

## CONTRIBUCIÓN A LA HISTORIA DEL DERECHO DE AGUAS, I: FUENTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DE AGUAS CHILENO CONTEMPORÁNEO (1818-1981)\*

Alejandro Vergara Blanco  
Profesor de Derecho

### SUMARIO:

INTRODUCCIÓN: El derecho vigente. a) El dominio de las aguas. b) El procedimiento concesional. c) Los derechos de aprovechamiento. d) La administración de las aguas.

PRIMERA PARTE: Legislación nacional de aguas desde 1818 hasta 1951. I. *El derecho nacional de aguas antes del Código Civil (1818-1856)*. 1. Legislación vigente luego de la independencia. 2. El primer texto patrio: senado consulto, de 1819. 3. La crítica posterior: a) Un artículo anónimo de 1846. b) La publicación en Chile de la voz "Agua" de la "Enciclopedia" de Arrazola. 4. Artículo 118 de la Ley de Municipalidades de 1854. II. *El Derecho de Aguas en el Código Civil (1857)*. III. *Legislación de aguas desde 1857 hasta fin de siglo*. 1. Las Ordenanzas sobre distribución de aguas de 1872. 2. Ordenanzas de 1875 y de 1880. 3. Ley de Régimen Interior de 1885. 4. Leyes de Municipalidades de 1887 y de 1891. 5. Un procedimiento concesional para las aguadas en 1893. IV. *Legislación de aguas desde principios de siglo hasta antes de la codificación*. 1. Panorama legislativo desde principios de siglo hasta 1950. 2. Principios fundantes de la legislación precodificada. a) El dominio público de las aguas. b) El procedimiento concesional. Las mercedes de aguas. c) Los derechos de uso o aprovechamiento de aguas. d) Intervención administrativa.

SEGUNDA PARTE: El Derecho de aguas codificado. 1. *El Código de Aguas de 1951*. a) Estructura general. b) Principios dogmáticos del Código de Aguas de 1951. c) Derogación orgánica de la legislación precodificada. 2. *La Ley N° 16.640 y un "nuevo" Código de Aguas en 1967*. a) El dominio de aguas. b) El procedimiento concesional. c) Los derechos de aprovechamiento de aguas. d) Administración de las aguas. 3. *Disposiciones constitucionales y legales desde 1976 a 1981*.

Luego de una introducción en que expongo a grandes trazos los principios generales de la legislación de aguas en actual vigor, revisaré la legislación de aguas —ya histórica, la gran mayoría— que ha regido en Chile, desde la Independencia, hasta el período inmediatamente anterior al derecho vigente.

Este estudio, para un mejor orden y comprensión, lo dividiré en dos partes principales:

a) La legislación nacional de aguas, desde 1818 hasta 1951, año este último en que apareció el primer Código de Aguas. A este período

se le podría llamar también derecho de aguas precodificado. A su vez, lo subdividiré en cuatro subperíodos distinguibles por varias razones, como se verá:

1. Desde 1818 hasta 1856, esto es, antes de la publicación del Código Civil;
2. El derecho de aguas en el Código Civil;
3. La legislación de aguas, desde 1857 y hasta fin de siglo, en donde no hay gran ambiente codificador; y,
4. Desde principios de siglo, y hasta antes de la codificación, período, como se verá, en el cual, por el ambiente y por la obra de codificación, surgen variados textos legales de gran importancia.

b) El derecho de aguas codificado, esto es el contenido en el Código de Aguas que, como he dicho, hizo su aparición en el año 1951, lo que involucra estudiar también sus sucesivas modificaciones, lo que, a su vez, marca diversos períodos, por la diferente inspiración doctrinal de los distintos textos del código. Entonces, se estudia aquí la legislación de aguas,

\*El contenido de este trabajo constituye parte de un estudio más amplio sobre el derecho de aguas, financiado con aportes del Fondo Nacional de Ciencias y Tecnología. FONDECYT (Proyecto N° 15, 1990).

En este trabajo sólo se expone el contenido sustancial de todos los antecedentes y textos jurídicos del Derecho de Aguas, en sus diversas etapas, no introduciéndolos, por ahora, en las discusiones y posiciones dogmáticas involucradas, pues tales planteamientos están reservados, por razones de índole metodológica, a un trabajo ulterior.

teniendo presente los siguientes textos codificados:

1. El Código de Aguas de 1951, sus principales instituciones y características;
2. La Ley N° 16.640 y un "nuevo" Código de Aguas, en 1967;

3. Disposiciones constitucionales y legales entre 1971 y 1981, que involucran grandes modificaciones; y,
4. El Código de Aguas de 1981, texto vigente, cuyo contenido principal se revisa, como derecho vigente que es hoy, en la Introducción de este trabajo.

#### INTRODUCCIÓN: EL DERECHO VIGENTE

Los aspectos fundamentales del régimen de las aguas se encuentran consagrados en un breve texto inserto en la Constitución, y en el Código de Aguas actual cuyo contenido desarrollaré brevemente a continuación, y con el mero objeto de tener una perspectiva en el examen histórico-jurídico que sigue.

a) Así, en cuanto al dominio de las aguas, el artículo 5° del Código de Aguas establece que las aguas son bienes nacionales de uso público. La categoría "*bienes nacionales de uso público*" proviene de la terminología utilizada por el Código Civil, en su artículo 589, y de ahí fue tomada. Sobre su introducción a la materia de aguas y su contenido, se abundará más adelante. Lo que nos importa ahora, como punto de partida, es que parece indiscutible que las aguas constituyan bienes públicos, o más precisamente, desde el punto de vista dogmático (y con reconocimiento en la historia legislativa nuestra, como veremos), bienes de dominio público.

