

**Alejandro
Vergara
Blanco**

**DERECHO
DE AGUAS**

Tomo I

Editorial Jurídica de Chile

DERECHO DE AGUAS

TOMO I

DERECHO DE AGUAS

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*

ALEJANDRO VERGARA BLANCO
ABOGADO

DERECHO DE AGUAS

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

*A la memoria de mi padre,
Ciro Vergara Duplaquet.*

PREFACIO

Edito este libro con el objetivo de aportar al público lector antecedentes históricos y dogmáticos del vigente derecho de aguas, intentando cubrir los aspectos fundamentales de la disciplina.

A pesar de la gran litigiosidad comprobable en materia de aguas, como es normal en un país semiárido en su mayor parte productiva, no existe en Chile tradición de textos jurídicos generales. Los textos generales que existieron alguna vez son de antigua data, y en su mayor parte sólo ofrecen antecedentes históricos para los problemas actuales. Los libros que se han editado recientemente sobre derecho de aguas, son en general adecuados, pero normalmente por su carácter básico, ofrecen una visión parcial de la disciplina, y están a la espera de una profundización y actualización de los principales problemas que abordan. En esta perspectiva, espero que este texto venga a complementar los existentes.

El libro contiene dieciséis capítulos que abordan aspectos centrales de la disciplina. La Introducción general tiene por objetivo entregar una visión integral del derecho de aguas, tanto en sus aspectos históricos como de la legislación vigente. En este texto, se exponen los principales problemas de la disciplina, y el lugar que ocupan sus instituciones fundamentales.

Todos los capítulos restantes están distribuidos en cuatro partes. En la primera parte, se incluyen capítulos de derecho histórico, los cuales abarcan las fuentes del derecho romano, el derecho medieval, moderno y decimonónico español; el derecho indiano; y en fin, el derecho chileno, desde el siglo XIX hasta hoy. Esta primera parte constituye una historia del derecho de aguas, a través de la cual es posible comprender el origen de los problemas actuales del derecho de aguas. Dejo constancia de que los capítulos incluidos en esta primera parte, contaron con el apoyo de Fondecyt.

Las siguientes partes segunda y tercera se refieren a los principios y a la dogmática del derecho vigente. En la segunda parte se incluyen dos capítulos referidos a principios generales: la unidad de la corriente y la libre transferibilidad, los cuales no sólo son expues-

tos como tales, sino ampliamente desarrollados, con el manejo bibliográfico correspondiente. En la tercera parte, se incluyen trabajos relativos al desarrollo de la legislación de aguas, y a los aspectos relevantes de la disciplina: la unidad de medida de los derechos; la construcción de obras de riego e hidroeléctricas; la constitución de derechos, siguiendo el orden de estudio de la misma.

En una cuarta parte se incluyen aspectos de legislación vigente, en los cuales se discuten las instituciones fundamentales: una prospectiva del derecho de aguas. Son trabajos expuestos antes en revistas de divulgación, o en congresos, en Chile y en el extranjero, normalmente de difícil acceso.

Dada la amplitud de la obra, se ha querido ofrecer un cuerpo doctrinario del derecho de aguas vigente hoy en Chile. Por la metodología utilizada, en que se combinan aspectos históricos, de legislación vigente, jurisprudencia, y otros más generales, como el análisis del mercado de las aguas, espero que este libro sea útil no sólo como obra de consulta de estudiantes de derecho, profesores, abogados, dirigentes de asociaciones de regantes; sino también para economistas, geógrafos, ingenieros y otros especialistas relacionados con el estudio de las aguas.

Quisiera agradecer en este sitio a muchas personas que han colaborado directa e indirectamente a la gestación de este libro. En una enumeración larga que siempre tiene el riesgo de omisiones importantes, quisiera incluir a alumnos y exalumnos, profesores, colegas y amigos que han leído mis textos, me han hecho sugerencias y colaboraciones concretas. Nunca puedo olvidar a mi madre Domitila Blanco Ahumada, quien siempre me impulsó a no abandonar esta especialidad, que era la de mi padre (a quien está dedicado el libro, en homenaje filial); tampoco a mi mujer, quien siempre está detrás de casi todo lo que hago, con su apoyo y mano laboriosa, para la perfección de mis manuscritos; ni a mi hija Francisca, por su comprensión, por las horas de que la privo y que dejo depositadas en estos quehaceres. En fin, agradezco a Luis Orellana Retamales su minucioso trabajo en los índices, y en la revisión (tras revisión) del texto íntegro. Agradezco el entusiasmo editorial de la Editorial Jurídica de Chile y en especial de su gerente general, Julio Serrano Lamas, y de su editora jurídica, Ana María García Barzelatto. En fin, a la Pontificia Universidad Católica de Chile, a través de su Vicerrector Académico, Ricardo Riesco Jaramillo, y de su Decano de Derecho, Raúl Lecaros Zegers, no sólo por la acogida que presta a mi trabajo profesoral e investigativo, sino por el patrocinio otorgado a esta obra.

