucionales que permiten el desarrollo de un mercado de derechos de aguas. Nos hemos convencido de que un sistema descentralizado de distribución y de reasignación de las aguas es un sistema que vale la pena dejarlo funcionar, dado que, socialmente, hemos dejado de lado los sistemas centralizados de reasignación del agua. Por lo tanto, lo que merece la pena es mejorar, perfeccionar o encontrar vías de análisis de este principio de la libre transferibilidad.¹

No tiene sentido volver atrás cuando ni siquiera hemos probado totalmente la experiencia de libre mercado.

II. ARREGLOS INSTITUCIONALES NECESARIOS EN UN MERCADO DE DERECHOS DE AGUAS

Cuando se analiza la legislación de aguas que, a partir de la nueva institucionalidad chilena de los años 1979-1981, o antes, en el año 1980, con la dictación de la Constitución, es posible constatar que se estableció un sistema de libertad de transferencia, no sólo para los derechos de aguas sino que para todos los bienes que existen dentro de la economía. Por lo tanto, el derecho de aprovechamiento de aguas es un bien más que se transa libremente y lo único que tuvo que hacer el Código de Aguas, o lo que tenía que hacer, era definir muy bien ese derecho que se iba a transar.

La libre transferibilidad no es “una gracia”, entre comillas, por decirlo así, del Código de Aguas. La libre transferibilidad es un principio que informa toda la institucionalidad chilena; no es algo nuevo. La libre transferibilidad se produce en todos los sectores y, por lo tanto, al establecerse ese sistema de libre transferibilidad o de libertad de reasignación de los derechos de aprovechamiento de aguas, la misión de la legislación de aguas era definir muy bien el bien que se iba a transar. Y, al definirlo, hacerlo de la manera más adecuada posible.

¹ Véase, del autor: *La libre transferibilidad de los derechos de agua. El caso chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24 (1997) N° 2, pp. 369-395, y la bibliografía que allí se cita.

A primera vista, nos da la impresión de que se estableció este libre mercado, pero no se hicieron todos los arreglos institucionales previos y necesarios para que el mercado funcionara adecuadamente.

Entonces, al analizar el mercado de los derechos de aguas, debe hacerse desde una doble vertiente:

- Uno, debe constatar que funcione realmente; que exista la libre transferibilidad; que se produzca la reasignación de las aguas hacia los sectores donde es más productiva; donde le conviene más al país de acuerdo a la oferta y la demanda.

- Dos, por otro lado, en otra vertiente que es muy importante, debe verificarse que en caso que funcione ese mercado no produzca daños o no produzca problemas en otros principios jurídicos que están defendiendo otros bienes, otros derechos u otros beneficios sociales, que no es necesario destruir.

Esas son las dos vertientes que hay que analizar institucionalmente antes de dejar libre el mercado de las aguas porque, de otro modo, se pueden producir problemas.

Quisiera, solamente, exponer algunos aspectos en los cuales el funcionamiento del mercado incide y puede producir inconvenientes, y dicen relación en especial con la falta de definición, formalización o claridad del bien transado: de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Así, hoy en día es difícil encontrar títulos antiguos que consignen sus características esenciales, como su caudal, su consuntividad o no consuntividad; su permanencia o eventualidad; en fin, su continuidad, discontinuidad o alternancia. Casi no existen. Sólo es posible encontrar estas características en los títulos constituidos a partir de 1981. Todo el resto de los derechos de aguas en Chile no tiene esa perfección, no tiene esas características, son unos derechos no formalizados, son unos derechos "irregulares"; y a cualquier economista se le erizan los pelos, porque entiende que es un derecho que institucionalmente no está "arreglado".

La gran mayoría de los derechos de aguas son consuetudinarios, que han nacido hace mucho tiempo a partir del uso de los ribereños; a partir de la aceptación del Estado; a partir de la construcción de una obra común; a partir del reparto común de esas aguas según las hectáreas que ha de regar cada uno,

con una formalización posterior a través de las comunidades de aguas, a las cuales se llegó mediante un estudio de catastro y luego de comparendos en que se formaron esas comunidades de aguas. Esto es conocido.

En algunos casos, se les asignaron ciertas características a esos derechos; pero el uso altera tales formalizaciones; y esos títulos están fuera de la realidad, porque si observamos los derechos de aguas desde la IV a la I Región, nos cuesta mucho descubrir cuál es su consuntividad, cuál es su continuidad, etc., dado que están todos sometidos a turnos.

Son una serie de aspectos bien importantes que hay que tener muy en cuenta: debemos conocer muy bien la situación de los derechos de aguas.²

Las cuestiones a las cuales me referiré en esta oportunidad son las siguientes: las externalidades ambientales; los derrames; catastro, inscripción o formalización de los derechos de aguas; definición y conceptualización de los derechos de aguas; y, en fin, a la infraestructura.

III. "EXTERNALIDADES" DEL MERCADO DE DERECHOS DE AGUAS

El mercado de derechos de aprovechamiento de aguas significa la libre transacción de los derechos de aguas. Este es un principio constitucional. No puede haber ley, no puede haber reglamento ni disposición de la autoridad que afecte, en su esencia, la libre transferibilidad de los derechos de aguas. Por lo tanto, como principio jurídico hoy en día, los titulares de los derechos de aguas tienen la posibilidad de poder transferir libremente su derecho, el uso de las aguas o lo que se llama comúnmente la venta, el arriendo, volúmenes, etc. Ese es el principio que está definido hoy en día en la legislación.

Pero normalmente quienes transfieren estos derechos de aguas, o sea quienes participan en el acto de la reasignación,

² Al respecto, ver un esfuerzo clasificatorio del autor en: *Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas. De su regularización y catastro* en: Estudios Públicos, N° 69 (1998 verano), pp. 155-205.

no se preocupan de otros efectos que pueda producir esa transferencia. A ellos, sólo les preocupa la necesidad de obtener un buen precio (al "vendedor") y de poder usar las aguas que corresponden a esos derechos en otros sitios (al "comprador").

Esto no está regulado en la legislación de aguas, la que no establece ni una sola línea ni un solo artículo en relación a los "efectos colaterales" de la transferencia. No existe una "regulación" de las transferencias de los derechos de aguas. Por tal razón, es perfectamente posible que se produzcan aquellas "externalidades" de que hablan los economistas; o sea, ciertos efectos no deseados por aquellos que participan en la transferencia del derecho.

Entre esas externalidades podría estar el problema ecológico. Así, a raíz de una serie de transferencias en algún cauce natural, se podría producir la desaparición de la vida acuática de un río; pues nadie pudo controlar esa transferencia. No existe hoy en día en Chile la definición de caudales ecológicos. No al menos legalmente. Los problemas ambientales realmente se han evitado, por ahora, a raíz de una serie de "entramamientos administrativos", que existen para el cambio de bocatoma o del lugar de ejercicio de los derechos transferidos. Y a las oposiciones que en tales procedimientos pueden presentarse por los afectados.

Por lo tanto, ése es un aspecto importante que nos debe preocupar en el caso del mercado de aguas. Aquí viene la preocupación y pregunta: si esta libertad de transferibilidad que nosotros defendemos, que es un principio importante dentro de nuestro sistema actual, se hubiese producido completamente, quizás hubiésemos tenido problemas en algunos cauces, problemas ecológicos.

Son problemas no deseados que incluso pueden revertir en contra de quienes están transfiriendo esos mismos derechos. Por lo tanto, ese es un aspecto importante pues los ríos constituyen una corriente. Se produce en los ríos un principio jurídico que es el de la unidad de una corriente y si desaparece esa corriente, es porque ha desaparecido todo.

IV. EL PROBLEMA DE LOS DERRAMES O FLUJOS DE RETORNO

En segundo lugar, está el problema de los derrames. Es un problema bastante relevante, pues puede producir ciertas "frustraciones" entre los titulares de los derechos de aguas transferidos.

Normalmente los usuarios de las aguas en Chile, en un porcentaje que yo desconozco, han obtenido esos derechos a partir de un uso consuetudinario; a partir de un uso ribereño; a partir de un uso de regadío. Por lo tanto, se ha aceptado que aquellas personas que han usado consuetudinariamente, que se han puesto de acuerdo en ese uso colectivo, a partir de una construcción de una obra común, lo sigan haciendo, y la legislación ha reconocido ese derecho y le ha dado una potencia idéntica al derecho constituido por la autoridad.

Hoy en día, aun cuando muchas personas no puedan tener ningún papel que exhibir en cuanto a un agua que están usando desde hace muchos años, ellos no se pueden sentir sin un derecho. Por cierto que tiene ese derecho, lo ha reconocido la legislación; pero, lo ha reconocido a partir de un uso, a partir de una forma de uso y normalmente, de un uso agrícola.

Existen algunos mitos: siempre el usuario agricultor, a partir de estas clasificaciones que ha creado la legislación, se siente titular del derecho con las mejores posibilidades legales que existan. Si alguien le pregunta a un usuario consuetudinario cuál es el derecho que tiene, dice: tengo un uso consuntivo, continuo y de ejercicio permanente. Y cuando realiza una regularización ante un Tribunal para el reconocimiento de esos derechos, invoca las mejores cualidades posibles.

A propósito de un comparendo para la formación de una comunidad de aguas, todos no dudan en decir que sus derechos están en las mejores cualidades que establece la legislación.

En esto ha faltado un poco de minuciosidad en la legislación, porque es perfectamente posible pensar que, en realidad, los derechos que consuetudinariamente nacieron, por ejemplo, para la agricultura, no son consuntivos, pues estos usuarios devuelven al cauce por la vía de los derrames o por la vía de las

infiltraciones, un porcentaje importante del agua que están utilizando. Por lo tanto, no es lo mismo la medición del agua que extrae un usuario consuetudinario en bocatoma que en compuerta. El titular de un derecho consuetudinario normalmente piensa que como en la bocatoma capta, por ejemplo, 100 litros/s., puede enajenar 100 litros/s. y ese derecho podría ser transferido a otra sección del río o muy lejos de ese sitio. No obstante, se producirá un problema con aquellos usuarios, no de aguas abajo del río, sino de terrenos colindantes, que recibían usualmente los “derrames” que efectivamente se producen antes de la transferencia.

En la zona central existen canales llamados “de derrames”. Incluso hasta hace pocos años se habían constituido dérechos por la DGA sobre derrames.

Además, a propósito de una modificación de la ley de comunidades agrícolas del año 1993, se declaró como titulares de los derrames a los comuneros; derrames que, no obstante, según el Código de Aguas, son libremente producidos por sus titulares. Entonces se produce una especie de “engaño” entre los dos titulares, entre aquel que recibe el derrame y aquel que lo está produciendo. El que lo está produciendo piensa que puede dejar de producirlo cuando lo desee y enajenar los 100 litros/s. que tomaba en bocatoma; y aquel que recibe el derrame estima que es injusto no seguir recibiendo ese derrame.

Por lo tanto, si no hay claridad en los títulos, la persona de aguas arriba no debiera enajenar totalmente ese derecho, y si lo enajena, al menos no se podría producir el traslado del ejercicio de la totalidad. Este segundo inconveniente ha producido costos en la transacción, en palabras de economistas, porque, por ejemplo, una empresa minera, una empresa sanitaria u otro agricultor que compra un derecho de aprovechamiento de aguas, por obligación legal cuando estamos frente a un cauce natural debe tramitar el traslado de ejercicio de ese derecho a otro sitio.

Al iniciar la gestión ante la DGA se encuentra con oposiciones de todos los titulares de los derechos de aguas vecinos y eso puede producir un juicio que no tiene casi definición. Se llega, según la experiencia, a un acuerdo en que se traslada menos agua de la que permitía el título original. Y éste es un aspecto

que hay que regular, porque es un aspecto importante. Es un aspecto de la definición de los derechos. A ese problema debería buscársele alguna regulación.

V. CATASTRO E INSCRIPCION DE LOS DERECHOS DE AGUAS. SU FALTA DE FORMALIZACION

El tercer tema está relacionado íntimamente con lo anterior y es lo relativo al catastro e inscripción de los derechos de aguas.

Decíamos al inicio que existen en Chile los llamados derechos "constituidos" y los derechos "reconocidos".