No existe aquí, como en materia de minas, por ejemplo (vid., art. 19, N° 24, inciso 6° de la Constitución), una declaración constitucional sobre este dominio público, sino que esta precisión está entregada al legislador. Si bien existe un texto constitucional relativo a la materia de aguas, su contenido no está referido a un dominio público de ellas, sino a garantizar especialmente, como veremos, los derechos de los particulares sobre las mismas.

b) En cuanto al procedimiento de constitución de los derechos de aguas, existe sí una referencia, aunque muy vaga, en la Constitución, al señalar en su art. 19, N° 24, inc. 11° que ellos son "*reconocidos o constituidos en conformidad a la ley*". Pues bien, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 del Código de

Aguas, los derechos sobre las aguas "se constituyen originariamente por acto de autoridad".

El Código de Aguas no es del todo preciso para calificar este "*acto de autoridad*", sino sólo en la medida que tal acto tendría la virtud de "*constituir*" los derechos sobre las aguas<sup>1</sup>. Queda claro, eso sí, que es un "*acto*" y eso importa una manifestación de voluntad de la Administración. Esta manifestación, como veremos, desde el punto de vista dogmático, es una *concesión*. Sobre el procedimiento de constitución del derecho de aprovechamiento (que, desde el punto de vista dogmático, a su vez, es un procedimiento *concesional*), tratan los artículos 140 y siguientes del Código de Aguas.

c) De este acto de autoridad, esto es, de la concesión, nacen derechos a favor de los particulares. Según la Constitución, "*los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*", consagrando una especial forma de garantizarlos.

Por su parte, el artículo 5° del Código de Aguas, luego de señalar, como se dijo, que las aguas son bienes nacionales de uso público, agrega que "*se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas*". Según vimos también, este *derecho de aprovechamiento* se constituye (u otorga) por acto de autoridad, esto es, por concesión. Queda claro pues, que lo que se otorga es un derecho, distinto de la propiedad, "de aprovechamiento", según la ley. No obstante, la Constitución (siguiendo al Código

<sup>1</sup>Así, véase, en este sentido, del Código de Aguas, los artículos 5° ("se otorga"); 14 ("acto de adquisición o de constitución del derecho" y "derechos constituidos"); 20 ("derechos constituidos"); 22 ("la autoridad constituirá el derecho"); 24 ("acto de constitución del derecho"), etc.

Civil: art. 583), para asegurar este derecho otorga, a su vez, la propiedad sobre el derecho. Ésta es la cosificación u objetivación de los derechos que, proveniente del Derecho Civil, ha invadido nuestras instituciones jurídicas; aspecto sobre el cual no podemos abundar aquí, pero que mencionamos siquiera.

d) En fin, en cuanto a la administración de las aguas, hay dos aspectos que analizar. Desde el punto de vista de la Administración, por la

autoridad, existe un servicio, la Dirección General de Aguas, quien tiene amplias atribuciones para intervenir en el sector de acuerdo a lo dispuesto, en especial, en los artículos 298 y ss. del Código. Por otro lado, por la propia naturaleza de las aguas, hay especiales formas de organización de los usuarios o titulares de derechos de aprovechamiento, las que están reguladas en los artículos 186 y siguientes del Código de Aguas.

## PRIMERA PARTE: LEGISLACIÓN NACIONAL DE AGUAS DESDE 1818 HASTA 1951

Como quedó dicho, en esta parte revisaré la legislación del período indicado, por lo cual podríamos también llamarle a estos textos

"legislación precodificada". Como se verá, casi toda ella pasó más tarde a formar parte de los textos codificados.

### I. EL DERECHO NACIONAL DE AGUAS ANTES DEL CÓDIGO CIVIL (1818-1856)

En este apartado revisaremos la legislación formada luego de la Independencia, y hasta la dictación del Código Civil. Digo "formada", pues, como se dirá, en gran medida también regían disposiciones indianas e incluso castellanas.

#### 1. La legislación vigente luego de la Independencia

Al nacer, luego de su Independencia, el nuevo Estado de Chile, continuó rigiendo la legislación vigente a 1810, y por lo tanto, sustancialmente, en lo que no se opusieran a las nuevas realidades, debemos tener presente las disposiciones que rigieron en el período indiano.

#### 2. El primer texto patrio: Senado-Consulta de 1819

En 1819, y en conformidad a un acuerdo del Senado, O'Higgins dictó el siguiente Decreto Supremo:

Santiago, noviembre 18 de 1819.

Conformándome con lo acordado por el Excmo. Senado con fecha 6 del corriente, vengo en declarar por regla general:

1º. Que el regador, bien sea del canal de Maipo, o de cualesquiera otro río, se compondrá en adelante de una sexma de alto, y cuarta de

ancho, con el desnivel de quince pulgadas el que se aprecia en setecientos cincuenta pesos: 2º. 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 necesitare menos nunca podrá bajar de la mitad:

3º. 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:

4º. También se declaran libres los rasgos o tránsitos de las aguas por cualesquiera terreno que pasen y sean convenientes al comprador, a no ser por aquellos donde hayan planteles, en cuyo caso éstos podrán convenirse con los propietarios.