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

EL DERECHO DE LA UNIDAD DE LA COMPLETUDIN
Y EL DERECHO DE AGUAS

SEGUNDA PARTE

PRINCIPIOS DEL DERECHO
DE AGUAS VIGENTE

CAPITULO 7

EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA CORRIENTE EN EL DERECHO DE AGUAS

Reúno en este capítulo de síntesis algunos textos e ideas vertidos anteriormente, en diversas sedes: uno, sobre el principio de la unidad de la corriente, su historia legislativa e implicancias;¹ y otro, sobre su conexión con el llamado "seccionamiento" de los ríos². Su relevancia para describir las posibles externalidades ambientales del "mercado" de los derechos de aguas es indudable.³ Al final incluyo algunas conclusiones, relativas a la posible proyección que podría tener en la aplicación práctica de la disciplina del derecho de aguas, el hecho de profundizar y utilizar más ampliamente este concepto dogmático, que ha resultado de la sistematización de la legislación de aguas, que, para tal efecto, he realizado en los trabajos ya citados, y que unifico aquí. Me refiero, en fin, a una reciente sentencia arbitral que, a propósito de la regulación de caudales por centrales hidroeléctricas, sigue explícitamente este principio, a partir del primer trabajo citado.

¹ Vergara Blanco, Alejandro, "El principio de la unidad de la cuenca (corriente) ante el derecho de aguas chileno", trabajo presentado en el Seminario Taller Interamericano sobre manejo integrado de cuencas hidrográficas OEA-CIDIAT, sección Aspectos institucionales, legales y administrativos (Valparaíso, agosto 1993).

² Vergara Blanco, Alejandro, "La cuenca hidrográfica y el seccionamiento de los ríos". III Convención Nacional de Regantes de Chile, Los Angeles, 5 y 6 de noviembre de 1993, pp. 59-65, que incluye el debate de los participantes en el evento en que se expuso este trabajo.

³ Vergara Blanco, Alejandro, "La libre transferibilidad de los derechos de agua. El caso chileno". Revista Chilena de Derecho, vol. 24, N° 2, 1997, pp. 369-395.

El concepto de unidad de la corriente,⁴ contenido en el art. 3º del Código de Aguas debiera ser objeto de un mayor interés y desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legislativo. Dice tal artículo:

“Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente.

La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente”.

Este principio contenido en la legislación vigente es, entonces, la respuesta jurídica al concepto que la geografía física otorga al término cuenca. Para tal ciencia, cuenca hidrográfica es “toda el área drenada por un río”.⁵ Esta “totalidad” es la que le otorga entidad a lo que en derecho traducimos a “unidad”. Toda el agua forma una sola unidad. Es el concepto de cuenca hidrográfica una realidad impuesta por la naturaleza y por el ciclo de las aguas. En efecto, para la geografía física la unidad fundamental para el estudio de los ríos y de sus aguas es la cuenca u hoya hidrográfica. De manera consecuente, para el derecho de aguas, que estudia los problemas de este recurso natural, es un imperativo considerar como base fundamental esta “unidad”; tanto respecto del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de los particulares sobre las aguas, como del ejercicio de las potestades del Estado en materia de aguas. En ambos casos es imperativo someterse a este principio. Es lo que se analiza en este capítulo.

A través de este trabajo quisiera comprobar que no es exagerado pensar que este principio de la unidad de la corriente es el actual nudo gordiano del derecho de aguas chileno, y de lo que establezca sobre él la doctrina, la jurisprudencia admi-

⁴ Prefiero la denominación unidad “de la corriente”, y no “del cauce” o “de la cuenca”, pues el principio dice relación con las aguas, y no sólo con el lecho o álveo del río, sinónimos de “cauce”, que son más restringidos; o con la “cuenca” u hoya hidrográfica, cuyo concepto es más amplio.

⁵ Errázuriz, Ana María, y otros, *Manual de geografía de Chile* (Santiago, Editorial Andrés Bello, 1991).

nistrativa y judicial, y la legislación, dependerá su desarrollo futuro, y consecuentemente, la posibilidad de construir un marco teórico en base al cual se resuelvan los problemas de la utilización de las aguas.

Refiérese entonces este trabajo a tal art. 3º del Código de Aguas, en donde se encuentra consagrado este principio básico del derecho de aguas chileno. Primero, ofreceré algunos conceptos geográficos. Analizaré luego la historia legislativa de tal principio jurídico; luego, las implicancias jurídicas de tal principio respecto de problemas jurídicos concretos, como el seccionamiento de los ríos, el manejo integrado de las cuencas, y la preservación del medio ambiente, y la distribución del agua en general.

INTRODUCCIÓN

ALGUNOS CONCEPTOS GENERALES DE HIDROLOGIA

El derecho de aguas dice relación con las aguas. La ciencia que estudia la dinámica de las aguas en la Tierra se denomina hidrología.

1. EL CICLO HIDROLÓGICO

*"El agua es un elemento de la naturaleza que se halla en los tres estados físicos en que se puede encontrar la materia. En estado gaseoso se localiza tanto en la atmósfera como en la litosfera y se la conoce con el nombre de humedad o vapor de agua. En estado líquido se la encuentra en el subsuelo, o en la superficie, constituyendo ríos, lagos y mares. También se la puede ver en forma sólida en la atmósfera como nubes de cristales de hielo, en la litosfera como mantos de nieve o campos de hielo, e incluso sobre los océanos, flotando como icebergs"*⁶

El agua es un elemento dinámico y está en continuo movimiento, cambiando tanto de estado físico como de un lugar a otro: es lo que llamamos ciclo hidrológico.