Esta es una clasificación que está en el artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución. Es muy importante, y está, además, en otro artículo que es bastante olvidado, cuyo olvido o desconocimiento siempre me ha producido curiosidad. Es el artículo 7 del Decreto Ley N° 2.603, de 1979, donde se encuentra el reconocimiento de los usos consuetudinarios. ¿Cómo se desconoce tanto siendo un artículo central, una pieza clave, del sistema de los derechos de aguas en Chile? Especialmente por el hecho de establecer una presunción.

Los usos consuetudinarios constituyen el gran porcentaje de los derechos que existen en Chile. Los constituidos son los menos; son los creados a partir de 1981, o las mercedes de agua antiguas que han tenido una suerte de regularización.

Hoy en día tenemos que, desde el punto de vista de la institucionalidad, se le da la misma fuerza y la misma posibilidad de transferibilidad y de ejercicio tanto a los derechos que ha creado la Administración (DGA), como aquellos usos consuetudinarios de los regantes, de los comuneros, etc.

Todos esos derechos pueden transarse en un mercado libre; pero cuando llegamos a preguntarnos en qué consiste el uso del agua de cada cual, ya comenzamos a tener problemas, porque no están completamente formalizados los derechos.

Cuando un abogado empieza a pedir papeles, percibe que los papeles casi no existen o existen papeles ambiguos o papeles que dicen muy poco.

Sin embargo, a pesar de la falta de formalización de una gran mayoría de los derechos de aguas, respecto del uso nor-

mal del agua no han existido mayores problemas en Chile, dado que funcionan muy bien las organizaciones de usuarios, y éstos se han distribuido muy bien las aguas que le corresponde a cada titular de derechos de aguas y han evitado una gran conflictividad. La primera instancia de los juicios se produce en las organizaciones de usuarios y muy pocos conflictos pasan a los tribunales.

El conflicto recién comienza cuando una persona ajena a la organización de usuarios, una empresa minera, una empresa sanitaria u otro agricultor, le compra un derecho a un comunero y pretende sacar el agua del canal donde se estaba usando originalmente. Ahí comienzan los problemas: cuando opera el mercado de aguas. Entonces tenemos que posibilitar que ese hecho se produzca, que el agua se pueda sacar del lugar donde originalmente estaba utilizándose, porque si impedimos eso con problemas, no se producirá el mercado de derechos de aguas.

No se produce más mercado porque los derechos no están completamente definidos. Están en apariencia muy bien definidos cuando se siguen ejercitando de acuerdo a la costumbre, del modo como se ha estado repartiendo el agua en el mismo canal, con los turnos, con las acciones, etc.; pero cuando una empresa minera compra un derecho de aguas en el norte del país o una empresa sanitaria pide litros por segundo y no turnos, porque el gerente ha leído muy bien el Código de Aguas (art. 7^º) entonces comienza el conflicto con la organización de usuarios.

Y la organización de usuarios responde: en este río el agua se reparte por turnos y no por litros por segundo; aquí nos repartimos solidariamente el agua que venga y la repartimos por turnos. Pero ése es un título que no le sirve a la empresa, que desea una unidad fija, y es posible que no se produzca la transacción, y que, por lo tanto, no funcione el mercado.

Lo estamos impidiendo, precisamente, por la falta de un arreglo institucional. Porque el legislador ha dejado funcionar el mercado de los derechos de aguas, pero, obviamente, no se preocupó de organizar los aspectos institucionales de tal mercado.



VI. DEFINICION Y CONCEPTUALIZACION INADECUADA DE LOS DERECHOS DE AGUAS

Más grave aún es el hecho que, en algunos casos, hay muchos derechos que parecen estar regularizados, pero tienen una regularización “engañosa”. Todos aseguran que sus derechos tienen las mejores cualidades; que son consuntivos, pero el uso agrícola no es realmente consuntivo porque devuelve una parte del agua, por infiltración o por derrame.

La ley ha creado una característica contrapuesta a ésta: lo no consuntivo, para permitir el funcionamiento de las centrales hidroeléctricas. También es una clasificación “engañosa”, porque la operación de la central hidroeléctrica no es realmente no consuntiva, porque se regula el río y provoca problemas entre aquellos que deben consumir continua y permanentemente el agua que corresponde a sus derechos.

Todas esas clasificaciones han quedado estrechas para las necesidades del uso de las aguas y cuando alguien adquiere un derecho con esa formalización, lo está adquiriendo con una formalización que no es la verdadera; es una formalización teórica que está en los papeles, pero que no es, en la práctica, la forma en que se están usando las aguas.

Ocorre lo mismo respecto a los usos continuos y discontinuos. Si nosotros preguntamos cuál es el uso típicamente continuo, nos dirán que es el que tiene el agricultor. Y por cierto, nadie dirá otra cosa; se dirá que es un uso continuo, pero realmente no es continuo, porque en el invierno, al menos en la zona central, el agricultor no usa casi el agua, y esa agua a que tiene derecho llega al mar; hasta que se producen cierres de bocatomas.

Es una clasificación que también tiene problemas y que se debiese mejorar para no producir inconvenientes al momento de operar el mercado de los derechos de aguas, ya que producirá el problema entre los mismos agricultores: algunos quieren transferir sus derechos, para que sea trasladado el uso de las aguas a otro sitio, y otros no; y los que quieren vender, lo quieren hacer en las mejores condiciones y los que se quieren quedar usando las aguas en el mismo sitio tradicional, no van a aceptar esas mejores condiciones.

Si hay algo en lo cual podemos avanzar es en una mejor definición de nuestros derechos, y ése es un problema institucional que desde el punto de vista jurídico, no hemos tenido la minuciosidad en hacerlo bien.

El problema de la permanencia y de la eventualidad también es complejo porque, como la gran mayoría de los derechos son consuetudinarios, todos pretenden tener derechos de ejercicio permanente, aunque ya se perdió en la memoria cuál fue el año de su creación. Esa de la permanencia o de la eventualidad es una clasificación realmente teórica. Hoy tenemos que aceptar, salvo aquellos derechos creados en los últimos años, que todos son de ejercicio permanente y muy pocos de ejercicio eventual.

VII. INFRAESTRUCTURA Y TRABAS ADMINISTRATIVAS

El quinto problema es el de la infraestructura. Si recordamos, cuando se aprobó el Código de Aguas, el 13 de agosto de 1981, el mismo día se aprobó el D.F.L. N° 1.123. El decreto del Código de Aguas es el N° 1.122 y el D.F.L. 1.123 regula la ejecución de obras de riego por el Estado.

Aunque el legislador consagraba institucionalmente un mercado de derechos de aguas, no se dejó de reconocer la necesidad de que el Estado, por la vía de la subsidiariedad, construyera obras de riego, infraestructuras de riego, para posibilitar ese gran principio que se estaba estableciendo, la libre transferibilidad de los derechos de aguas. Por lo tanto, creo que en esto cabe una gran responsabilidad al Estado, porque los particulares no podrán crear una infraestructura que posibilite los cambios que se producen, por ejemplo en el río Limarí. Ello es impensable en otras zonas del país, en que es muy difícil que se produzca “un mercado de arriendo de derechos” porque la infraestructura no está preparada para eso, salvo en algunos sitios en que se pueden arrendar turnos o ceder turnos, etc. Pero para qué hablar de la posibilidad de transferir el uso del agua de una sección a otra en que existen organizaciones distintas. Jurídicamente eso debiese ser posible, pero no está preparado el sistema para hacerlo.

Adicionalmente, en este caso de la infraestructura, ha existido una especie de traba administrativa, pues al operar una transferencia de derechos de aguas debe producirse, enseguida, el trámite administrativo del cambio de lugar del ejercicio del derecho.

Ese es un trámite ante la DGA, ante la Administración, que se demora lo que se demora ésta y no sólo lo que se demora la Administración, sino lo que la demoran las oposiciones de los particulares o los litigios que se producen en torno a ese cambio del lugar del ejercicio.

Esa ha sido una traba, una traba adicional al funcionamiento del mercado y que existe en la institucionalidad.

Estos son los antecedentes que yo quería dar y he querido analizarlos con cierta frialdad, pero dentro de mi posición universitaria. Son inconvenientes.

Como conclusión, quiero decir que es la propia institucionalidad, a pesar de haber elegido un sistema descentralizado de distribución de las aguas, la que impide, en cierta medida, que se produzca un verdadero mercado de los derechos de aguas. Estamos entrampados entre el deseo y la posibilidad.

En todo caso, a pesar de estos inconvenientes, es bueno que exista en Chile una legislación que posibilita ampliamente la operación de un mercado de los derechos de aguas; pero, al mismo tiempo, gracias a Dios que el mercado no ha funcionado demasiado, porque se podrían haber producido muchos problemas. Para que el mercado funcione sin inconvenientes, tenemos que preocuparnos en ser más minuciosos en las conceptualizaciones jurídicas.

NOTA FINAL

Este libro incluye los siguientes trabajos del autor, publicados en los sitios que para cada caso se señalan más adelante. Mis agradecimientos a las instituciones y editores que me dieron amablemente la autorización para publicar estos textos en esta reunión de escritos.

La Introducción general fue publicada como *Hipótesis para una reconstrucción histórica y dogmática del derecho de aguas*, en: Revista de Derecho Público, N° 49 (1991), pp. 217-226. Editor: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

El capítulo 1, sobre Fuentes de derecho romano de aguas, se encontraba inédito, pues más que una monografía es un material de trabajo, como se verá.

Los capítulos 2 y 3 fueron publicados como *Contribución a la historia del derecho de aguas, II: Fuentes y principios del derecho de aguas español medieval y moderno*, en: Revista de Derecho de Minas y Aguas, vol. II (1991), (Universidad de Atacama), pp. 137-161, con anexo de fuentes. Editor: Instituto de Derecho de Minas y Aguas, de la Universidad de Atacama.

El capítulo 4 fue publicado como *Contribución a la historia del derecho de aguas, III: Fuentes y principios del derecho de aguas indiano*, en: Revista Chilena de Derecho, vol. 19 (1992), N° 2, pp. 311-332, con anexo de fuentes. Editor: Facultad de Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

El capítulo 5 fue publicado como *Contribución a la historia del derecho de aguas, I: Fuentes y principios del derecho de aguas chileno*

contemporáneo (1818-1981), en: Revista de Derecho de Minas y Aguas, vol. I (1990), pp. 111-145. Editor: Instituto de Derecho de Minas y Aguas, de la Universidad de Atacama.

El capítulo 6 fue publicado como *La codificación del derecho de aguas en Chile (1875-1951)*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (1991), vol. 14, pp. 159-213. Editor: Facultad de Derecho, de la Universidad Católica de Valparaíso.

El capítulo 7 fue publicado como *El principio de la unidad de la corriente*, en: Revista de Derecho de Aguas, vol. VII (1996). Editor: Instituto de Derecho de Minas y Aguas, de la Universidad de Atacama. En este trabajo, a su vez, se reúnen dos anteriores que se citan al comienzo del capítulo.

El capítulo 8 fue publicado como *La libre transferibilidad de los derechos de agua. El caso chileno*, en: Revista Chilena de Derecho, vol. 24 (1997), Nº 2, pp. 369-395. Editor: Facultad de Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

El capítulo 9 fue publicado como *Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas. En especial, de su regularización y catastro*, en: Estudios Públicos, Nº 69 (1998), verano, pp. 155-205. Editor: Centro de Estudios Públicos.

El capítulo 10 fue publicado como *Régimen jurídico de la unidad de medida de los derechos de aguas. Su esencial conexión con la distribución de aguas superficiales*, en: Revista de Derecho de Aguas, vol. VIII (1997). Editor: Instituto de Derecho de Minas y Aguas, de la Universidad de Atacama.

El capítulo 11 fue publicado en España como *Las obras hidráulicas en el actual derecho de aguas chileno*, en: Antonio Embid Irujo (director). *Las obras hidráulicas*. (Madrid, Civitas, 1995), pp. 301-334, y en Chile como *Régimen jurídico de las obras hidroeléctricas y de las obras de riego*, en: Revista de Derecho de Aguas, vol. VI (1995), pp. 143-159. Editor: Instituto de Derecho de Minas y Aguas, de la Universidad de Atacama.