Y para que llegue a noticia de todos, insértese en la Gazeta Ministerial. O'Higgins-Cruz<sup>2</sup>.

La disposición transcrita es, según sabemos, el primer texto legal relativo a las aguas que se dictó en Chile, y aún, desde hoy, no podemos

<sup>2</sup>Cfr., *Boletín de las Leyes y Decretos de Gobierno 1819-1820* (Santiago, 1900), pp. 163-164. Se le intitula: "Regadores de Agua".

negar su importancia, por su contenido y larga vigencia, a pesar de la intensa crítica a que sería sometido posteriormente<sup>3</sup>.

Por otra parte, no debe olvidarse que a esas alturas, a un año de la Independencia, seguían rigiendo la gran mayoría de las disposiciones dictadas por la Corona, las cuales no establecían claramente, al menos, disposiciones como éstas que reguló el Senado-Consulto.

¿Qué fue lo que, en síntesis, estableció este texto legal?

En primer lugar, reguló un importante tema relativo a la utilización de las aguas como es la porción de agua que se extrae desde un cauce. Esta porción de agua es la que se denomina regador. Por lo tanto, de acuerdo a su texto, el regador de *cualquiera* (...) río, tendrá las medidas que indica: *una sexta de alto y cuarta de ancho, con el desnivel de quince pulgadas*. De este modo, establecía, bien o mal<sup>4</sup>, la medida legal que rigió por muchos años. Obviamente, por ahora no nos interesa este análisis, sino sólo poner el acento en el hecho de que esta disposición fijaría esta medición por largos años.

En segundo lugar, de su texto es posible deducir el reconocimiento implícito del aprovechamiento común de las aguas, pues cualquiera podía obtener un regador, o los que necesitare, siendo de su cuenta sólo los *marcos y boca-tomas, quedando al cuidado del Gobierno* la fiscalización de su correcta construcción. Hay aquí una indudable intervención de la Administración, y un reconocimiento no sólo de lo común que debía ser el uso de las aguas, como dijimos recién, sino también —al parecer, según tendremos ocasión de comprobar— de la calidad pública, así general, de las aguas mismas.

Y, en tercer lugar, es este cuerpo legal el que establece, por primera vez, y de una forma muy amplia, la servidumbre de acueducto. Es así, pues, que de acuerdo a su texto, *se declaran libres los rasgos o tránsitos de las aguas por*

*cualquiera terreno y basen, todos a conveniencia del usuario de las aguas, y con la única excepción de aquellos lugares en donde hayan plantales*. Obviamente, estas servidumbres, por la limitación que significó a los propietarios de las heredades que las debían soportar, originó una intensa crítica, según veremos más adelante.

Sea como sea, la importancia de esta disposición es indudable, pues hay aquí, por una parte, material legislativo explícito solucionando cuestiones de interés para el ramo de las aguas, como la unidad de medida (el regador), y el establecimiento de la servidumbre de acueducto; y, por otra parte, derivaciones implícitas, como esa intervención gubernativa, cuyo título no podría ser otro que el reconocimiento de lo comunes o públicas de las aguas.

### 3. La crítica posterior

#### a) Un artículo anónimo de 1846

En 1846 y 1847 apareció en la *Gaceta de los Tribunales*<sup>5</sup> un trabajo titulado *Legislación de Aguas*<sup>6</sup>, el que a través de seis entregas, desarrolla, en forma crítica, la necesidad de contar con una ley de aguas en Chile, y cuáles serían a su juicio los problemas que debía regular y resolver; sobre todo aquellos que eran, a su juicio, tan mal resueltos por el Senado Consulto de 1819. Veamos su contenido, que su importancia tiene.

Este autor parte, como decíamos, recalcando la necesidad de contar con una "legislación de aguas" para Chile. A su juicio, "las leyes

<sup>3</sup> Periódico forense fundado en 1841 por José G. Palma. Sus redactores a la fecha eran el mismo y Antonio García Reyes, por lo que es muy probable que este último haya sido el autor de los trabajos a que nos referimos. Brahm García, Enrique, *Los comienzos de la primera revista jurídica chilena: la Gaceta de los Tribunales (1841-1860)* (en prensa), en: *Revista de Derecho* (Valparaíso), nota 33, señala, derechamente que García Reyes es autor de esta serie (cfr., asimismo, a quien sigue Brahm: Amunátegui Reyes, Miguel, *Don Antonio García Reyes y algunos de sus antepasados a la luz de documentos auténticos* (Santiago, 1939), II, p. 318.

<sup>6</sup> García Reyes, Antonio, *Legislación de aguas*, en: *Gaceta de los Tribunales*, 243 (1846), p. 968; 250 (1847), pp. 1.046-1.047; 251 (1847), pp. 1.058-1.060; 252 (1847), pp. 1.071-1.072; 253 (1847), pp. 1.079-1.080; y 254 (1847), pp. 1.087-1.088. Su texto íntegro se reproduce en esta *Revista*

<sup>3</sup> Vid. Mackenna Ovalle, Luis, *Ley del Senado Consulto de 18 de noviembre de 1819* (Memoria, Santiago, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, s/[1909?]), 15 pp.