⁶ Errázuriz y otros, op. cit. p. 87, texto de donde tomo las definiciones que se señalan.

– “El agua se encuentra mayoritariamente en los océanos, donde se embalsa y desde donde no tiene otra posibilidad de ser evacuada en forma natural más que por el proceso de evaporación. Debido a cambios atmosféricos, el agua de la superficie de los océanos se evapora y se incorpora a la atmósfera en estado gaseoso. Esta humedad asciende a capas superiores donde encuentra temperaturas más bajas y se condensa en forma de nubes o nieblas, las que mediante la acción de los vientos son llevadas a los continentes.”

– “Luego, también por cambios térmicos se produce la precipitación, la que puede ocurrir tanto en la superficie terrestre como oceánica. Esta precipitación puede ser en forma sólida o líquida; en esta última forma tiene movimiento inmediato y escurre según la topografía del terreno. Cuando precipita en forma de nieve, requiere de calor para deshielarse y escurrir. Una parte de esta precipitación queda representada en lagos y lagunas, estancadas en campos de hielo, o escurre en forma muy lenta como glaciares; otra parte se infiltra a través de los estratos permeables del suelo y escurre o se embalsa en forma subterránea.”

– “Las aguas del suelo son absorbidas mediante las raíces de los vegetales y utilizadas por éstos para su desarrollo. Posteriormente, una porción de las aguas tomadas por las plantas es transpirada y devuelta a la atmósfera, la que, unida a la evaporación proveniente de las aguas superficiales y subterráneas, reinicia este ciclo hidrológico.”

Así, los geógrafos definen al ciclo hidrológico como “el conjunto de procesos que permiten la transferencia de agua de un reservorio a otro, manteniendo constantes la distribución global y el volumen total del agua del planeta”.⁷

2. EL AGUA TERRESTRE: LOS RÍOS

Además de estar el agua en constante cambio y reciclaje, se distribuye en el planeta en forma heterogénea; la mayor parte se

⁷ Errázuriz y otros, op. cit., p. 88.

concentra en los océanos y mares; otras formas de acumulación son las grandes masas de nieve y hielo en los casquetes polares y en algunos campos de hielo; en menor proporción se encuentra el agua en las capas del subsuelo y en lagos y ríos; en fin, una pequeña parte se halla como humedad en la atmósfera.

“El agua es un elemento esencial para la vida animal y vegetal. Constituye un recurso determinante para las actividades humanas, y es desde muchos puntos de vista un estructurador del espacio. La instalación del hombre, desde los primeros tiempos prehistóricos, fue siempre en torno a las fuentes de agua dulce, y en la actualidad condiciona la localización y crecimiento de los centros poblados.”

“Uno de los usos más relevantes del agua es el regadío, sobre todo en aquellas zonas donde las precipitaciones son escasas o están mal distribuidas a lo largo del año. En todos los continentes desde tiempos remotos se ha practicado el riego, y en el presente siglo las obras de infraestructura de irrigación se han incrementado en forma notable.”

La Potamología, rama de la geografía física, es la ciencia que tiene por objeto estudiar el comportamiento de las escorrentías superficiales o ríos.

De acuerdo al tamaño del curso de agua y del caudal, las escorrentías superficiales se denominan: ríos, esteros o arroyos.

La unidad fundamental para el estudio de los ríos es la cuenca u hoya hidrográfica, que es, como he recordado al inicio, “toda el área drenada por un río”.⁸ Respecto de los ríos y aguas corrientes, existe una serie de conceptos geográficos relevantes (sin perjuicio de éste de cuenca u hoya hidrográfica, que es central), como: red de drenaje; cauce (su profundidad, ancho o pendiente); caudal, gasto o descarga de un río (que se mide, por lo general, en metros cúbicos por segundo: m^3/s ; o litros por segundo l/s , dependiendo del volumen en juego); caja del río o lecho (que se clasifican en lecho mayor; lecho menor o canal de estiaje); aforo y estación de aforo; caudal o gasto medio mensual; tipo de régimen de gasto de un río (simples, mixtos o complejos); sectores principales en que se divi-

⁸ Errázuriz y otros, op. cit., p. 94.

den los ríos (curso superior, curso medio y curso inferior); en fin, tipos de cuencas en que se ubican los ríos (exorreicas; endorreicas y arreicas);⁹ todos los cuales dan claridad a las definiciones jurídicas generales.

Lo mismo respecto de las aguas subterráneas, cuyo comportamiento es estudiado por la geohidrología, existe una serie de conceptos relevantes, como: la distinción entre acuíferos en que escurre el agua subterránea o embalses subterráneos en que está semiestancada; las etapas del proceso de las aguas subterráneas (la recarga; el transporte y la descarga del agua del subsuelo); zonas de aireación y de saturación; nivel freático; tipos de acuífero (libre, no confinado o freático; y el acuífero confinado).¹⁰

He consignado estos conceptos geográficos, pues deben ser tenidos en cuenta, dado que el derecho de aguas se conecta con estos conceptos generales relativos a la unidad geográfica, el río, que es la fuente del recurso natural, el agua, de cuya utilización y distribución se preocupa tal disciplina jurídica. Si conocemos y respetamos la manera natural de manifestarse las aguas, se cumplirán en mejor forma los fines del derecho de aguas.