El capítulo 12 fue publicado como *Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas sobre derrames. El caso de las aguas depositadas por un concesionario sanitario en fuentes naturales*, en: Revista

de Derecho de Aguas, vol. VI (1995), pp. 129-142. Editor: Instituto de Derecho de Minas y Aguas, de la Universidad de Atacama.

El capítulo 13 fue publicado como *Constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas embalsadas*, en: Revista de Derecho de Aguas, vol. VII (1996). Editor: Instituto de Derecho de Minas y Aguas, de la Universidad de Atacama.

El capítulo 14 fue publicado como *Entre lo público y lo privado, ¿quién es el dueño de las aguas?*, en: Revista Universitaria, N° 56 (1997), pp. 34-38. Editor: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

El capítulo 15 fue publicado como *Conflictividad judicial sobre recursos hídricos en un sistema de mercado de derechos de aguas: el caso de Chile. Comentarios al trabajo de Peter Mc Clellan QC, de Australia*, en: Actas del Rosenberg International Forum on Water Policy, desarrollado en San Francisco, California, los días 29-30 de septiembre de 1997, donde fue presentado.

El capítulo 16 fue publicado como *Perfeccionamiento legal del mercado de derechos de aguas*, en: Actas de IV Convención Nacional de Regantes de Chile, desarrolladas en Arica los días 17 y 18 de octubre de 1997, donde fue expuesta. Editor: Confederación de Canalistas de Chile.

INDICE ONOMASTICO¹

A

Acursio, 54
Adame Goddard, Jorge, 98
Aguilera Klink, Federico, 278
Aguirre Vargas, Vicente, 207
Agurto, Renato, 420
Aldunate Errázuriz, Carlos, 233
Aldunate Solar, Carlos, 17, 212, 213
Alessandri Palma, Arturo, 222, 225
Alessandri Rodríguez, Arturo, 17
Alfonso IX, 53
Alfonso VII, 48
Alfonso XI, 71
Almagro, Diego de, 415
Alonso, Hugo, 294
Allende, Guillermo, 19
Anguita, Ricardo, 138, 164, 169,
171
Antonino, 37
Arcadio, 39, 41
Ariño Ortiz, Gaspar, 422
Arrazola, Lorenzo, 134, 136
Auby, Jean-Marie, 310
Augusto, 37
Aylwin Azócar, Tomás, 324, 343
Azo 54, 67, 68, 75, 76, 79, 80

B

Baena del Alcázar, Mariano, 421
Baldo, 59, 60, 61, 65, 67, 68, 73, 74,

75, 77, 79, 80, 81, 82

Baltanás García, Adrián, 428
Barale, Jean, 20
Barra, Rodolfo Carlos, 421
Barrientos Grandón, Javier, 101, 309,
495
Barros Borgoño, Luis 213
Barros Errázuriz, Alfredo, 216, 220
Bartolo, 59, 60, 65, 66, 67, 68, 69,
74, 79, 80, 81, 82
Barzel, Yoram, 261
Bascuñán, Ramón, 225
Bauer, Carl, 272, 273, 276, 284, 286,
288, 289, 290, 291, 318, 428, 430,
432
Bello, Andrés, 137, 144, 193, 212,
214, 229
Bernal, Beatriz, 99
Bernstein, Sebastián, 420
Berríos, Jorge, 270, 276, 277
Beyer, Harald, 261
BID (Banco Interamericano de De-
sarrollo), 261
Binswanger, Hans, 261
Blanco, Hernán, 273
Bon, Pierre, 310
Bonfante, Pietro, 21
Boulet-Sautel, M., 310
Branchat, Vicente, 46, 72
Bravo Lira, Bernardino, 108, 194
Broll Carlin, Julio, 103

¹ Los números remiten a la página del texto.

Brown, Ernesto, 499
 Bruzzone, Enrique, 102
 Büchi, Hernán, 263, 420, 495
 Busca, Mario, 20

C

Cabezón, Manuel, 226
 Calasso, Francesco, 53
 Cano, Guillermo, 19, 102, 237
 Carlos II, 126
 Carlos III, 119
 Carlos IV, 90
 Carrillo y Bobadilla, Alcibíades, 212
 Carvallo, Manuel, 198
 Casio, 34
 Castelblanco, Pedro, 226
 Celso, 34
 Cereceda, Pilar, 414
 Cerrillo Quilez, F., 20
 Cifuentes, Abdón, 213
 Claro Salas, Héctor, 17
 Claro Solar, Luis, 17, 245, 246, 375
 Claro Velasco, Benjamín, 228
 Coase, R.H., 261, 288
 Colegio de Abogados de Chile, 224
 Colon, Christoval de, 106
 Confederación de Canalistas de Chile, 234
 Congreso Nacional, 184
 Conservador de Bienes Raíces, 173, 282, 315, 325, 359, 360, 361
 Constantino, 40
 Contraloría General de la República, 330, 331, 348, 357
 Cortés, Hernán, 105
 Costa, Emilio, 21
 Crespi de Valdaura, Christophori, 46
 Cruz, Anselmo de la [ministro de O'Higgins] 130
 Custodio Gallo, Angel, 197, 198, 199
 Chacón, Jacinto, 139
 Chan, A.H., 261

D

D'Isernia, Andrea, 46, 78
 D'Ors, Alvaro, 14, 98
 De Alfaro, Francisco, 122

De Avila Martel, Alamiro, 100, 194
 De Escalona y Agüero, Gaspar, 103
 De Heredia, Pedro, 105
 De la Maza, Lorenzo, 17, 131, 147, 157
 De Ripoll, Acacio Antonio, 46
 De Solórzano y Pereira, Juan, 103, 111, 112, 113, 116
 De Toledo, Francisco, 99, 102
 Decombe, Alberto, 216, 217
 Del Vas Mingo, Milagros, 105
 Derine, R., 21
 Díaz Besoain, Joaquín, 213
 Díaz Lena, José Manuel, 423
 Díaz Lois, Luis, 158
 Dirección General de Aguas, 251, 252, 253, 270, 271, 275, 277, 280, 281, 282, 284, 285, 287, 316, 319, 320, 335, 348, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 360, 361, 362
 Doggenweiler, Julio, 423
 Domínguez, Antonio, 286
 Donoso, Guillermo, 265, 266, 270, 272, 274, 276, 279, 281, 284, 318, 343
 Doucet, Gastón Gabriel, 100, 122
 Dougnac Rodríguez, Antonio, 19, 99, 101, 105, 111, 116, 117, 122, 123, 309, 331, 494, 495
 Dougnac Rodríguez, Fernando, 189
 Dourojeanni, Axel, 270, 273, 276, 277
 Durán, Fernando, 226

E

Easter, Williams, 261
 Embid Irujo, Antonio, 261, 428
 Enrique III, 88
 Entrena Cuesta, Rafael, 422
 Erices, Hugueth, 101
 Errázuriz, Ana María, 240, 241, 242, 243
 Escudero, Bernardino, 325, 331
 Estévez G, Carlos, 226
 Eyquem, Luis, 220

F

FAO, 261
 Felipe II, 116, 124, 125
 Felipe III, 124

Fernández, Tomás Ramón, 425
 Fernando III, 51
 Feytmans, Stephane, 289
 Figueroa del Río, Luis Simón, 277,
 323, 331
 Frías, Carlos, 323
 Fuentes Bodelon, Fernando, 20

G

Gallego Anabitarte, Alfredo, 20, 136
 Gallo G., Eduardo, 153, 158
 Gandarillas, Joaquín, 372
 García de Enterría, Eduardo, 55, 58,
 425
 García del Corral, Ildefonso, 29
 García Gallo, Alfonso, 104
 García Reyes, Antonio, 132, 133, 192
 García-Trevijano Fos, José Antonio,
 45, 425
 Garrido, Alberto, 261, 265, 318
 Gay de Montella, R., 20
 Gayo, 31
 Gazmuri, Renato, 265, 272, 277, 279,
 318
 Gazzaniga, Jean Louis, 20, 260, 311,
 487
 Getches, David, 495
 Gimpel, Jean, 417
 Godofredo, 54
 González Berenguer, J. L., 20
 González Navarro, Francisco, 425
 González Pérez, Jesús, 20
 González, Pedro Luis, 206, 207,
 208
 Greve, Ernesto, 103, 122, 415
 Grosso, G., 21
 Grosso, P., 21
 Guaita, Aurelio, 20
 Guarda, Gabriel, 415, 417
 Gundián, Edgardo, 326
 Gurovich, Luis, 264, 290, 329, 343
 Guzmán Brito, Alejandro, 11, 193,
 194, 308

H

Hansen, D., 277
 Hearne, Robert, 261, 272, 289

Hederra Donoso, Ana, 17, 372, 374
 Hidalgo, Jorge, 416
 Honorio, 41
 Holden, Paul, 261

I

Instituto de Ingenieros de Chile, 224

J

Jaime I de Valencia, 46, 47
 Junta General de Representantes,
 153
 Justiniano, 42

L

Labbé, Francisco J., 226
 Labeón, 38
 Lalinde Abadía, Jesús, 53, 65
 Larroulet, Cristián, 420
 Lastarria, José Victorino, 192, 194,
 196, 197, 198, 199, 200, 205
 Lavalie, Christian, 310
 Lazo Preuss, Santiago, 145, 146
 Lecaros, Mario, 372, 379
 Lemuhot, Luis, 205
 León Pinelo, Antonio, 99, 103, 113
 Levillier, Roberto, 122
 Liendo, Oscar, 360
 Lira Ovalle, Samuel, 17, 157
 Lira Urqujeta, Pedro, 17, 131, 147,
 157, 326
 Lira, José Bernardo, 198
 Longo, G., 21
 López Rodó, Laureano, 47, 50
 López, Gregorio, 54, 57, 58, 59, 60,
 61, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71,
 73

M

Mackenna Ovalle, Luis, 130
 Manríquez Lobos, Gustavo, 19, 273
 Marciano, 30, 32, 308
 Margadant, Guillermo, 47, 102, 104,
 105
 Marienhoff, Miguel, 19

Martín-Retortillo, Sebastián, 429
 Masso Escofet, C., 20
 Matus, Raúl, 414, 416, 417, 418, 429, 430
 Mc Clellan Q.C., Peter, 492
 Méndez, Luz María, 371, 416
 Menéndez, Angel, 268
 Mizgier, Stanislav, 420
 Monsalve, Quintiliano, 325
 Montt, Ambrosio, 148
 Montt, Raúl, 415
 Morales Padrón, Francisco, 105
 Morales Brito, René, 417
 Moreno Bruce, Alfredo, 220
 Moreno Echavarría, Rafael, 209, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 220, 221, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 233, 247, 250
 Morillo-Velarde, José, 310
 Municipalidades, 144, 145, 150, 151, 152, 154, 160, 162, 163, 165, 167, 176, 177, 192
 Muñoz, Anfión, 213

N

Neracio, 37
 Niemeyer, Hans, 414

O

O'Higgins, Bernardo, 129
 Odofredo, 54
 Olguín Fuenzalida, Julio, 177
 Opazo Cousiño, Pedro, 226
 Otero, Alfonso, 14
 Ots Capdequi, Jose María, 105

P

Páez de la Torre, Carlos, 102
 Palma, José Gabriel, 132
 Panay-Berriós C., Luis, 158
 Papirio Justo, 37
 Parentini, Luis Carlos, 416
 Parks, L., 277
 Paulo, 36
 Peña, Humberto, 273, 274, 275, 276, 278, 279, 280, 312, 318, 499

Peralta Navarrete, Orlando, 373, 374, 376
 Peralta, Fernando, 416, 418, 429, 430, 431, 432, 436
 Pérez, José Joaquín, 194
 Pinochet Méndez, César Mauricio, 101
 Pinto, Aníbal, 194
 Pinto, Jorge, 103
 Pizarro Espoz, Benjamín, 17
 Placentino, 54
 Platón, 484
 Poklepovic, Pedro, 226
 Pokrzywa, Eleonor, 101
 Pomponio, 30, 38
 Portales Riesco, Arturo, 158
 Postel, Sandra, 261
 Predieri, Alberto, 261
 Presidente de la República, 144, 147, 148, 149, 155, 166, 177, 181, 189, 215, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 232, 250, 277, 352, 361, 363