<sup>4</sup> Una crítica, véase en: Lira Urquieta, Pedro y De la Maza, Lorenzo, *Régimen legal de las aguas en Chile* (Santiago, 1940), pp. 74-77.

consignadas en los códigos nacionales de España nada nos dicen sobre él; nada tampoco las leyes especiales de Indias, y apenas uno o dos decretos patrios tan breves y sencillos que casi nada han podido definir, es todo lo que tenemos para arreglar uno de los más complicados negocios que se ofrecen a los propietarios de fundos rústicos<sup>7</sup>.

Estima este autor anónimo que la primera cuestión que se debe abordar es la de "averiguar quien tiene el dominio de las aguas". Para ello, distingue entre aguas vivas o corrientes y aguas muertas. Cree que estas últimas pueden ser sometidas al dominio privado, pero que el agua corriente "es por su naturaleza uno de aquellos objetos que como el aire, el calor, etc., deben reputarse patrimonio común de la especie humana".

Estima que "el Senado Consulto de noviembre de 1819 permitiendo a todo individuo la facultad de sacar de los ríos o esteros acequias de regadío, ha sancionado la doctrina que exponemos, dándole carácter legal"<sup>8</sup>, esto es, a las aguas como "patrimonio común", en fin, a su juicio, el agua corriente "es de dominio público, y los particulares tienen sobre ella solamente el derecho de uso"<sup>9</sup>.

Por otro lado, define claramente la regla que mientras una vertiente corre dentro de los límites de una heredad, es del dueño, pero al salir de sus términos, "el arroyo pasaba a ser propiedad pública"<sup>10</sup>.

Respecto del uso, establece en forma bastante gráfica lo que estima los "principios que regulan el uso de las aguas de los ríos y esteros": la necesidad del fundo considerada en abstracto; la prioridad del lugar, y la prioridad del tiempo<sup>11</sup>. Se refiere a la necesidad de formar "junta de todos aquellos que tienen derecho a las aguas de cada río", a lo que en "la ley de aguas que se debe dar" debiera destinarse. a su entender, a lo menos un título especial<sup>12</sup>.

Señala luego cómo el *derecho a usar el agua común*, envuelve la facultad de imponer la servidumbre de acueducto, y critica ácidamente los términos tan amplios y absolutos con que la impone el Senado Consulto de 1819, señalando cómo "el interés público y los principios de justicia se aúnan para reducir a términos prudentes y moderados la obligación enormemente lata y onerosa que el Senado Consulto ha impuesto a los predios que han de prestar la servidumbre de acueducto"<sup>13</sup>.

Propone, para evitar los inconvenientes que describe (por ejemplo, que los predios se vean gravados con varias servidumbres) una "acequia matriz" para todos los acueductos que lleven la misma dirección.

En fin, efectúa una serie de observaciones relativas a los derrames, y facultades de los "dueños de los cauces", todo lo cual, a su juicio, "abrazan los puntos capitales que debe contener una buena legislación de aguas", recomendando se emprendiera la "redacción de un proyecto"<sup>14</sup>.

Como comentario, podemos remarcar cómo este autor aboga por la publicación de las aguas, aún cuando su terminología es variada al respecto, llamando a las aguas, de esta condición, como "patrimonio común"; "dominio público"; "agua común" o "propiedad pública". En cuanto al particular, por una parte señala cómo tienen "solamente el derecho de uso", lo califica de distintos modos; mientras por una parte, se refiere al "derecho de usar las aguas", por otros, se refiere a la "posesión y propiedad de las aguas", o al "derecho que todos tienen a las aguas de los ríos", o, incluso, abre la posibilidad de propiedad privada, cuando en un inicio la negaba, al hablar de "agua ajena", "dueño del agua", todo lo cual pareciera algo contradictorio. Por lo visto, el tema del dominio del agua no era aquí aclarado, sino, en realidad, confundido.

La crítica a la regulación de la servidumbre de acueducto era razonable, y la legislación ya retomaríala esto.

Sobre la significación de este artículo para la posterior legislación, nada hay de claro, lo

<sup>7</sup>García Reyes (n. 6), p. 968.

<sup>8</sup>García Reyes (n. 6), p. 1.047. Vid. *supra*, lo que concluimos nosotros, en esta misma línea de pensamiento.

<sup>9</sup>García Reyes (n. 6), p. 1.058.

<sup>10</sup>García Reyes (n. 6), p. 1.059.

<sup>11</sup>García Reyes (n. 6), p. 1.059.

<sup>12</sup>García Reyes (n. 6), p. 1.060.

<sup>13</sup>García Reyes (n. 6), p. 1.072.

<sup>14</sup>García Reyes (n. 6), p. 1.088.

que se verá luego, de acuerdo a la semejanza de sus contenidos.

b) *La publicación en Chile de la voz "Agua" de la "Enciclopedia" de Arrazola*

En el año 1853, desde enero a diciembre de tal año, se publicó *in integrum* la parte doctrinaria de la voz "Agua" de la *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, dirigida por Lorenzo Arrazola<sup>15</sup>, en diversos números de la *Gaceta de los Tribunales*, en donde se intitula, simplemente, *Legislación sobre aguas*<sup>16</sup>.