I. HISTORIA LEGISLATIVA DE LA UNIDAD DE LA CORRIENTE

Son manifestaciones normativas primarias de la unidad de la corriente, por ejemplo, la Ordenanza General de 3 de enero de 1872, para la repartición de las aguas de los ríos que dividen provincias y departamentos,¹¹ y en especial el artículo 835 del

⁹ Véanse, definidos y explicados en: Errázuriz, y otros, op. cit. pp. 95-98.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 99-100.

¹¹ Es una entre otras ordenanzas del siglo pasado, de contenidos similares: Vid. Vergara Blanco, Alejandro, "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, (1990) pp. 111-145. Los textos en: Valenzuela, Rafael, y Raposo, Eduardo, *Recopilación de aguas* (nueva edición revisada por Hugo Zanartu, Santiago, Sociedad Impresora y Litográfica Universo, 1931, pp. 135-140).

Código de Procedimiento Civil, de 1902, que se refería a las "mismas aguas", y que dio lugar a jurisprudencia y comentarios doctrinarios.¹²

Recibió este principio una clara consagración jurisprudencial en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, confirmada con fecha 4 de agosto de 1906 por la Corte Suprema.¹³ Señala el fallo citado lo siguiente: "No puede sostenerse como principio general que un río y su afluente sean dos entidades distintas que no tengan relación entre sí, puesto que los afluentes son los que contribuyen a formar el caudal de aguas del río". En consecuencia, "las aguas de un estero, que sirven de afluente a un río, tienen influencia notable en el aumento o disminución de las aguas de un canal que se saca de ese río, estas aguas no pueden considerarse entre sí como independientes y distintas". Agregando para el caso que fallaba, que: "Las mercedes de los demandados de reciente data, no pueden lesionar en ningún caso derechos preferentes por cuanto ello, como todas las de su clase, se conceden sin perjuicio de terceros, condición que implica la limitación del que la obtiene por los derechos de los otros accionistas, adquiridos anteriormente sobre las aguas de un río".

Luego, una sentencia de la Corte Suprema, de 24 de junio de 1905, también se refirió a un concepto unitario de las corrientes de aguas, al señalar:

"Que, en cuanto a la consideración de la sentencia relativa a que las aguas que atraviesan el fundo Uprato son diversas de las del río Colina, porque, al juntarse con éste, pierden su individualidad natural, basta tener presente que consta de los hechos establecidos en dicha sentencia, que este río se halla constituido, entre otras, por las aguas de El Durazno y de La Leonera, y, por tanto, que éstas son parte de aquellas que están usando los demandados en el riego de sus heredades; y es inconcuso que el que goza de un derecho tiene acción y excepción para mantener su completa integridad, probado, como se halla, según la sentencia, que el uso que pretende hacer en

¹² Vid. Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil*, IX (Santiago, 1935), p. 79.

¹³ Publicado en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1906), II, 1, p. 126.

cantidad el demandante merma en igual cantidad el uso actual de los demandados.”¹⁴

No obstante, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de marzo de 1916, que confirma otra de primera instancia, se refiere a un tema conexo, no pronunciándose sobre una unidad de la corriente, sino sobre el sentido de las “*mismas aguas*” que fluía del art. 835 del Código de Procedimiento Civil, vigente a esa época.¹⁵

El concepto fue introducido con claridad por el primer Código de Aguas de 1951,¹⁶ por lo que resulta útil recabar algunos antecedentes fidedignos de su establecimiento.¹⁷

En la historia prelegislativa, el Proyecto de Código de Aguas de 1928 señaló en su artículo 11 que: “*Las aguas que afluyen continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma hoya hidrográfica, constituyen una corriente indivisible. / Así, por ejemplo, la hoya hidrográfica de un río que desemboca en el mar estará formada por todos los afluentes, sub-afluentes, esteros y quebradas que directa o indirectamente accedan a él.*”

Luego, en el Proyecto de Código de Aguas de 1930, sólo tuvo dos cambios: en su inciso primero se introdujo, como sinónimo de hoya hidrográfica, la palabra “*cuenca*”; y, en su inciso segundo, se cambió la expresión “*así, por ejemplo*”, por “*de consiguiente*”; y se eliminó la referencia al río “*que desemboca en el mar*”; quedando así: “*Las aguas que afluyen continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, constituyen una corriente indivisible. / De consiguiente, la hoya hidrográfica de un río la forman todos los afluen-*

¹⁴ Publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 2 (1902), 2ª parte, secc. 1ª, pp. 382-393.

¹⁵ Vid. Claro Solar, Luis, *Río Aconcagua. Juicio sobre distribución de sus aguas, entablado contra los agricultores de los departamentos de Los Andes, San Felipe y Putaendo* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1917) en donde se reproduce la sentencia, pp. 203-206.

¹⁶ Y, antes en el Código de Aguas de 1948, que, como se sabe, no rigió, a pesar de su promulgación y publicación (ver capítulo 6 sobre la codificación del derecho de aguas chileno).