Q

Quiroz, Jorge, 273, 276, 277, 279, 284, 318, 343

R

Ramos Pazos, René, 19
 Raposo K., Eduardo, 158, 244, 371, 373, 377
 Ravest, José, 194, 200, 203, 204
 Retamal, Ulises, 273, 274, 275, 276, 278, 279, 280, 312, 318
 Reyes, Vicente, 213
 Ríos Mackenna, Luis, 371, 372, 375, 376
 Ríos, Mónica, 273, 276, 279, 284, 318, 343
 Rioseco, Daniel, 213
 Risopatrón, Daniel, 374, 376
 Robinet, Carlos T., 213
 Rodríguez Merino, Jorge, 17
 Rogerio, 54
 Rosegrant, Mark, 261, 272, 279, 289, 318
 Rossel, Sergio, 326, 337

S

Salas Hernández, Javier, 423
 Sánchez Bella, Ismael, 99, 100, 108
 Santa María, Alfredo, 217, 220
 Santos Martínez, Pedro, 100, 111, 117, 120, 122
 Sayago, Carlos María, 103, 495
 Seda, Mario, 249
 Serrano Montaner, Ramón, 213
 Sierra, Wenceslao, 216
 Silva Bascuñán, Alejandro, 254
 Silva Concha, Mario, 157, 221
 Silva, Clodomiro, 213
 Smith, Adam, 274
 Solanes, Miguel, 270, 273, 276, 310
 Solazzi, S., 21
 Somarriva Undurraga, Manuel, 17
 Sotomayor, Rafael, 213
 Spota, Alberto, 19, 102, 111, 121
 Stewart, Daniel, 18, 102, 145, 150, 157, 494

T

Tancredo, 54
 Tau Anzoategui, Víctor, 99
 Teclaff, Ludwik A., 21, 103
 Teodosio, 39, 41
 Thobani, Mateen, 261
 Tocqueville, Alexis de, 309, 310, 485
 Tomás y Valiente, Francisco, 51, 53, 54, 57, 71, 134

U

Ugarte Vial, Jorge, 221
 Ulpiano, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38
 Ureta Echazarreta, Arturo, 220
 Urquidí, Juan Carlos, 273

V

Valdés Valdés, Israel, 213
 Valdivieso O., L., 158
 Valencia Avaria, Luis, 194, 197, 200, 209
 Valencia, Absalón, 213
 Valentiniano, 39, 41
 Valenzuela G., Rafael, 158, 244, 371
 Valenzuela Marchant, Fermín, 460
 Valenzuela Solís de Ovando, Carlos, 372, 373
 Valenzuela, Oscar, 420
 Valenzuela, Rafael, 372, 373, 377
 Vásquez Grille, Isidoro, 194, 195, 204
 Venegas, Fortunato, 145, 146, 148
 Venezian, Eduardo, 264, 290, 329, 343
 Vergara Duplaquet, Ciro, 7, 18, 180, 193, 249, 311, 326, 460
 Vero, 37
 Vigil, Héctor, 216
 Villalobos, Sergio, 416
 Villar Ezcurra, José Luis, 421, 422
 Villar Palasí, José Luis, 46, 58, 421
 Vives, Mario Carlos, 101
 Vodanovic H., Antonio, 184

W

Wisecarver, Daniel, 262, 420

Z

Zanobini, Guido, 21
 Zañartu Yrigogen, Hugo, 144, 145, 147, 212
 Zarraquín Becú, Ricardo, 103, 122
 Zerdán, Ambrosio, 122

INDICE DE FUENTES CITADAS¹

I. FUENTES ROMANAS

Digesto/ 22, 29, 309

D. 1, 8, 1, 1, pr [Gayo] / 29, 308

D. 1, 8, 2, pr. -1 [Marciano] / 317

D. 1, 8, 5, pr./ 309

D. 1, 9, 2 pr.-1 [Marciano] / 29

D. 1, 9, 4, pr.-1 [Marciano] / 32

D. 1, 9, 5, pr.-1 [Gayo] / 31

D. 8, 2, 2, 3 [Neracio] / 37

D. 8, 3, 17 [Papirio Justo] / 37

D. 39, 2, 15, 2-9 [Ulpiano] / 29

D. 41, 1, 50 [Pomponio] / 29

D. 43, 1, 1, pr.-1 [Ulpiano] / 33

D. 43, 12, 1, pr. [Ulpiano] / 37

D. 43, 12, 1.1. [Ulpiano] / 32

D. 43, 12, 1, 2 [Ulpiano] / 32

D. 43, 12, 1, 10. [Ulpiano] / 35

D. 43, 12, 1, 11. [Ulpiano] / 36

D. 43, 12, 1, 12., 13 y 14 [Ulpiano] / 38

D. 43, 12, 1, 3. [Ulpiano] / 34

D. 43, 12, 1, 4. [Ulpiano] / 34

D. 43, 12, 1, 5. [Ulpiano] / 34

D. 43, 12, 1, 6. [Ulpiano] / 33

D. 43, 12, 1, 7. [Ulpiano] / 35

D. 43, 12, 1, 8. [Ulpiano] / 33

D. 43, 12, 2. [Pomponio] / 38

D. 43, 12, 3, pr., 1 y 2 [Paulo] / 36

D. 43, 12, 12, 1, 9. [Ulpiano] / 35

D. 43, 13, 1, Pr.-2 [Ulpiano] / 35

D. 43, 15, 1, 1-6. [Ulpiano] / 38

D. 43, 12, 13, 14 y 15 [Ulpiano] / 308, 484

Institutas (Inst.), 42

Inst., 2, 1, 1-2/ 43

Inst., 2, 1, 4/ 43

Inst., 2, 1, 20-22/ 43

Inst., 2, 1, 23-24/ 43

Inst., 2, 1, pr. -1/ 308

Inst., 2, 3, 2 y 4/ 43

Inst., 2, 3, pr./ 43

Codex Theodosianus (Cth.)/ 39

Cth., 11, 42, 5/ 44

Cth., 11, 42, 6, 1./ 44

Cth., 11, 42, 6, 2./ 44

Cth., 11, 42, 6, pr./ 44

Cth., 11, 42, 7./ 44

Cth., 11, 42, 8./ 44

Cth., 11, 42, 9./ 44

Cth., 11, 42, 10, 1./ 44

Cth., 11, 42, 10, pr./ 44

¹ Las fuentes son citadas por grandes grupos, subclasificadas por textos normativos. Los números de las páginas se señalan a continuación del signo «/» para diferenciarlas de la numeración del articulado de los textos. Las páginas señaladas junto a la fuente (ej.: Fuero Juzgo/45) son aquellas donde hay referencia a ella como cuerpo normativo. Las fuentes están dispuestas por orden alfabético, por orden numérico y por años.

Cth., 11, 42, 11./ 44
 Cth., 15, 2, 1./ 44
 Cth., 15, 2, 4./ 44
 Cth., 15, 2, 5./ 44
 Cth., 15, 2, 7./ 44
 Cth., Libro 15, Título II ["De aquaeductus"]/ 39

Codex Iustinianus (CI.)/ 39, 42

CI 11, 42, 1/ 44

CI 11, 42, 2/ 44

CI 11, 42, 3/ 44

CI 11, 42, 4/ 44

Constitución año 330, Constantino/ 40

Constitución año 389 Valentiniano, Teodosio y Arcadio/ 39, 41

Constitución año 397, Arcadio y Honorio/ 41

II. FUENTES MEDIEVALES Y MODERNAS

Fuero Juzgo (S.XIII) [FJ]/ 51, 59

FJ. 8, 4, 29/ 52

FJ. 8, 4, 30/ 52

FJ. 8, 4, 31/ 53

Fuero de Nájera, de 1076/ 71

Fuero Real (1249 ó 1255) [FR]

FR 2, 11, 5/ 57

Leyes de las Cortes de Nájera, de 1138/ 48, 83, 84

Nueva Recopilación, de 1567 (NRec.)/ 48, 49, 50, 51, 84, 86, 89, 98, 99

NRec. 5, 10, 17/ 87

NRec. 5, 10, 9/ 87

NRec. 5, 10/ 86

NRec. 6, 13, 2/ 84, 85, 86, 89, 108

NRec. 7, 7, 2/ 86

NRec. 7, 8, 9/ 87

NRec. 7, 8, 10/ 88, 90

NRec. 7, 10, 2/ 88, 90

Novísima Recopilación de Leyes de España, de 1805 [NsRec]/ 49, 50, 88, 98, 99, 136

NsRec. 7, 11, 24, 20/ 91

NsRec. 7, 11, 27, 45/ 91

NsRec. 7, 11, 27, 48/ 92

NsRec. 7, 26, 7/ 88, 90

NsRec. 7, 30, 16, 1/ 90

NsRec. 7, 30, 9/ 88, 90

NsRec. 9, 18, 1/ 89, 108

Ordenanzas Reales de Castilla, de 1484 [ORC]/ 48, 50, 83, 84, 89
 ORC. 6, 1, 8/ 54, 84

Ordenamiento de Alcalá, de 1348 [OA]/ 48, 50, 71, 83, 84, 89, 108

OA. 28, 1/ 71

OA. 28, 3/ 56

OA. 32, 47/ 71, 84

OA. 32, 48/ 71, 84, 108

Las Partidas (Alfonso IX, 1263 ó 1265?)

[P]/ 22, 50, 53, 54, 55, 57, 58, 59,

60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69,

70, 71, 86, 98, 110, 136, 199

P. 2, 15, 5/ 56

P. 3, 28, 1/ 55, 59

P. 3, 28, 3/ 60, 73

P. 3, 28, 6/ 60, 62, 63, 73

P. 3, 28, 7/ 66, 74

P. 3, 28, 8/ 66, 74

P. 3, 28, 9/ 60, 63, 75

P. 3, 28, 10/ 64, 75

P. 3, 28, 11/ 54

P. 3, 28, 26/ 61, 62, 75

P. 3, 28, 31/ 62, 76

P. 3, 29, 6/ 57

P. 3, 29, 7/ 58, 76

P. 3, 31, 4/ 67, 79

P. 3, 31, 5/ 68, 80

P. 3, 32, 15/ 69, 81

P. 3, 32, 18/ 65, 81

P. 3, 32, 19/ 70, 82

III. FUENTES INDIANAS

Capitulación, Pedro de Heredia, de 1532/ 107

Capitulaciones de Santa Fe/ 106

Carta de Merced a Hernán Cortés, de 1529/ 107

Ordenanzas de Aguas para La Rioja del Visitador don Francisco de Alfaro/ 122

Ordenanzas de Audiencia/ 108

Ordenanzas de Corregidores y Alcaldes, de 1785/ 123

Ordenanzas de Intendentes, de 1749/ 123

Ordenanzas de Santiago de Chile, de 1548, 1549 y 1569/ 123

Ordenanzas del Virrey Fco. de Toledo, 1577/ 99, 122

Recopilación de Leyes de las Indias (Rec. Ind.)/ 98, 108, 112, 199

Rec. Ind. 2, 1, 2/ 108

Rec. Ind. 3, 2, 63/ 121, 124

Rec. Ind. 3, 12, 3/ 124

Rec. Ind. 3, 12, 8/ 118

Rec. Ind. 4, 12, 3/ 118, 124

Rec. Ind. 4, 12, 4/ 115, 124

Rec. Ind. 4, 12, 5/ 115, 124

Rec. Ind. 4, 12, 7/ 116, 124

Rec. Ind. 4, 12, 8/ 115, 124

Rec. Ind. 4, 12, 11/ 119, 124

Rec. Ind. 4, 17, 5/ 109, 115, 126

Rec. Ind. 4, 17, 7/ 109, 127

Rec. Ind. 4, 17, 9/ 121, 127

Rec. Ind. 4, 17, 11/ 119, 120, 127

Rec. Ind. 4, 17, 14/ 119

Rec. Ind. 7, 11, 24/ 109

Rec. Ind. 7, 11, 27/ 109

IV. FUENTES EUROPEAS

Code Civil, de 1804 (Francia)/ 22, 140, 212

Ley de Aguas, de 1847 (Francia)/ 207

Ley de Aguas, de 1879 (España)/ 22, 92, 97, 207, 211, 213, 214, 215

art. 1º/ 93

art. 2º/ 93

art. 4º/ 93, 94, 214

art. 5º/ 93, 214

art. 12/ 94

art. 13/ 94

art. 17/ 94, 214

art. 18/ 94, 214

art. 23/ 94

art. 126/ 95, 96

art. 147/ 95, 96

art. 148/ 95, 96

art. 150/ 95

art. 153/ 95

art. 157/ 95

art. 226/ 96

Título IV/ 94, 96

Título V, cap. XII/ 96

Ley Nº 29/85 de Aguas, de 1985 (España)/ 92

Ley de Aguas, de 1992. (Francia)/ 311, 486

Tribunal Constitucional de España Sentencia 227 1988/ 268

V. DERECHO CHILENO

1. Fuentes Constitucionales

Ley Nº 16.615, de 1967. Reforma Constitucional (Constitución de 1925)/ 184, 186, 235