En Chile, al parecer, es desconocido el origen de esta publicación. Por cierto, en la *Gaceta* nada se dice sobre el origen de este largo artículo que se edita, y sólo una parte, en un breve proemio el redactor de la *Gaceta* dice lo siguiente:

"Legislación sobre aguas

Ha venido a nuestras manos un largo

artículo sobre la importante materia del título indicado, publicado en España y que por lo mismo tiene para Chile y toda la América del Sur el mérito especial de que todavía son para nosotros aquellas leyes con poca diferencia, las mismas que hasta ahora nos rijen. Es preciso también conocer el punto de partida cuando se quiere adelantar con acierto en el camino de las mejoras. El que no conoce las leyes que han formado las costumbres, no conoce la sociedad actual, y no puede por consiguiente conocer ni lo que falta ni lo que es imperfecto. Se expone a destruir lo bueno, aun cuando tenga el deseo de introducir o aclimatar la mejor institución de un país extranjero. Nos proponemos, pues, dar a nuestros lectores toda la parte de dicho tratado que nos sea posible insertar en nuestras columnas con relación al derecho público y a la administración: campo vasto todavía donde para acertar es preciso un asiduo desvelo y una aplicación exacta de las máximas generales a los infinitos casos que pueden ocurrir en esta materia"<sup>17</sup>.

Luego, en una nota<sup>18</sup>, se señala que el "propósito" de esta publicación "es ilustrar a la opinión y dar a nuestros lectores los antecedentes para que hagan un buen proyecto de ley sobre las aguas de riegos, ya sean de los ríos ya sean de los canales artificiales"<sup>19</sup>.

Por lo tanto, la intención de su publicación era evidente, y tenía que ver con la idea de contribuir al estudio de los "proyectos de ley" sobre la materia, al igual que el estudio publicado antes, en 1846, y cuyo autor intuyó que ha de ser el mismo que instó esta reproducción. Sobre la influencia que pudo ejercer en Chile este trabajo, la verdad, es que no hemos

<sup>15</sup>Arrazola, Lorenzo (dir.). *Enciclopedia española de Derecho y Administración* (Madrid, 1849), 2. Esta famosa enciclopedia inició su publicación en Madrid en 1848, publicándose en total diez tomos, el último de los cuales (que llega hasta la voz "compeler") vio la luz en 1858; ahí se interrumpió la edición, y ya no volvió a reanudarse nunca. En la redacción de los términos de esta enciclopedia intervinieron, además de Arrazola, otros juristas. Cfr. Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid, Tecnos, 1983), p. 628.

<sup>16</sup>*Legislación sobre aguas*, en: *Gaceta de los Tribunales*, en las siguientes 24 entregas: [1] N° 544, 15 de enero de 1853, pp. 4.097-4.098; [2] N° 545, 22 de enero de 1853, pp. 4.105-4.106; [3] N° 546, 29 de enero de 1853, pp. 4.145-4.148; [4] N° 547, 5 de febrero de 1853, pp. 4.154-4.155; [5] N° 548, 12 de febrero de 1853, pp. 4.159-4.163; [6] N° 549, 19 de febrero de 1853, pp. 4.169-4.171; [7] N° 554, 26 de marzo de 1853, pp. 4.218-4.219; [8] N° 555, 2 de abril de 1853, pp. 4.225-4.227; [9] N° 556, 9 de abril de 1853, p. 4.239; [10] N° 562, 21 de mayo de 1853, pp. 4.326-4.327; [11] N° 563, 28 de mayo de 1853, p. 4.335; [12] N° 573, 6 de agosto de 1853, p. 4.471; [13] N° 581, 1 de octubre de 1853, pp. 4.574-4.575; [14] N° 582, 9 de octubre de 1853, pp. 4.590-4.591; [15] N° 584, 22 de octubre de 1853, pp. 4.622-4.623; [16] N° 585, 29 de octubre de 1853, pp. 4.638-4.639; [17] N° 586, 5 de noviembre de 1853, pp. 4.654-4.655; [18] N° 587, 12 de noviembre de 1853, pp. 4.669-4.672; [19] N° 589, 26 de noviembre de 1853, pp. 4.698-4.700; [20] N° 590, 3 de diciembre de 1853, pp. 4.713-4.715; [21] N° 591, 10 de diciembre de 1853, pp. 4.730-4.731; [22] N° 592, 17 de diciembre de 1853, pp. 4.746-4.747; [23] N° 593, 24 de diciembre de 1853, pp. 4.762-4.764; v. [24] N° 594, 31 de diciembre de 1853, p. 4.778-1.780.

<sup>17</sup>En: *Gaceta de los Tribunales*, 544 (1853), p. 4.097.

<sup>18</sup>Este artículo tiene varias "Notas", agregadas por el redactor, y que no estaban en el original, con el objeto de aclarar, según se decía, "las variaciones que en la jurisprudencia sobre aguas han introducido en Chile las nuevas leyes; las costumbres o prácticas de los agricultores, especialmente en los lugares donde ha alcanzado la influencia de los reglamentos de la sociedad del canal de Maipo" [Id., p. 4.098, n. (a)]. La verdad es que esta declaración no pasó de eso, y sólo se insertó tres "notas", ésta que hemos transcrito, otra que, bajo la letra (b), justificaba la exclusión de las noticias del derecho positivo extranjero, y una última, que copiamos a continuación, en el texto principal.

<sup>19</sup>*Gaceta de los Tribunales*, 544 (1853), p. 4.098, nota (c).

encontrado dato alguno. Este, como el anterior, de 1846, están olvidados por la doctrina nacional; más desconocido aún es su origen, pues de eso no hay constancia escrita en ningún sitio, y sólo lo hemos descubierto ahora por la lectura de ambos trabajos.