¹⁷ Vid. sobre la codificación del derecho de aguas en Chile: Vergara Blanco, “La codificación del derecho de aguas en Chile (1875-1951)”, en Revista de estudios histórico-jurídicos, XIV (1991), pp. 159-213.

tes, sub-afluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas, que directa o indirectamente acceden a él”.

Es en el Proyecto de Código de Aguas de 1936, donde el texto que consagra el principio recibe la redacción definitiva, idéntica a la que aparecerá en el texto del Primer Código de Aguas en 1951 (y que reproduzco más adelante). En el Mensaje de tal Proyecto de 1936, se decía, fundamentando este artículo, que: *“Se ha juzgado indispensable considerar como corriente indivisible a una cuenca u hoya hidrográfica con el fin de subordinar el interés particular de sus beneficiarios al interés general de todos ellos, con lo cual se evita un individualismo pernicioso en el goce de una misma fuente de aguas”*.

Luego, el mismo año, el principal redactor del Proyecto de Código de Aguas, Rafael Moreno Echavarría, decía que *“se ha establecido como principio fundamental la unidad de la corriente”*, pues, a su juicio, *“en esa forma se subordina el interés particular al general, pues las aguas de un río o de un afluente o de una quebrada que vayan a una misma hoya hidrográfica, constituyen una sola corriente, en la que tienen unidad de intereses todos los beneficiarios que la gozan”*¹⁸.

Luego, en 1940, en el Senado, el mismo Moreno Echavarría, insiste en la misma idea, expresando que: *“Dentro del propósito de este Código, de reglamentar todo exceso de individualismo, se ha establecido como principio fundamental la idea de la unidad de la corriente. Se establece que la corriente es un todo indivisible, y la forman, el cauce principal, los afluentes y subafluentes y demás aguas que van a ese cauce, de modo que todos los que participan de esas aguas saben que están subordinados al interés colectivo”*.¹⁹

Aunque hubo durante la discusión parlamentaria algunos intentos de modificación,²⁰ este concepto se plasmaría definitivamente en el artículo 8º del Código de Aguas de 1951, del siguiente modo:

“Las aguas que afluyen continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son partes integrantes de una misma corriente.

¹⁸ Boletín Cámara de Diputados, 1937, p. 2677.

¹⁹ Boletín de Sesiones del Senado, 1940, p. 1317.

²⁰ Véase Boletín del Senado, 1940, N° 10.600, y 1941, N° 11.077.

La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, sub-afluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente”.

Luego, en la reforma de 1967, el Código de Aguas no sufrió alteraciones en este aspecto. La única referencia a hoyas hidrográficas, en 1967, está en el Mensaje de la que sería Ley N° 16.640, en que se anuncian estudios técnicos. Así pasaría al actual art. 3° del Código de Aguas vigente desde 1981.

II. IMPLICANCIAS JURIDICAS DEL CONCEPTO DE LA UNIDAD DE LA CORRIENTE

La señalada es la historia legislativa del principio de la unidad de la corriente, hoy establecida en el artículo 3° del Código de Aguas (transcrito al inicio), el cual tiene un contenido dogmático armónico y sistematizable con el contexto de la legislación de aguas, pero que no tiene un desarrollo diáfano en el propio Código de Aguas.

Carece de un desarrollo a pesar de ser un concepto general del derecho de aguas impuesto por la propia naturaleza y el ciclo de las aguas, lo que se refleja normalmente en cada cuenca u hoya hidrográfica, esto es, en cada río. Recuérdese que en Geografía Física, como he recordado, la unidad fundamental para el estudio de los ríos es la cuenca u hoya hidrográfica.²¹ El derecho de aguas, en cuanto regula los aprovechamientos de estas aguas, no debe perder de vista esta realidad física; pues en las aguas todo está interrelacionado, natural y jurídicamente.

Principio este que tiene indudables implicancias en varios aspectos del derecho de aguas, como en el tema de la contaminación de las aguas; en la administración de la cuenca; en la distribución de las aguas a los titulares de derechos de aguas; en fin, en la constitución de nuevos derechos. Me referiré, ahora, a su conexión con el seccionamiento de los ríos; con el

²¹ Cfr. Errázuriz y otros, op. cit., p. 94.

manejo integrado de cuenca, y, en fin, con la regulación de caudales por una central hidroeléctrica.

1. SECCIONAMIENTO DE LOS RÍOS Y UNIDAD DE LA CORRIENTE

Quisiera referirme en especial al tema del “seccionamiento” de los ríos. Creo que, junto a otros temas, es donde se manifiesta de mejor modo la necesidad de reconocer y aplicar este principio de la unidad de la corriente, dado que en la práctica chilena pareciera el seccionamiento quebrar este principio.

El seccionamiento de los ríos es un hecho natural que se produce en algunos cauces, por su especial configuración hidrográfica. Consiste el seccionamiento en que, a medida que las aguas de un río van siendo utilizadas, tales usos lo agotan en ciertos tramos de su recorrido, quedando su álveo al descubierto; para luego, por medio de filtraciones o afluencias de otras aguas, reaparecer nuevamente sus aguas. Pero esto no es un fenómeno permanente en tales ríos, y se produce sólo en épocas de escasez.²²

Este fenómeno natural del seccionamiento fue reconocido tempranamente por nuestra legislación, pero sólo para un efecto determinado y específico: *para la distribución de las aguas*.²³

El Código de Aguas vigente tomó este concepto, mencionándolo especialmente en dos sitios: en el caso de la organización de Juntas de Vigilancia (a); y en el caso de la extraordinaria sequía (b).

a) *Seccionamiento, para la organización de Juntas de Vigilancia*

Se refiere el Código de Aguas al seccionamiento al legislar sobre las Juntas de Vigilancia.