Ley Nº 16.640, de 1967/ 129, 183, 184, 186, 187, 235, 248, 276, 277, 338, 348, 349

Acta Constitucional Nº 3, de 1976 (**Decreto** Ley Nº 1.552)/ 188, 235, 267, 314

art. 1º Nº 16/ 189, 190, 330

art. 4º Transitorio/ 189

Constitución Política, de 1980/ 235, 262, 264, 267, 314, 488, 503

art. 3º/ 288

art. 6º/ 464

art. 7º/ 464

art. 19 Nº 21/ 292

art. 19 Nº 23/ 271, 317, 490

art. 19 Nº 24/ 292, 309, 314, 315, 322, 332, 468, 496

art. 19 N° 24 inc. 2°/ 403
 art. 19 N° 24 inc. 6°/ 24
 art. 19 N° 24 inc. Final/ 24, 25, 190,
 255, 267, 282, 329, 330, 331, 346,
 359, 384, 395, 402, 502, 509
 art. 19 N° 26/ 278, 292

2. Códigos y Leyes

Código Civil/ 22, 106, 129, 137, 138,
 139, 141, 142, 143, 144, 154, 162,
 180, 181, 185, 192, 196, 198, 199,
 200, 202, 203, 205, 206, 213, 214,
 215, 222, 223, 229, 403, 494

art. 577/ 143
 art. 582/ 55, 402
 art. 583/ 25
 art. 589/ 24, 140
 art. 591/ 219
 art. 594/ 214
 art. 595/ 143, 196, 227
 art. 595, inc. 1°/ 140, 141, 143, 229
 art. 595, inc. 2°/ 140, 141, 229
 art. 596, inc. 1°/ 140, 141, 143, 227
 art. 596, inc. 2°/ 140, 141, 227
 art. 598/ 142, 143, 162, 199, 223
 art. 597/ 196
 art. 599/ 142
 art. 603/ 142, 196
 arts. 650 a 656/ 196
 art. 811/ 143
 art. 834/ 143, 223, 337
 art. 835, inc. 1°/ 143
 art. 835, inc. final/ 143
 art. 835, N° 1/ 143
 art. 836/ 143, 223, 337
 art. 837/ 141, 494
 art. 838/ 141, 143
 art. 860/ 141, 142, 143, 196
 art. 861/ 143, 168
 art. 944/ 223, 337

**Código de Aguas, de 1951 (ley
 9.909)/** 22, 128, 179, 246, 247,
 250, 276, 349, 379

Índice/ 179, 180

art. 8°/ 247
 art. 9°/ 180, 181, 186
 art. 10/ 180

art. 11/ 180
 art. 12/ 182, 188
 art. 23/ 181, 182
 art. 34/ 379
 art. 37/ 187
 art. 90/ 379
 art. 163/ 379, 380
 art. 257/ 182
 art. 299/ 183
 art. 300/ 147, 183

Código de Aguas, de 1967/ 129, 183,
 186, 276, 277, 380

Código de Aguas, de 1981/ 23, 24,
 129, 185, 190, 218, 249, 263, 266,
 276, 288, 314, 318, 319, 320, 370,
 377, 380, 391, 488, 496, 502, 503,
 508, 512

art. 1°/ 365
 art. 2°/ 365, 369, 473, 474, 477
 art. 3°/ 240, 241, 248, 251, 279, 405,
 477
 art. 5°/ 24, 25, 278, 312, 323, 365,
 466, 468
 art. 6°/ 365, 402, 405, 466, 468
 art. 7°/ 286, 323, 339, 363, 365, 370,
 380, 381, 382, 387, 388, 396, 398,
 399, 496, 510
 art. 9°/ 432
 art. 12/ 324, 339, 363, 383
 art. 13/ 324, 326, 339, 363, 383, 427,
 497
 art. 14/ 24, 324, 326, 339, 363, 383,
 427, 497
 art. 15/ 324, 326, 339, 363, 383, 497
 art. 16/ 325, 339, 363, 383, 497
 art. 17/ 324, 325, 339, 363, 382, 383,
 393, 396, 398, 497
 art. 18/ 325, 339, 363, 383, 476, 477,
 497
 art. 19/ 325, 339, 363, 383, 497
 art. 20/ 24, 321, 323, 330, 335, 346,
 350, 359, 463, 464
 art. 22/ 24, 355, 405, 464, 465, 466,
 468, 476, 477
 art. 23/ 323
 art. 24/ 339, 342, 363
 art. 24 N° 3/ 392
 art. 24 N° 5/ 392

- art. 27/ 403
 art. 30/ 453, 476
 art. 31/ 477
 art. 34/ 477
 art. 35/ 335, 477
 art. 36/ 404, 454, 455, 456, 465, 473, 474
 art. 39/ 356, 462
 art. 40/ 462
 art. 41/ 471, 475
 art. 43/ 460, 462, 465
 art. 44/ 460
 art. 45/ 460, 462
 art. 46/ 460, 462, 464, 465, 467, 468
 art. 48/ 468
 art. 53/ 460, 465, 466
 art. 55/ 460, 462, 465
 art. 56/ 330, 334, 336, 346, 350, 359, 495
 art. 59/ 356
 art. 61/ 335
 art. 68/ 356
 art. 71/ 475
 art. 76/ 432
 art. 110/ 403
 art. 112/ 349, 357, 386
 art. 114 N° 4/ 325, 382
 art. 114 N° 7/ 323, 338, 349, 350, 383, 403
 art. 115/ 356
 art. 120/ 356
 art. 122/ 281, 283, 351, 352, 353, 357, 358, 363
 art. 129/ 315, 403
 art. 134/ 355
 art. 140 N° 2/ 369, 382, 396
 art. 141/ 355, 468
 art. 141 inc. 3°/ 319, 405
 art. 141 inc. 4°/ 464
 art. 142/ 356
 art. 146/ 356
 art. 148/ 356
 art. 149/ 323, 339, 383
 art. 149 N° 3/ 370, 382, 396, 401
 art. 149 N° 6/ 324, 325, 383
 art. 150/ 325, 326, 339, 352, 353, 360, 382, 403
 art. 151/ 285, 356, 475
 art. 158/ 356
 art. 163/ 285, 356, 404
 art. 164/ 353, 356
 art. 165/ 384, 385, 391, 394, 400, 404, 406
 art. 169/ 353
 art. 171/ 356, 471
 art. 177/ 397
 art. 179/ 356
 art. 181/ 331, 333
 art. 183/ 356
 art. 186/ 25, 391, 392
 art. 187/ 392
 art. 188/ 356, 391
 art. 189/ 391
 art. 190/ 389
 art. 193/ 391
 art. 194/ 391
 art. 196/ 353, 362
 art. 197/ 386, 391, 394
 art. 198 N° 4/ 370, 386, 389, 391, 392
 art. 200/ 392, 496
 art. 202/ 391, 392
 art. 205/ 353, 362, 391
 art. 222/ 392
 art. 236/ 353
 art. 241 N° 3/ 381, 389, 392, 393, 396, 405
 art. 241 N° 5/ 324, 381, 382, 389, 392, 393, 396, 398, 399, 496
 art. 241 N° 20/ 384
 art. 244/ 397
 art. 258/ 353, 370, 393
 art. 263/ 250, 356, 392, 405
 art. 264/ 250, 254
 art. 265/ 250
 art. 266/ 356, 392, 393
 art. 267/ 353, 397
 art. 268/ 323, 370, 380, 382, 391, 392, 393, 396, 398, 399, 405, 497
 art. 270/ 356
 art. 274 N° 8/ 384, 386, 393
 art. 275/ 397
 art. 278 N° 1/ 393
 art. 282/ 356
 art. 291 N° 20/ 386
 art. 294/ 428
 art. 295/ 356, 375, 475
 art. 298/ 25

- art. 299/ 355
art. 299 letra a)/ 263, 351
art. 299 letra c)/ 428
art. 308/ 331
art. 309/ 281, 283, 341, 356, 363, 370, 383, 387, 384, 399, 406
art. 310/ 147, 283, 326, 337, 346, 356, 384, 495
art. 310 N° 1/ 383
art. 310 N° 2/ 337, 338
art. 310 N° 3/ 338
art. 311/ 283, 356, 384, 385, 393, 395, 396, 399, 404, 405, 406, 496
art. 312/ 147, 282, 326, 339, 356, 363, 384
art. 313/ 147, 283, 342, 356, 363, 384
art. 314/ 252, 356
art. 315/ 356
art. 317/ 386
art. 1° transitorio/ 283, 330, 338, 347, 349, 350, 357
art. 2° transitorio/ 283, 329, 330, 332, 338, 347, 349, 350, 357, 396
art. 5° transitorio/ 330, 338, 347, 348, 349, 350, 357, 391, 467
art. 6° transitorio/ 467
- Código de Procedimiento Civil**, de 1902/ 158, 162, 169, 170, 214, 249
art. 824/ 163, 171
art. 825/ 171
art. 828/ 162, 171
art. 835/ 244, 246
art. 837/ 171
- Código de Minería**, de 1888/ 205, 213
art. 1°/ 219
- Código de Minería**, de 1983/ 336
art. 110/ 346, 350, 359
- Código Penal**/ 205
art. 459/ 397
art. 461/ 397
- Ley de Municipalidades**, de 1854
art. 118/ 137, 142, 145, 154, 192
art. 119/ 138, 144, 154, 192
- Ley de Municipalidades**, de 1887/ 154, 165
- art. 102/ 154
art. 103/ 154
- Ley de Municipalidades**, de 1891
art. 26 N° 2/ 154, 192
- Ley de Municipalidades**, de 1934/ 162, 163
- Ley de Régimen Interior**, de 1885/ 152
art. 21 N° 18/ 153, 192
art. 22/ 153, 192
- Ley de Organización de los Tribunales**, de 1875/ 148
- Ley de Policía de Ferrocarriles**, de 1862/ 144
- Ley de 17 diciembre de 1842**. Sobre caminos, canales, puentes y calzadas/ 137
- Ley de 21 de agosto de 1887**/ 192
- Ley de 29 de agosto 1887** "Juicios sobre repartición de aguas o sobre derechos referentes a ellas. Forma en que debe hacerse la licitación a los interesados"/ 154
- Ley N° 2.068**, de 1907. Se autoriza a los dueños de propiedades para que se usen como fuerza motriz las aguas que pasen por sus predios/ 158, 163, 169, 170, 207, 208, 219
- Ley N° 2.139**, de 1908. Aguas de Regadío. Se reglamentan las Asociaciones de Canalistas/ 159, 169, 171, 172, 173, 213, 376, 377, 379
- Ley N° 2.953**, de 1914. Construcción de cuatro grandes canales: Maucó, Maule, Melado y Laja./ 177, 416
- Ley N° 3.130**, de 1917/ 177
- Ley N° 3.133**, de 1917. Neutralización de los Residuos provenientes de Establecimientos Industriales/ 159, 169, 173, 458
art. 1°/ 458