En España, este trabajo de Arrazola es celebrado como la mejor contribución sobre la materia en la época<sup>20</sup>, el que habría producido, además, un gran impulso doctrinal al desarrollo de la materia de las aguas públicas, pues en él se propugna, como veremos, la declaración como dominio público de todas las aguas corrientes, siguiendo una legislación española de 1849, que cita.

¿Cuál es el contenido de este trabajo? Comienza desarrollando, con gran soltura, unos "principios teóricos en materia de aguas", en donde incluye las materias relativas a su dominio, servidumbres y posición de la Administración frente a las aguas. Dicho sea de paso, este autor defiende el dominio público de las aguas, pues a su juicio "el Estado ha de ser el dueño universal de todas las corrientes", conviniendo, eso sí, "que los derechos que podría conceder el Estado a los particulares diferirían muy poco de los derechos de propiedad", y los adquirirían por concesión. Analiza luego el derecho positivo español en materia de aguas, estudiando aquéllas de dominio público, y aquéllas de dominio privado, las servidumbres y concesiones. Luego revisa la jurisdicción y competencia en negocios de aguas. Termina este largo trabajo con algunas materias especiales como el surtido de aguas a poblaciones, o sobre cloacas, aguas inundadas y estancadas — hoy hablaríamos de contaminación —, aguas minerales y aguas saladas.

En fin, es éste un gran trabajo, pero, lamentablemente, no tuvo, al parecer, ni en la época, ni después, significación alguna para quienes

redactarían nuestra legislación de aguas. Sobre todo, por lo que sabemos, no tuvo significación alguna para quien redactaba, en aquella época disposiciones fundamentales sobre las aguas, y que pasarían a formar parte del Código Civil. Nos referimos a Andrés Bello. Parece poco probable que Andrés Bello no haya conocido este texto, el que, al parecer, no significó nada para él, ni para su principal obra jurídica: el Código Civil.

#### 4. Artículo 118 de la Ley de Municipalidades de 1854

En el año 1854, esto es, antes de la entrada en vigencia del Código Civil, se dicta la Ley de Municipalidades, el 8 de septiembre. Su artículo 118 es singularmente interesante en materia de aguas<sup>21</sup>, y cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 118. Los ríos y demás corrientes de agua del uso común de los habitantes están sujetos a la acción de las municipalidades en cuanto a establecer reglas para el buen uso de las aguas mientras corran por el cauce natural y ordinario, y para determinar generalmente la forma y seguridades con que deben construirse las tomas o los marcos de las acequias o canales que de dichos ríos se sacaren.

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

Las mercedes o permisos para sacar agua de un río o estero, corresponden al jefe del departamento en que el saque o toma haya de establecerse, sin que en virtud de estas mercedes se adquiera más derecho que el que corresponda por las leyes comunes, atendida la

<sup>20</sup>A pesar que, hoy, se dice, está completamente olvidado, Cfr. Gallego Anabitarte, Alfredo, *El derecho español de aguas en la historia y ante el derecho comparado*, en: — y otros, *El derecho de aguas en España* (Madrid, 1986), I, p. 41, n. 7. En este libro, en su tomo 2, se inserta, íntegro, el trabajo de Arrazola, en p. 137 a 223. Aparece aquí, entonces, la "parte legislativa", de que prescinde la *Gaceta*, que incluye las disposiciones y el análisis, según el original, de las "leyes de las Partidas, de la Novísima Recopilación, disposiciones posteriores, Leyes de Indias, y legislación extranjera".

<sup>21</sup>Antes de esta ley, en 17 de diciembre de 1842, se dictó la ley sobre caminos, canales, puentes y calzadas, que en sus artículos 23, 24, 25 y 27 se refiere, incidentalmente, a las aguas, con el objeto de evitar los derrames al interior de los caminos, pero sin efectuar ninguna declaración significativa respecto de las aguas, desde el punto de vista jurídico.

antigüedad y preferencia en la merced entre los varios interesados<sup>22</sup>.

En este texto quedan claramente perfiladas algunas características importantes del régimen jurídico de las aguas.

a) Así, en cuanto al dominio de ellas, se refiere a "los ríos y demás corrientes de agua del uso común de los habitantes", pudiendo establecerse reglas a su respecto "mientras corran por el cauce natural y ordinario" (inciso 1°). Luego se refiere a la situación en que se haya sacado "el agua de la corriente común" (inciso 2°). Entonces, podemos afirmar con cierta seguridad (y por ahora basados sólo en su texto), que hay aquí una declaración sobre la dominicalidad pública de las aguas, o, como se quiera, "del uso común, o como "corriente común" que se ajustan a la misma idea.

b) Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de acceder a su aprovechamiento, el texto se refiere expresamente a mercedes o permisos para sacar agua de un río (inciso 3°), las que eran otorgadas por la Administración municipal: el jefe de departamento. Por lo tanto, hay aquí, evidentemente, un procedimiento concesional.

c) Ahora, ¿qué derechos otorgaban estas mercedes? De acuerdo al texto, en virtud de estas mercedes no se adquiere más derecho "que el que corresponda por las leyes comunes" (inciso 3°).

¿Cuáles son las leyes comunes? A la fecha, todo el ordenamiento jurídico colonial, y, a partir de 1857, el Código Civil. No hay aquí

ninguna declaración sobre la naturaleza jurídica de este derecho, que se deja entregado, entonces, a estas leyes comunes.

d) En fin, en cuanto a la intervención de la administración, ya desde el inciso 1° del texto se recalca cómo los ríos "están sujetos a la acción de las municipalidades", tanto para establecer reglas de buen uso de las aguas, como para fiscalizar la construcción de las "tomas o marcos".