²² Vid. Seda Mora, Mario, *La personalidad jurídica y constitución de las juntas de vigilancia*, en Vergara Duplaquet, Ciro, y otros, *Comentarios al Código de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960), t. 2º, p. 20.

²³ Véase Ley Nº 3.390, de 1918, que agregó artículo 668 al Código de Procedimiento Civil; Decreto Ley Nº 683, de 1925 y Ley Nº 4.445, de 1928.

Parte tal Código señalando que regularmente ellas agrupan a “usuarios que en cualquier forma aprovechen aguas de una misma cuenca u hoya hidrográfica” (art. 263 inc. 1º Código de Aguas); estableciendo, entonces, en principio, una regla concordante con la unidad de la corriente. No obstante, en seguida, el Código de Aguas establece la excepción señalando en su artículo 264 que: “Sin embargo, en cada sección de una corriente natural que hasta la fecha de promulgación de este Código y en conformidad a las leyes anteriores, se considera como corriente distinta para los efectos de su distribución, podrá organizarse una junta de vigilancia. / También podrá organizarse una junta de vigilancia para cada sección de una corriente natural en que se distribuyan sus aguas en forma independiente de las secciones vecinas de la misma corriente”.

Aun más, en el artículo 265 tal Código agrega una nueva contraexcepción, señalando que: “Cuando se planifiquen o construyan obras de embalse, trasvase o que constituyan campos de captación de aguas subterráneas, destinadas a regular el régimen de una corriente, el Presidente de la República podrá establecer, modificar o suprimir el seccionamiento de ella, con el objeto de obtener un mejor aprovechamiento de las aguas, sin perjuicio de los derechos adquiridos”.

Vale la pena revisar algún antecedente de la historia legislativa de estos textos. Así, decía Moreno Echavarría, al informar el Proyecto de Código de Aguas de 1937 (de donde proceden estas disposiciones), lo siguiente: “Se establece, para mantener la unidad de la corriente que la escasez de un caudal de agua envuelve la escasez de los afluentes que lo forman, pero puede ocurrir que una corriente reviva en su curso inferior y forme un nuevo caudal. Para este efecto esta sección de la corriente se considerará como una corriente distinta para los efectos de la distribución”.²⁴

Entonces (teniendo presente la historia legislativa de las disposiciones del Código de 1951, que establecían el seccionamiento, que luego tomó textualmente el Código de Aguas vigente, de 1981) se abre una perspectiva para el análisis y hermenéutica de los transcritos artículos 263, 264 y 265 del Código de Aguas.

De partida, fluye que el principio de la unidad de la corriente está por sobre el seccionamiento de un río, pues este último

²⁴ Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados, 1937, p. 2759.

está permitido sólo para los efectos de la distribución, como lo dice su historia fidedigna, y el propio texto y el contexto del Código de Aguas en que están insertas tales disposiciones.

Recalco que la ley dice que esto es sólo "para los efectos de la distribución" de las aguas, y no como se ha comprendido en por lo menos dos casos, en que la Dirección General de Aguas ha extrapolado esta mera excepción organizacional, y ha considerado que el seccionamiento rige incluso respecto del otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento, sin importar con ello quebrantar el principio de la unidad de la corriente. Los casos son los siguientes:

- En el primer caso se solicitaban nuevos derechos de aprovechamiento en la primera sección de un río. Con ello ¿se podrían afectar los derechos de quienes están en la segunda sección de tal río? La respuesta, legalista y sorprendente, de la Dirección General de Aguas fue la siguiente: por efectos del seccionamiento, aun cuando se trate del mismo río, se consideran la primera y la segunda sección "como corrientes distintas", como si nada de lo que ocurre río arriba pudiese afectar a quienes aprovechan aguas río abajo. En tal virtud, a juicio de la Administración de las Aguas, era perfectamente posible otorgar una nueva concesión de aguas en la primera sección, sin considerar siquiera lo que pueda ocurrir en la segunda. Esto ha ocurrido en el reciente caso "Asociación de Canalistas de Canal Las Mercedes con Fundación Cultural y Agrícola La Dehesa",²⁵ fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencias sucesivas, en donde la Dirección General de Aguas ha opinado, en dos ocasiones, como he señalado.

- Otro antecedente jurisprudencial es el ofrecido recientemente por la Corte de Apelaciones de Santiago, en un caso relativo al río Aconcagua, que en un fallo de 10 de diciembre de 1992,²⁶

²⁵ Sentencia en prensas, en la Revista de Derecho de Aguas, vol. 7 (1996).