- Ley N° 3.182**, de 1916/ 177
- Ley N° 3.232**, de 1917/ 177
- Ley N° 3.233**, de 1917/ 177
- Ley N° 3.234**, de 1917/ 177
- Ley N° 3.314**, de 1919/ 177
- Ley N° 3.369**, de 1918/ 177
- Ley N° 3.390**, de 1918/ 158, 169, 171, 249
- Ley N° 3.621**, de 1920/ 177
- Ley N° 4.303**, de 1928/ 160, 177, 416
- Ley N° 4.445**, de 1928. Que fija prescripciones en las obras de regadío que se construyan con cargo a la Ley 4.303, de 1928/ 160, 177, 178, 216, 249, 416
- art. 5°/ 177
- art. 9°/ 178
- art. 21/ 178
- art. 22/ 178
- Ley N° 4.724**, de 1929. Prorroga por seis meses el plazo para las inscripciones de derechos, mercedes o concesiones de aguas/ 160, 169, 174
- Ley N° 4.851**, de 1930. Ley de caminos/ 161, 169, 175
- Ley N° 5.671**, de 1935. Concede plazo especial para que los propietarios de derechos, concesiones o mercedes de aguas que no hubieran dado cumplimiento al DL N° 160, de 1924, procedan a inscribir sus derechos en el rol de aguas y deja sin efecto todos los decretos sobre caducidad de derechos de aguas/ 161, 169, 174
- Ley N° 8.944**, de 1948 (nuevo Código de Aguas)/ 221, 232, 233
- Ley N° 8.978**, de 1948. Suspende la vigencia del Código de Aguas a partir del 11 de junio de 1948/ 221, 234
- Ley N° 9.288**, de 1948/ 221, 234
- Ley N° 9.394**, de 1949/ 221, 234
- Ley N° 9.575**, de 1950/ 221, 234
- Ley N° 9.896**, de 1951. Modificaciones al Código de Aguas/ 234
- Ley N° 9.909**, de 1951. Texto definitivo Código de Aguas/ 158, 178, 221, 235
- Ley N° 15.020**, de 1967/ 338, 348
- Ley N° 18.097**, de 1982. Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras/ 336
- art. 8° inc. Final/ 336
- Ley N° 18.450**, de 1985. Subsidio estatal a obras de riego financiadas parcialmente por particulares/ 286, 433, 434, 435
- Ley N° 18.885**, de 1990/ 447, 448, 453
- Ley N° 18.892**, de Pesca y Agricultura según texto de ley 19.079, de 1991
- art. 68/ 266, 319
- Ley N° 19.079**, de 1991/ 266, 319
- Ley N° 19.253**, de 1993. Protección, fomento y desarrollo indígena/ 266, 320, 338
- art. 1°/ 320
- art. 20/ 320
- art. 64/ 320
- Ley N° 19.300**. Ley de Bases del Medio Ambiente/ 428
- Ley N° 19.316**, de 1994/ 434
- Ley N° 19.525**, de 1997/ 437
3. *Decretos Leyes (DL)*
- DL N° 160**, de 1925. Fija lo que debe pagarse por las concesiones de muelles, ferrocarriles particulares, servicio eléctrico/ 160, 163, 166, 169, 173, 208, 213, 215
- art. 20/ 163

art. 20 a 31/ 163

art. 21/ 163

art. 22/ 163

art. 23/ 164

art. 29/ 173

art. 30/ 173

art. 131/ 174

DL N° 252, de 1925. Ley General de Servicios Eléctricos/ 160, 167

DL N° 445, de 1925. Fondo General de Regadío/ 160, 177

DL N° 683, de 1925. Autoriza al Presidente de la República para hacer inversiones en obras de riego/ 177, 249

DL N° 683 Bis, de 1925/ 177

DL N° 740, de 1925. Elección, organización y atribución de las Municipalidades/ 160, 162, 167, 176, 177,

DL N° 2.603, de 1979/ 23, 129, 189, 190, 236, 258, 266, 267, 276, 289, 314, 318, 331, 332, 333, 370, 385, 394, 488, 496, 502

art. 2°/ 189

art. 3°/ 289, 354

art. 4°/ 331

art. 5°/ 391, 400, 403, 406

art. 6°/ 331

art. 7°/ 25, 282, 283, 314, 329, 330, 331, 332, 337, 346, 356, 395, 404, 496, 509

DL N° 3.337, de 1980/ 189, 236

DL N° 3.549, de 1980/ 189, 236

DL N° 3.337, de 1980/ 236

DL N° 3.549, de 1980/ 236

4. Decretos con Fuerza de Ley (DFL)

DFL N° 244, de 1931. Ley de Servicios Eléctricos/ 160, 163, 168

DFL N° 340, de 1931, modifica ley 4.445/ 160

DFL N° 237, de 1931. Fuentes Termales/ 161, 162

DFL N° 1-2.603, de 1979. Dicta normas sobre regularización y enajenación de los derechos de aprovechamiento de aguas/ 189, 190

DFL N° 1.122, de 1981. Texto definitivo del Código de Aguas/ 22, 236, 333, 512

DFL N° 1.123, de 1981. Ejecución de obras de riego por el Estado/ 436, 512

DFL N° 1, de 1982. Ley eléctrica/ 421, 422, 424

art. 4°/ 424

art. 7°/ 426

art. 14/ 424

art. 18 d)/ 424

art. 21/ 424

art. 24 letra e)/ 424

art. 28 inc. 2°/ 424

art. 50/ 424

art. 54/ 424

DFL N° 382, de 1988. Ley General de Servicios Sanitarios/ 444, 447, 451

art. 3°/ 444, 458

art. 5°/ 444, 449

art. 9°/ 447

art. 10 inc. 2°/ 444, 457

art. 10 inc. 3°/ 445

art. 12/ 450

art. 12 N° 3/ 448, 455

art. 15 N° 5/ 450

art. 18 N° 3 letra a)/ 448, 455

art. 18 N° 3 letra b)/ 448, 455

art. 18 N° 5/ 447, 448, 453

art. 24/ 452

art. 24 letra b)/ 447

art. 25/ 447, 452, 453

art. 26/ 452

art. 28/ 447, 452, 453

art. 28 letra a)/ 447

art. 29/ 453

art. 30/ 447, 453

art. 33/ 445, 457, 458

art. 39/ 445, 452, 457

art. 40/ 447

art. 42/ 445
 art. 43/ 445
 art. 45/ 447, 453, 458
 art. 53/ 447
 art. 53 letra g)/ 454
 art. 53 letra h)/ 454
 art. 61/ 447, 453, 454, 455, 461, 462,
 463, 468
 art. 1º transitorio/ 447
DFL Nº 70, de 1988/ 447

DFL Nº 5, Comunidades Agrícolas,
 de 1968 (Texto agregado por
 art. 1º Nº 38 de la Ley 19.233,
 de 1993/ 266, 319, 338, 508

5. Decretos Supremos

Senado Consulto, de 1816/ 192, 371

Senado Consulto, de 1819/ 129, 132,
 133, 143, 192, 371, 372, 374, 375

Ordenanza sobre la Distribución de
 las Aguas, de 1872 (03 de ene-
 ro)/ 144, 155, 192, 196, 244

art. 1º/ 145, 147
 art. 2º/ 146, 147
 art. 3º/ 146
 art. 10/ 146
 art. 12/ 146
 art. 13/ 146
 art. 14/ 146

Ordenanza sobre repartición de las
 aguas río Aconcagua, de 1872
 (17 de enero)/ 148, 192, 201

Ordenanzas sobre repartición de
 las aguas del Río Tinguiririca,
 de 1872 (26 de Abril)/ 148,
 192

Ordenanzas sobre distribución de las
 aguas del Río Teno y de los es-
 teros Chimbarongo y Guaipillo,
 de 1872/ 148

Ordenanza sobre policía fluvial y de
 irrigación para el valle de Co-
 piapó, de 1875.

art. 1º/ 149
 art. 1º Nº2/ 150

art. 2º/ 150
 art. 3º/ 149
 art. 5º/ 150
 art. 8º/ 150
 art. 21/ 150
 art. 28/ 150

Ordenanza para la distribución de
 las aguas del río Huasco dentro
 de los límites del Departamen-
 to de Vallenar, de 1880.

art. 1º/ 151
 art. 1º Nº2/ 151, 152
 art. 3º/ 152
 art. 5º/ 152
 art. 9º/ 151
 art. 10/ 151, 152
 art. 15/ 152
 art. 17/ 152

Ordenanza General de Urbanismo
 y Construcciones. Decreto Nº
 47, de Vivienda, de 1992/ 445

DS Nº 254, de 1907. Reglamento
 sobre mercedes de aguas para
 usos Industriales/ 158, 160,
 163, 164

DS Nº 187, de 1983. Obras Públicas
 art. 1º/ 353

DS Nº 316, de 1984
 art. 1º/ 445, 452
 art. 4º/ 445
 art. 16 Nº 2/ 458

DS Nº 173, de 1986. Reglamento de
 la Ley 18.450/ 434

DS Nº 6, de 1991. Reglamento del
DFL Nº 1.123, de 1981/ 436

DS Nº 121, de 1991. Reglamento de
 Servicios Sanitarios. (Obras Pú-
 blicas)/ 444, 447, 449, 450

DS Nº 499, de 1994. Economía. So-
 bre Registro Nacional de Acui-
 cultura/ 362

DS Nº 1.220, de 1998. Obras Públi-
 cas. Reglamento del Catastro
 Público de Aguas/ 283, 363

6. *Decretos*

Decreto N° 2.130, de 1905/ 156

Decreto N° 347, de 1910. Sobre impuesto de papel sellado, timbres y estampillas/ 164

Decreto N° 1.666, de 1910. Reglamento para la inscripción de los actos y contratos translativos de dominio de regadores de aguas/ 159, 169, 173, 377

Decreto N° 2.032, de 1913. Reglamento relativo a las mercedes que se solicitan en el río Loa y sus afluentes y en las aguadas y vertientes de la provincia de Antofagasta/ 159, 164, 165

Decreto N° 403, de 1916. Reglamento de mercedes de aguas para regadío/ 159, 160, 164, 165, 208, 224

Decreto N° 2.491, de 1916. Reglamento Ley 3.133/ 159

Decreto N° 649, de 1920. Reglamento específico sobre concesión de mercedes de aguas en el río Loa sus afluentes, aguadas y vertientes de la Provincia de Antofagasta/ 159, 160, 164, 165, 208

Decreto N° 73, de 1924. Modifica el DS N° 254, de 1907/ 158, 164

Decreto N° 401, de 1924/ 156

Decreto N° 160, de 1925/ 164, 166

Decreto N° 1.444, de 1927/ 160

Decreto N° 1.985, de 1927. Reglamento de Distribución de Aguas/ 160, 169

Decreto N° 2.190, de 1930. Reglamento de la ley general de comisiones N° 4.851/ 161

7. *Reglamentos*

Reglamento para la concesión del uso de aguadas en las provincias del norte, de 1893/ 155
art. 1°/ 155

art. 3°/ 155

art. 3°, letra c)/ 156

art. 5°/ 156

Reglamento Ley 19.300, de 1997 sobre Bases del Medio Ambiente. Reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental/ 428

Reglamento del Catastro Público de Aguas (Decreto Supremo N° 1.220, de 1998)/ 283, 363

8. *Dictámenes*

Dictamen N° 29.228, de 1984. Contraloría General de la República/ 478

Dictamen N° 28.061, de 1985. Contraloría General de la República/ 478

Dictamen N° 15.664, 1989. Dirección General de Aguas/ 446, 464

Dictamen N° 17.596, 1990. Dirección General de Aguas/ 446, 465

Dictamen N° 8.524, 1991. Contraloría General de la República/ 446, 465

Dictamen N° 1.408, 1992. Contraloría General de la República/ 329, 348

Dictamen N° 14.716, 1992. Contraloría General de la República/ 331

9. *Sentencias Corte Suprema [CS] y Cortes de Apelaciones [C.A.], indicando sólo el año*