Hay una limitación a esta intervención que debe recalcar: estas reglas pueden establecerse sólo mientras corran por el cauce natural y ordinario. Pues, de acuerdo al inciso 2°, *sacada el agua de la corriente común*, disminuyan las facultades. Es posible que esta diferencia diga relación con el respeto de la propiedad privada por donde correrán las aguas, pero no podría, en ningún caso, pensarse que las aguas, entonces, han cambiado de titularidad, y ya no serían "comunes", y por lo tanto por esa razón hay disminución de facultades administrativas. Como decíamos anteriormente el texto no aporta a este respecto ninguna aclaración, por lo que no es válido para afirmar ni la dominicalidad pública ni privada de las aguas sacadas de la corriente común.

En todo caso, el texto es muy útil, pues en él están presentes, de algún modo las cuatro características centrales del ramo de aguas: dominicalidad; procedimiento concesional; derechos que nacen para el usuario e intervención administrativa. Luego veremos en qué medida este texto sería complementado o modificado por el Código Civil, que aparecería sólo tres años más tarde.

## II. EL DERECHO DE AGUAS EN EL CÓDIGO CIVIL (1857)

En 1855 aparece el Código Civil, el que comenzaría a regir el 1 de enero de 1857. Si bien

este Código establece importantes disposiciones en materia de aguas, no lo hace en un "cuerpo de doctrina"<sup>23</sup>, ni sistemáticamente,

<sup>22</sup>Cfr. Anguita, Ricardo, *Leyes Promulgadas en Chile* (Santiago, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1912), I, p. 648. El artículo 119 de esta Ley, también referido al tema, es del siguiente tenor:

"Art. 119. El dictar reglas de policía respecto de los ríos que dividan departamentos o provincias, sobre actos que no sean el simple uso de las riberas, corresponde al Presidente de la República, y si esas reglas recayesen sobre la

policía de navegación de los mismos u otro uso semejante y se asignase penas de policía, deberá procederse con acuerdo del Consejo de Estado".

<sup>23</sup>Como tempranamente lo advirtió la doctrina civilista. Cfr. Chacón, Jacinto, *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil Chileno* (Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1878), p. 338.

como en otras materias, y esto ya se anuncia en el Mensaje de tal Código, al señalar:

"(...) En todo lo que concierne al uso y goce de las aguas, el proyecto como el código que le ha servido de guía, se ha ceñido a poco más que sentar las bases; reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diferentes localidades"<sup>21</sup>.

No obstante, se encuentran aquí declaraciones fundamentales en cuanto a los principios que rigen, o deben regir, en materia de aguas.

a) Así, en cuanto al *dominio* de las aguas, el Código distingue los diversos tipos.

1°. Respecto de las aguas marítimas, esto es, el *mar adyacente*, como lo llama, constituye un bien nacional de uso público o bien público, de acuerdo a los términos del artículo 589. A esta clase de aguas no prestaremos atención en esta investigación.

2°. Respecto de las *aguas terrestres*, hay una parcial *dominicalización o publicación* de ellas, existiendo, entonces, aguas terrestres de dominio público y aguas terrestres de dominio privado.

Por una parte, de acuerdo a los términos del artículo 595, inciso 1° del Código Civil *los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público*. Del mismo modo, el artículo 596, inciso 1°, señala que *los grandes lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas, son bienes nacionales de uso público*. En suma, todas las aguas que corren por cauces naturales y los grandes lagos, constituyen para el Código Civil, en 1855, bienes nacionales.

Por otra parte, según el inciso 2° del artículo 595 del Código, se exceptuaban de esta regla y son aguas privadas, *las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad pues su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas y pasan con éstas a los herederos y demás sucesores de los dueños*. Asimismo se exceptúan,

según el artículo 596, inciso 2°, *los otros lagos —esto es, aquéllos que no pueden navegarse por buques de más de cien toneladas— pues su propiedad, uso y goce pertenecen a los propietarios riberaños*. En fin, el artículo 837 establece que *las aguas que corren por un cauce artificial construido a expensa ajena, pertenecen exclusivamente al que con los requisitos legales haya construido el cauce*.

En suma, son privadas las aguas que nacen y mueren en una misma heredad; las que se contienen en pequeños lagos y, en fin, las que corren por cauces artificiales.

3°. Por último, respecto de las aguas fluviales, la única referencia se encuentra en el artículo 838 del Código Civil, el que establece que *el dueño de un predio puede servirse como quiera de las aguas lluvias que corren por un camino público, y torcer su curso para servirse de ellas. Ninguna prescripción puede privarle de este uso*. Así, su carácter es mixto; dentro de los términos de una propiedad, serán privadas; fuera de ellos, serán públicas, de libre uso, mientras no formen cauces naturales o artificiales.

Esquemáticamente, el Código Civil, en 1855, en cuanto al dominio de las aguas, establecía lo siguiente:

— SON AGUAS DE DOMINIO PÚBLICO:

1. Las que corren por cauces naturales (ríos) (595, inc. 1°);
2. Los grandes lagos (596, inc. 1°), y
3. Las fluviales no canalizadas (838).