²⁶ Sentencia dictada en el caso "Asociación del Canal de Arriba de Catemu con Fisco (Dirección de Riego)", publicada en Revista de Derecho de Minas y Aguas, vol. III (1992), pp. 375-379. Señala la sentencia que la Dirección General de Aguas, al estudiar la disponibilidad de aguas, con el objetivo de verificar si otorga o no un nuevo derecho a un solicitante, debe tener en cuenta "no sólo a los usuarios de la sección en que se pide el agua, sino que también la de las

ha señalado reafirmando el principio de la unidad de la corriente, contra el criterio de la Dirección General de Aguas, que para el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas, *"la Dirección General de Aguas debe efectuar un estudio exhaustivo de la disponibilidad de las aguas (...), en orden a garantizar que no se produzca perjuicio a terceros (...), debiendo tener en cuenta no sólo a los usuarios de la Segunda sección [que era donde se pedían los nuevos derechos], sino que también los de las secciones siguientes del río"*.

Creo que es un tema que merece ser replanteado y estudiado por quienes deben administrar las aguas y su aprovechamiento. Este criterio que critico me parece muy peligroso, pues además de quebrantar la unidad de la corriente, olvida un hecho natural.

b) *Seccionamiento y extraordinaria sequía*

La segunda ocasión en que el Código de Aguas se refiere al seccionamiento de los ríos es en el artículo 314, para el caso de extraordinaria sequía. Tal disposición legal, luego de la declaración de la zona de escasez, y la redistribución de aguas por la autoridad, autoriza a ésta para *"suspender las atribuciones de las juntas de vigilancia, como también los seccionamientos de las corrientes naturales"*.

En este caso se vuelve a la norma general, y se reconoce precisamente lo obvio: cuando el agua escasea, como el río es uno solo, las aguas deben redistribuirse entre todos los usuarios del río, sea cual fuere la sección en que se encuentren; pues este seccionamiento regiría sólo para la distribución en tiempos normales. De otro modo, el peligro es el siguiente: quienes se ubican en las primeras secciones no dejarían pasar el agua que equitativamente les correspondería, en esos casos extremos, a los de las secciones siguientes. Este caso ha ocurrido en

secciones siguientes al río". De este modo, se da un alcance restringido al "seccionamiento" de los ríos, y se impide que la Dirección General de Aguas, al efectuar el balance hídrico, lo haga aisladamente en cada "sección" (como aquí se pretendía: vid. p. 377, 1ª columna, 1º párrafo). Esta sentencia, por cierto, sin decirlo, reafirma la validez del principio de la unidad de la corriente: la corriente es una, aunque tradicionalmente se haya dividido el río en varias secciones para los efectos de la distribución de las aguas.

1991, y la Corte de Apelaciones de Santiago me parece que ha sido lo suficientemente expresiva en el caso "*Junta de Vigilancia Río Cogotí con Director General de Aguas*",²⁷ señalando que: "*no es posible considerar como dos cauces de aguas diferentes a dos ríos por el solo hecho de la existencia de un embalse que los separa. Aunque entre estos dos ríos exista un embalse, por el hecho de formar parte, ambos, de una misma cuenca hidrográfica, los transforma, de acuerdo al artículo 3º del Código de Aguas, en parte integrante de una misma corriente*".

2. UNIDAD DE LA CORRIENTE Y MANEJO INTEGRADO DE CUENCAS

Consecuencia importante del principio de la unidad de la corriente es, también, el aspecto de su manejo. Del concepto unitario de cuenca hidrográfica (despejando, incluso, esa visión parcial del "seccionamiento", que se ha analizado), se desprende la necesidad de que su manejo sea integrado, tanto en su planificación como en su distribución. La administración de las aguas debe efectuarse también en forma globalizada; debe existir un organismo que coordine o maneje integradamente cada cuenca.

De ese modo, respetando esta unidad geográfica, será posible conformar un marco teórico-jurídico adecuado para resolver los diversos problemas que se originan en cada cuenca, y que no admiten miradas seccionadas: por ejemplo, la contaminación, la creación de nuevos derechos en distintas secciones, la distribución de las aguas entre diferentes usuarios (regantes, empresas hidroeléctricas, etc.)

Sus consecuencias jurídicas son fácilmente perceptibles.

²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de junio de 1991, en: *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. II (1991) pp. 355-362, en donde se transcribe la sentencia, la resolución recurrida, el decreto declaratorio de zona de escasez y el Informe de la Dirección General de Aguas. En este Informe, la Dirección General de Aguas, a diferencia de los casos citados antes, reafirma el principio de la unidad de la corriente, señalando que "no obstante divisiones artificiales o ideales, ella constituye una misma corriente natural" (loc. cit., p. 361). Me causa una profunda extrañeza observar cierta ambigüedad, cierto zigzagado en la jurisprudencia administrativa; en fin, cierta perplejidad en quien administra las aguas, y debiera tener al respecto una posición definida y ciertamente armoniosa y concordante con esta base fundamental de la disciplina del derecho de aguas.