C.A. Talca, de 1906/ 245

C. Suprema, de 1905/ 251, 331

C. Suprema, de 1912/ 375

C. Suprema, de 1913/ 375

C.A. Santiago, de 1916/ 246

Juez de Letras Rancagua, de 1929/ 375

C.A. Talca, de 1988/ 350

C.A. Santiago, de 1991/ 251, 352

C.A. Santiago, de 1991/ 333, 334

C.A. Santiago, de 1992/ 251, 331

C. Suprema, de 1992/ 331

C. Suprema, de 1995/ 332

C. A. Antofagasta, de 1995/ 446

C. Suprema, de 1996/ 446

10. *Proyectos de Ley*

Proyecto de Código Rural, 1875/
194, 195, 197, 198, 200

arts. 55 a 61/ 196

arts. 115 a 125/ 196

arts. 126 a 168/ 196

Proyecto de Código Rural, de 1884/
191, 200, 204

Índice/ 201

art. 229/ 202

art. 230/ 202

art. 234/ 202

art. 235/ 202

art. 236/ 202

art. 238/ 202

art. 239/ 202

art. 240/ 202

art. 241/ 202

Proyecto de Código Rural, de 1886/
204

413 artículos/ 204

Proyecto de Código de Aguas, de
1927/ 209, 213

Índice/ 209, 210, 211

art. 9/ 214

art. 14/ 214

art. 24/ 214

art. 37/ 214

art. 38/ 215

art. 66/ 213

art. 74/ 377

art. 75/ 377

art. 76/ 377

art. 291/ 213

art. 398/ 213

art. 399/ 213

art. 408/ 213

art. 421/ 377

art. 468/ 216

arts. 45 a 54/ 213

arts. 60 a 64/ 213

arts. 193 a 201/ 213

arts. 226 a 231/ 213

arts. 283 a 285/ 213

arts. 295 a 306/ 213

arts. 341 a 345/ 213

Proyecto de Código de Aguas, de
1928/ 216, 246, 378

399 artículos/ 217

20 Títulos/ 217

art. 11/ 217

Proyecto de Código de Aguas, de
1930/ 182, 217, 220, 246, 378

Índice/ 218, 219

art. 10/ 219, 220

art. 13/ 219

art. 26/ 219

Proyecto de Código de Aguas, de
1936/ 220, 247, 250, 378

Mensaje/ 222, 224, 247

358 artículos/ 220

art. 14/ 221

art. 27/ 221

**Proyecto de Reglamento sobre las
aguas del Río Mapocho**, de
1847/ 206

11. *Estatutos*

Estatutos Sociedad Canal del Maipo,
1873 (modificados en 1909)/ 373

12. *Otras*

Oficio 656, de 1991. Superintenden-
cia de Servicios Sanitarios/ 449

Oficio 20, de 1993 Superintenden-
cia de Servicios Sanitarios/ 451

Oficio 677, de 1993/ 451

Platón. *Nomoi* 8, 844 a./ 484

Resolución Particular N° 212, de
1982/ 446

Resolución N° 186, de 1996. Aguas
Subterráneas/ 335

INDICE GENERAL

<i>Prefacio</i>	9
-----------------------	---

INTRODUCCION GENERAL

EL DERECHO DE AGUAS ANTE LA HISTORIA Y LA LEGISLACION VIGENTE	11
--	----

1. Explicación preliminar	11
2. Objetivos generales de una investigación sobre derecho de aguas	13
3. Fundamentación teórica de una investigación en materia de aguas	15
4. Hipótesis de trabajo	15
5. Bibliografía más relevante en materia de aguas	17
6. Objetivos específicos del estudio del derecho de aguas	21
I. Reconstrucción histórica	22
II. Reconstrucción dogmática	23
7. Núcleo dogmático del derecho de aguas	23

PRIMERA PARTE

HISTORIA DEL DERECHO DE AGUAS

CAPITULO 1

FUENTES DE DERECHO ROMANO DE AGUAS	29
------------------------------------	----

I. Las aguas en el Derecho Romano Clásico	29
1. Dominio de las aguas	29
a) Marciano, D. 1, 9, 2, pr-1	30
b) Pomponio, D. 41, 1, 50	30
c) Ulpiano, D. 39, 2, 15, 2-9	30
d) Gayo, D. 1, 8, 5, pr-1	31
e) Marciano, D. 1, 9, 4, pr-1	32
f) Ulpiano, D. 43, 12, 1, 2	32
g) Ulpiano, D. 43, 12, 1.1	32
h) Ulpiano, D. 43, 1.1, pr- 1	33

i)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.8	33
j)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.6	33
k)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.5	34
l)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.4	34
ll)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.3	34
m)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.10	35
n)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.7	35
ñ)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.9	35
o)	Ulpiano, D. 43, 13. 1, pr-2	35
p)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.11	36
q)	Paulo, D. 43, 12. 3, pr- 1 y 2	36
2.	El aprovechamiento de las aguas	36
a)	Papirio Justo, D. 8. 3. 17	37
b)	Neracio, D. 8, 2, 2, 3	37
c)	Ulpiano, D. 43, 12. 1, pr.	37
d)	Ulpiano, D. 43, 12. 1. 12, 13 y 14	38
e)	Pomponio, D. 43, 12. 2	38
f)	Ulpiano, D. 43, 15. 1. 1-6	38
II.	Las aguas en el Derecho postclásico	39
1.	Derecho de aguas teodosiano	39
a)	Dominio de las aguas	39
b)	Limpieza de los acueductos	40
c)	Sistema concesional	41
d)	Uso del agua	41
2.	Derecho de aguas justiniano	42
a)	Las aguas en las Institutas	42
b)	Principios recogidos del teodosiano	43
c)	Nuevas disposiciones	44

CAPITULO 2

FUENTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO ESPAÑOL MEDIEVAL
DE AGUAS

Introducción	45
a) El concepto jurídico de regalía	45
b) El Derecho Común	47
I. Primer texto hispánico	48
a) Su tenor y posterior recepción	48
b) Trascendencia	50
II. Las aguas en el Fuero Juzgo	51
III. Las Siete Partidas	53
1. Los derechos patrimoniales de los Reyes	54
a) El Señorío de los Reyes	54
b) La imprescriptibilidad y la inalienabilidad	55
2. Condición jurídica de las aguas	58
a) Dominio de las aguas	59
b) Otorgamientos reales	62
c) Derechos de aprovechamiento	66
d) Comentario final	70

IV. El Ordenamiento de Alcalá	71
V. El derecho práctico	72
VI. Conclusiones	72
1. Dominio de las aguas	72
2. El sistema concesional	72
3. Los derechos de uso	72
4. Intervención administrativa	73
Apéndice: Las Siete Partidas. Tercera Partida	73
Leyes 3, 6, 7, 8, 9, 10, 26 y 31 del Título 28; Ley 7 del Título 29; Leyes 4 y 5 del Título 31; Leyes 15, 18 y 19 del Título 32, con las glosas (traducidas) de Gregorio López	

CAPITULO 3

FUENTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO ESPAÑOL MODERNO Y DECIMONONICO DE AGUAS

I. El derecho moderno de aguas	83
1. Las Ordenanzas Reales de Castilla (ORC)	83
2. Leyes de la Nueva Recopilación	84
a) Dominio de las aguas	84
b) El sistema concesional	86
c) Derechos de los particulares	87
d) Intervención de la Administración	87
3. Las leyes de la Novísima Recopilación	88
a) Dominio y concesiones de aguas	89
b) Intervención administrativa	90
II. El derecho de aguas español decimonónico	92
1. El dominio de las aguas	93
a) Aguas pluviales	93
b) Aguas vivas, manantiales y corrientes	93
c) Aguas muertas o estancadas	94
d) Aguas subterráneas	94
2. Procedimiento concesional	94
3. Los derechos de aprovechamiento	96
4. Intervención administrativa	96
5. Conclusiones	97

CAPITULO 4

FUENTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INDIANO DE AGUAS

Introducción	98
I. El estado de la cuestión	100
II. La existencia de unos "principios generales"	104
III. El dominio de las aguas	105
1. Las capitulaciones del siglo XVI	106
2. El derecho supletorio	108

3. Los textos indianos	109
4. La doctrina	111
IV. Las mercedes de aguas	114
1. Los textos indianos	114
2. Procedimientos administrativos	116
3. Concepto de "merced"	117
V. Los derechos de uso y aprovechamiento	118
1. Los textos indianos	118
2. Los nuevos repartimientos	120
3. Naturaleza jurídica	120
VI. La intervención administrativa	121
VII. Conclusiones	123
Apéndice: Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias	124
Ley 63 del Título II; Leyes 3, 4, 5, 7, 8 y 11 del Título XII;	
Leyes 5, 7, 9 y 11 del Título XVII, Libro III	

CAPITULO 5

FUENTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTEMPORANEO DE AGUAS 128

Primera Parte: Legislación Nacional de Aguas desde 1818 hasta 1951

I. El Derecho Nacional de Aguas antes del Código Civil (1818-1856)	129
1. La legislación vigente luego de la Independencia	129
2. El primer texto patrio: Senado-Consulta de 1819	129
3. La crítica posterior	132
a) Un artículo anónimo de 1846	132
b) La publicación en Chile de la voz "Agua", de la enciclopedia de Arrazola	134
4. Artículo 118 de la Ley de Municipalidades, de 1854	137
II. El Derecho de Aguas en el Código Civil (1857)	139
III. Legislación de aguas desde 1857 hasta fin de siglo	144
1. La Ordenanza sobre la distribución de las aguas, de 1872 ...	144
2. Ordenanzas de 1875 y de 1880	149
3. Ley de Régimen Interior, de 1885	152
4. Leyes de Municipalidades de 1887 y 1891	154
5. Un procedimiento concesional para las aguadas, en 1893 ...	155
IV. Legislación de aguas desde principios de siglo, hasta antes de la codificación	157
1. Panorama legislativo desde principios de siglo hasta 1950 ...	158
2. Principios fundantes de la legislación precodificada	161
a) El dominio público de las aguas	161
b) El procedimiento concesional. Las mercedes de aguas ..	163
c) Los derechos de uso o aprovechamiento de aguas	168
d) Intervención administrativa	176

Segunda Parte: El Derecho de Aguas Codificado

I. El Código de Aguas de 1951	178
1. Estructura general	178

	2. Principios dogmáticos del Código de Aguas de 1951	180
	3. Derogación orgánica de la legislación precodificada	183
II.	La Ley N° 16.640 y un “nuevo” Código de Aguas, en 1967	183
	1. El dominio de las aguas	185
	2. El procedimiento concesional	187
	3. Los derechos de aprovechamiento de aguas	187
	4. Administración de las aguas	188
III.	Disposiciones constitucionales y legales desde 1976 a 1980	188
IV.	Colofón	191

CAPITULO 6

HISTORIA DE LA CODIFICACION DEL DERECHO DE AGUAS 192

I.	El derecho nacional de aguas precodificado	192
II.	Los proyectos de codificación rural (1875-1887)	193
	1. Proyecto de Código Rural de 1875	194
	a) Origen y contenido del proyecto	195
	b) Reacciones al proyecto de Lastarria	197
	2. Proyecto de Código Rural de 1884	200
	3. Proyecto de Código Rural de 1886	204
	4. El fracaso de los proyectos de Código Rural	206
III.	Los primeros proyectos de Código de Aguas	206
	1. Antecedentes	206
	2. Proyecto de Código de Aguas de 1927, de Rafael Moreno Echavarría	209
	a) Contenido general del Proyecto de Código de Aguas de 1927	209
	b) Influencias	211
	c) Los principios generales del proyecto	214
	3. Comisiones revisoras y proyectos posteriores	216
	a) Proyecto de Código de Agua de 1928	216
	b) Proyecto de Código de Aguas de 1930	217
	c) Origen del concepto “derecho de aprovechamiento” ...	219
	d) Proyecto de Código de Aguas de 1936	220
IV.	Discusión parlamentaria del Código de Aguas (1936-1951)	221
	1. En la Cámara de Diputados (1936-1938)	221
	a) Mensaje de 1936	222
	b) Retiro intempestivo del proyecto	224
	c) Moción de varios diputados	225
	d) Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	226
	e) Discusión general y aprobación del proyecto	227
	2. En el Senado (1938-1945)	230
	a) Ingreso del proyecto	230
	b) Informe de la Comisión	230
	c) Discusión y aprobación del proyecto	231
	3. Trámites finales en ambas cámaras (1945-1947)	231

4. Veto del Presidente de la República (1947-1948)	232
5. Polémica y dificultades posteriores (1948-1951)	233
V. Epílogo	235

SEGUNDA PARTE

PRINCIPIOS DEL DERECHO DE AGUAS VIGENTE

CAPITULO 7

EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA CORRIENTE EN EL DERECHO DE AGUAS	239
---	-----