3. UNIDAD DE LA CORRIENTE Y REGULACIÓN DE CAUDALES

La Empresa Eléctrica Pehuenche S. A. y la Empresa Eléctrica Colbún-Machicura sometieron a arbitraje (del abogado y profesor Alejandro Silva Bascuñán), su discrepancia sobre la posibilidad jurídica de que en el embalse de una de ellas se efectuase regulación del río, previa operación de contra-estanque del embalse de la otra empresa; solicitándole a tal árbitro precisar lo que se entiende por "regulación" y por "operación de contra-estanque". El árbitro emitió su sentencia con fecha 5 de agosto de 1996,²⁸ aplicando el principio de unidad de la corriente [y refiriéndose expresamente al trabajo Vergara, El principio de la unidad... citado al principio], señala:

"Que se impone analizar si, en razón de su ubicación y características, tanto el embalse Melado como los de Colbún-Machicura pertenecen a secciones diferentes o autónomas, o aquél y éstos integran la misma cuenca del río Maule ..."

"Que como indudablemente un embalse es una obra artificial, es del caso dilucidar si la alteración de la corriente generada como consecuencia de su formación produce un seccionamiento del río que dé origen a dos cauces diferentes".

"Que, como recuerda el profesor Vergara Blanco en el informe citado, de acuerdo al art. 264 del Código de Aguas 'en cada sección de una corriente natural que hasta la fecha de promulgación de este Código y de conformidad a las leyes anteriores, se considere como corriente distinta para los efectos de su distribución, podrá organizarse una junta de vigilancia'. Esta norma, con el alcance expuesto, sólo tiene aplicación cuando es consecuencia de un fenómeno natural, como el que se produce cuando se sumerge una corriente que vuelve a surgir más abajo, y es del todo inaplicable a la situación que se provoca al construirse un embalse, que es por su propia índole una obra artificial, de modo que las aguas que recibe y las que devuelve se encuentran en la misma cuenca y, por lo tanto, sometidas a la actividad de una sola junta de vigilancia, como ocurre en este caso respecto del embalse Melado y de los embalses Colbún y

²⁸ Publicada en Revista de Derecho de Aguas, vol. VII (1996), de la que transcribo en el texto sus considerandos 80º, 86º, 88º y 89º. El énfasis se encuentra en el original.

Machicura, cuyas aguas, al devolverse al cauce, deben también, como las que llegaron a él, distribuirse por la Junta de Vigilancia del río Maule". "Que se muestra del todo incongruente, en el plano de la pura lógica, que la construcción de un embalse, que es en sí misma una obra surgida de la libre manifestación de la voluntad humana y por lo tanto reviste las características de accidental y temporal inherentes a lo que se crea y mantiene por simple decisión del hombre, pudiera provocar consecuencias que sólo pueden atribuirse a los efectos de fenómenos provenientes tan sólo de la naturaleza creada."

A partir de estos desarrollos el juez ha tenido en cuenta la influencia de las aguas en la corriente. Constituye esta sentencia, entonces, una explícita aplicación del principio de la unidad de la corriente.

III. CONCLUSIONES

1ª El concepto de cuenca hidrográfica que, desde las ciencias geográficas, hemos recibido, tiene por consecuencia un principio de validez general para el derecho de aguas: el principio de la unidad de la corriente. Este principio tiene hondas repercusiones en varios aspectos del derecho de aguas: en su distribución, en la creación de nuevos derechos, en la necesidad de comprobar la disponibilidad real del recurso, en la contaminación, en los conflictos entre diversos usuarios, etc. En este trabajo sólo he querido ofrecer un marco teórico para su análisis frente a lo que nosotros llamamos "seccionamiento de los ríos".

2ª La comprensión de otros principios del derecho de aguas, como son: la defensa de los derechos reconocidos o constituidos con anterioridad (artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución); la contaminación de las aguas; la determinación de la existencia de recursos disponibles para crear nuevos derechos de aguas; la libre transferibilidad de los derechos de agua (el mercado de los mismos); en fin, la administración de la cuenca entera, depende de la lectura dogmática que realicemos de este principio de la unidad de la corriente y de las consecuencias que se extraigan.

3ª La construcción jurídica de este principio de la unidad de la cuenca, y sus consecuencias, es el actual nudo gordiano

del derecho de aguas chileno, y de lo que establezca sobre él la doctrina, la jurisprudencia administrativa y judicial, y la legislación, dependerá su desarrollo futuro, y, consecuentemente, la posibilidad de constituir un marco teórico en base al cual se resuelvan los problemas de la utilización de las aguas.

4º Creo que extrapolar las cosas es peligroso. Si bien el seccionamiento es un hecho natural, me parece que nuestra práctica jurídica y administrativa ha tendido a crear un concepto jurídico excesivamente amplio de seccionamiento, no sólo referido a aquellos casos en que realmente las aguas dejan de correr en un tramo del río y luego reaparecen más abajo; muchas veces, aun cuando el río sigue siendo uno solo, esto es, cuando naturalmente no hay seccionamiento, nosotros seguimos aplicando un concepto jurídico de seccionamiento separado de la realidad. Y, a veces, quebrantando esta realidad tan trascendente para el derecho como lo es la cuenca hidrográfica, que es *per se* una y única.

5º En ningún caso, este simple reconocimiento de un hecho natural —el seccionamiento— podría ser considerado, jurídicamente, de mayor relevancia a un principio superlativo del derecho de aguas, como lo es la unidad de la corriente. El seccionamiento es, en realidad, una nueva excepción para el caso específico de la distribución de las aguas en épocas de escasez. Cuando no hay seccionamiento, rige en plenitud la distribución de acuerdo a cada cuenca u hoyo hidrográfica.