Introducción: Algunos conceptos generales de hidrología	241
1. El ciclo hidrológico	241
2. El agua terrestre: los ríos	242
I. Historia legislativa de la unidad de la corriente	244
II. Implicancias jurídicas del concepto de la unidad de la corriente	248
1. Seccionamiento de los ríos y unidad de la corriente	249
a) Seccionamiento para la organización de Juntas de Vigilancia	249
b) Seccionamiento y extraordinaria sequía	252
2. Unidad de la corriente y manejo integrado de cuencas	253
3. Unidad de la corriente y regulación de caudales	254
III. Conclusiones	255

CAPITULO 8

EL PRINCIPIO DE LA LIBRE TRANSFERIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE AGUAS	257
---	-----

I. La creación y transferibilidad de los derechos de aguas	259
1. Antecedentes sobre el "mercado de aguas"	261
a) Antecedentes prelegislativos	262
b) Conceptos económicos sobre el "mercado" de aguas	264
2. El sistema de derecho de aguas vigente	266
a) Definición y protección de los derechos de aguas	267
b) Libertad de uso de las aguas	269
c) Gratuidad de la obtención de derechos	270
d) El papel del Estado	271
II. Obstáculos y facilidades legales del sistema chileno de transferibilidad de derechos de aguas	272
1. Eficacia y resultados del "mercado" de derechos de aguas chileno	272
2. Obstáculos a la libre transferibilidad de los derechos de aguas ..	276
a) Las "externalidades": las ambientales y el perjuicio a derechos de terceros	278
b) Obstáculos de certeza jurídica en los títulos	281

b.1) Derechos consuetudinarios no catastrados	281
b.2) Definición y conceptualización de los derechos de aguas	283
c) Obstáculos administrativos (rigidez de la infraestructura)	284
d) Obstáculo propiamente económico: falta de un valor o precio del no uso del recurso	288
III. Conclusiones	291
Bibliografía citada	293

TERCERA PARTE

DOGMATICA DEL DERECHO DE AGUAS VIGENTE

CAPITULO 9

ESTATUTO JURIDICO, TIPOLOGIA Y PROBLEMAS ACTUALES DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS. EN ESPECIAL DE SU REGULARIZACION Y CATASTRO	307
--	-----

Introducción: lo público y lo privado en materia de aguas ante la historia jurídica	308
1. Del derecho romano al sistema concesional del siglo XIX: lo público	308
2. Los derechos de aprovechamiento de aguas: lo privado	311
I. Estatuto y tipología de los derechos de aguas en Chile	313
1. La legislación general de aguas a partir de 1979-1981	314
a) Principales características del sistema original	314
b) Modificaciones posteriores al sistema original	318
2. Tipología de los derechos de aguas	321
a) Los derechos de aprovechamiento de aguas "constituidos"	322
a.1) Derechos de aguas constituidos a partir de 1981 ..	323
a.1.1) Contenido y características esenciales de los derechos de aprovechamiento de aguas	323
a.1.2) Inscripción de los derechos de aprovecha- miento de aguas	325
a.2) Derechos de aguas constituidos antes de 1981	326
b) Los derechos de aprovechamiento de aguas "reconocidos"	327
b.1) Los usos consuetudinarios de aguas reconocidos como derechos por la ley	327
b.1.1) El uso tradicional e inmemorial de las aguas	327
b.1.2) Estatuto legal y constitucional de los usos de aguas consuetudinarios	329
b.2) Los usos mínimos o limitados reconocidos como derechos por la ley	333
b.2.1) Pozos domésticos	334
b.2.2) Aguas que nacen, corren y mueren en una misma heredad	335
b.2.3) Lagos menores	335
b.2.4) Aguas halladas en las labores mineras	335
b.2.5) Límites a los usos mínimos	336

3. Otros usos y derechos antiguos reconocidos por la ley	337
II. Problemas actuales de los títulos de aguas	338
1. Formalización de derechos de aguas, reconocidos o constituidos, cuyos títulos no indican su contenido ni sus características esenciales	339
a) Presunción de características esenciales de los títulos de aguas	341
b) Una necesaria evolución jurídica respecto de los usos del agua	344
2. Regularización de derechos de aguas	345
3. Necesidad de regulación reglamentaria para el Catastro Público de Aguas	350
a) Consagración legal y contenido del Catastro Público de Aguas	351
b) Objetivos y necesidad actual del Catastro Público de Aguas	353
c) Características del Catastro Público de Aguas	357
4. Conclusión: Necesidad de dictar el Reglamento del Catastro Público de Aguas	362
Bibliografía citada	363

CAPITULO 10

**REGIMEN JURIDICO DE LA UNIDAD DE MEDIDA DE LOS
DERECHOS DE AGUAS. SU ESENCIAL CONEXION CON LA
DISTRIBUCION DE AGUAS SUPERFICIALES**

Introducción	368
I. La unidad de medida ante la historia legislativa y el derecho vigente	371
1. Historia legislativa de la unidad de medida	371
a) Durante el siglo pasado	371
a.1) Primera definición legal en 1819: el "regador"	371
a.2) Los "marcos" del Canal San Carlos	372
a.3) Del "regador" o "marco" a la repartición proporcional del agua	374
b) En el siglo XX	376
b.1) La Ley N ^o 2.139, de 1908	376
b.2) En la historia prelegislativa y en el texto del Código de Aguas de 1951	377
b.2.1) La historia prelegislativa del Código de Aguas de 1951	377
b.2.2) El texto del Código de Aguas de 1951	379
b.3) La unidad de medida en la modificación de 1967 ..	380
2. Régimen vigente de la unidad de medida de los derechos de aguas	380
a) La unidad de medida en los derechos constituidos	381
a.1) Los derechos constituidos a partir de la vigencia del Código de Aguas de 1981	382
a.2) Los derechos constituidos antes de la vigencia del Código de Aguas de 1981	383

b) Unidad de medida de los derechos reconocidos	385
II. Unidad de medida y distribución de las aguas	387
1. Ejercicio de los derechos de agua y la "cantidad de agua" usada	388
a) El uso individual de las aguas	389
b) El uso colectivo de las aguas	389
2. ¿Quién realiza el reparto de la "cantidad de aguas" que le corresponde a cada derecho?	390
a) El reparto usual de las aguas	390
b) Estatuto jurídico de la organización de usuarios	392
3. Forma tradicional de reparto: distribución alícuota o turnal: origen de la "cantidad de agua" de cada derecho	393
4. El régimen de distribución de aguas autorizado por la ley ...	395
5. Posibilidad de conversión de sistema de reparto: desde una unidad variable a una fija	398
6. Otros aspectos relativos al caudal de las aguas, y al uso efectivo y normal de las aguas	401
a) Efectos del no uso de los derechos de aguas	401
a.1) Posibilidad de extinción de un derecho de aguas por no uso de las aguas que le corresponden	402
a.2) Otros efectos del no uso de las aguas	404
b) Relación de las acciones o derechos con las aguas de los ríos	405
7. Conclusiones	407
Bibliografía citada	409

CAPITULO 11

CONSTRUCCION DE OBRAS HIDROELECTRICAS Y DE RIEGO 412

Introducción	412
I. Aspectos geográficos e históricos de las obras hidráulicas	413
1. Características geográficas de Chile	413
2. Necesidad de obras de riego	414
3. Excurso histórico	415
4. Conveniencia de las obras hidroeléctricas. Breve excurso histórico	417
5. Resumen	418
II. Régimen jurídico de las obras hidroeléctricas	419
1. Características generales del sector eléctrico y, en especial, de la generación de energía eléctrica	419
2. Servicio público y electricidad	421
3. Publicatio parcial del servicio eléctrico de Chile	423
4. La concesión eléctrica está dirigida a ampliar la esfera jurídica de los privados que la obtengan	425
5. Régimen de la construcción de obras de generación eléctrica	426
III. Régimen jurídico de las obras para riego	428
1. Aspectos generales	428
2. Obras financiadas directamente por los particulares	431
3. Obras financiadas parcialmente por los particulares, con un subsidio estatal (Ley N ^u 18.450, de 1985)	433

4. Obras financiadas íntegramente por el fisco, con reembolso posterior de los particulares	436
IV. Conclusiones	439
a) En cuanto a obras hidráulicas para generar energía eléctrica	439
b) En cuanto a obras hidráulicas para riego	440
Bibliografía citada	441
a) Chile	441
b) España y Francia	442

CAPITULO 12

CONSTITUCION DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS SOBRE DERRAMES. EL CASO DE LAS AGUAS DEPOSITADAS POR UN CONCESIONARIO SANITARIO EN FUENTES NATURALES 444

Introducción	444
I. Titularidad de las aguas que escurren por las instalaciones sanitarias	447
1. Los bienes afectos a la concesión de servicios sanitarios	448
a) Bienes afectos a la producción de agua potable	449
b) Bienes afectos a la distribución de agua potable, recolección y tratamiento de aguas servidas	450
c) Concepto de bienes afectos	450
2. Instalaciones sanitarias	451
a) Propiedad de las instalaciones sanitarias	451
b) Naturaleza de las instalaciones sanitarias	453
3. Titularidad de las aguas que escurren en las instalaciones de los concesionarios sanitarios	455
a) Propiedad del agua durante la producción	455
b) Propiedad del agua durante la distribución	456
c) Propiedad del agua durante el consumo particular	457
d) Propiedad del agua durante la recolección	457
e) Propiedad de las aguas después de la recolección: derrames	458
II. Derrames de aguas servidas y creación de derechos sobre ellas ..	459
1. El abandono de las aguas servidas por los concesionarios sanitarios: derrames	459
a) Naturaleza jurídica del abandono de aguas servidas	460
b) Características de los derrames "sanitarios"	461
2. Concesión sobre aguas de derrame	463
a) Validez de la concesión de derechos de aguas sobre derrames	463
b) Consecuencias jurídicas de un acto concesional sobre aguas de derrame	466
1ª Nulidad del acto	466
2ª Inoponibilidad frente a terceros	467

CAPITULO 13

CONSTITUCION DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO EN
AGUAS EMBALSADAS POR UNA CENTRAL HIDROELECTRICA 470

I.	Antecedentes	470
1.	Derechos anteriores para embalsar aguas	471
2.	Autorizaciones para la construcción de obras (presa)	471
3.	Operación de las centrales hidroeléctricas y embalses	472
4.	Solicitud de un particular interesado	473
II.	Consecuencias jurídicas de un embalse	473
III.	Creación de nuevos derechos de aprovechamiento por la autoridad, para ser captadas las aguas desde un embalse	477
IV.	Conclusiones	478

CUARTA PARTE

PROSPECTIVA DEL DERECHO DE AGUAS

CAPITULO 14

ENTRE LO PUBLICO Y LO PRIVADO, ¿QUIEN ES EL DUEÑO
DE LAS AGUAS? 483

I.	Una mirada histórica	484
II.	El derecho a las gotas de lluvia	486
III.	¿Al alcance de todos?	488

CAPITULO 15

CONFLICTIVIDAD JUDICIAL SOBRE RECURSOS HIDRICOS
EN UN SISTEMA DE MERCADO DE DERECHOS DE AGUAS 492

I.	Causas de las disputas de aguas en Chile	493
II.	Antecedentes históricos de la legislación de aguas chilena	494
III.	La conflictividad judicial de aguas en medio de un mercado de los derechos de aguas	496
1.	La legislación de aguas de 1979-1981	496
2.	Causas de conflictos y resultados en medio del mercado	498
IV.	Conclusión final	499
	Bibliografía citada	500

CAPITULO 16

PERFECCIONAMIENTO LEGAL DEL MERCADO DE
DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS 502

I.	El principio de la libre transferibilidad de los derechos de aguas	502
II.	Arreglos institucionales necesarios en un mercado de derechos de aguas	503

III. “Externalidades” del mercado de derechos de aguas	505
IV. El problema de los derrames o flujos de retorno	507
V. Catastro e inscripción de los derechos de aguas. Su falta de formalización	509
VI. Definición y conceptualización inadecuada de los derechos de aguas	511
VII. Infraestructura y trabas administrativas	512
Nota final	515