— SON AGUAS DE DOMINIO PRIVADO:

1. Las que nacen y mueren en una misma heredad (595, inc. 2°);
2. Los pequeños lagos (596, inc. 2°);
3. Las que corren por cauces artificiales (acueductos) (837), y
4. Las fluviales (838).

b) En cuanto al sistema para acceder al aprovechamiento de las aguas, esto es, al procedimiento concesional, el Código Civil sólo establece, como dice el Mensaje, *bases*, si bien claras, pero breves y precarias, necesitadas, obviamente, de desarrollo legislativo.

Debe aclararse que este procedimiento, es obvio, sólo se hace necesario respecto de las

<sup>21</sup>El código que le ha servido de guía es el francés; se confirma expresamente, incluso, líneas antes, cuando se señala que en la interesante materia de los *servidumbres* se ha "guía, se puede decir, paso a paso el Código Civil francés.

aguas que constituyen bienes nacionales, puesto que las otras aguas, que son privadas, serán aprovechadas libremente por su dueño, en su calidad de tal.

Es fundamental, en esta materia, el artículo 860 del Código Civil, en cuanto señala:

"Las mercedes de aguas que se conceden por autoridad competente, se entenderán sin perjuicio de derechos anteriormente adquiridos en ellas".

Así, para el Código, el acceso a las aguas se realiza por la vía de *mercedes*, las que se *conceden por autoridad competente*. No había, al respecto, mayor precisión, y por lo tanto, la acción de la Administración debía suplirse con legislación complementaria, existente a la fecha<sup>25</sup>, o posterior<sup>26</sup>.

Ratifica la necesidad de intervención de la *autoridad competente*, el artículo 599 del Código Civil, y la necesidad de suplirse con otras leyes, los artículos 598 y 603 del mismo Código, al remitirse a otras *leyes u ordenanzas*.

c) En cuanto a los derechos que adquieren, o pueden adquirir, los particulares sobre las aguas, debemos distinguir.

En las aguas privadas, el derecho ya se encuentra adquirido, y no es necesaria acción alguna de la Administración; se trata de un derecho de propiedad, según el Código, y se rige por las mismas normas de adquisición, uso, goce y disposición que los demás derechos reales.

En cambio, tratándose de aguas del dominio público, la situación es diferente, y los derechos que sobre ellos se tenga, necesariamente, habrán de nacer de alguna actividad de la Administración, esto es, previa la correspondiente *merced* a que se refiere el artículo 860 del Código Civil. Entonces, debemos ave-

riguar qué derecho ... quiere el particular a partir de la merced de aguas.

¿Qué dice el Código Civil? El Código no establece una respuesta concreta, y para descubrirlo debe analizarse diversas disposiciones del mismo, las que sólo, como veremos, nos proporcionarán algunos datos para descubrir la *naturaleza jurídica de estos derechos*. Así, el Código señala que las aguas pueden *usarse, gozarse o servirse de ellas*<sup>27</sup>, contemplando a favor de este derecho de *uso*, así tan escuetamente definido siempre en el Código, la servidumbre de acueducto<sup>28</sup>, y otros derechos adicionales<sup>29</sup>. Debemos agregar que es muy dudoso que este *uso* de las aguas a que se refiere el Código sea, estrictamente, el mismo *derecho de uso* que define el artículo 811 del mismo<sup>30</sup>. No obstante, no cabe dudas que este derecho que nace de la *merced*, de acuerdo al esquema jurídico del Código Civil, es un derecho real, pues es de aquellos que *tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona*, por aplicación del artículo 577 del mismo.

Mayores precisiones no introduce el Código, ni corresponde tratarlas aquí, pues serán dejadas para la parte dogmática de este trabajo.

d) Por último, en cuanto a la intervención que le cabe a la Administración o al Estado, ella se manifiesta, en primer lugar, a través de la dominicalización de las aguas, con las excepciones que señalamos, según se desprende claramente del artículo 595 del Código; y, en segundo lugar, a través de la declaración tan explícita del artículo 860 del Código, en el sentido de que las *mercedes de aguas*, de donde surgen *ex novo*, como sabemos, los derechos de agua, *se conceden por autoridad competente*.

<sup>27</sup>El detalle es el siguiente: art. 595, inc. 1° ("uso público"); 596, inc. 1° ("uso público"); 598 ("uso y goce"); 834 ("uso conveniente"); 835, inc. 1° ("uso"); 835, N.° 1° ("servirse de las aguas"); 835, inc. final ("uso"); 836 ("uso") y, 838 ("servirse").

<sup>28</sup>Vease artículo 861, el que reemplazaba, y de paso derogaba —por aplicación del artículo final del Código Civil— el Senado Consulto de 1819, que hemos revisado *supra*.

<sup>29</sup>Vease los mismos artículos citados en la n. 27.

<sup>30</sup>Señala tal disposición legal que el *derecho de uso* es un *derecho real* que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.

<sup>25</sup>Recuérdese que, a la fecha, regía el artículo 118 de la Ley de Municipalidades, de 1854, y que hemos revisado y transcrito *supra*, en el texto principal, disposición que guardaba gran armonía con las que se establecían en el Código. Se habla aquí, de *mercedes o premios*, y corresponden al jefe del departamento en que el saque o toma haya de establecerse. Esta norma, entonces, debía entenderse complementaria, y no quedaba comprendida en la cláusula derogatoria, tan amplia, del artículo final del Código Civil.

<sup>26</sup>Vease el texto, *infra*.

Más detalles, salvo en la materia relativa a las servidumbres de acueducto —sobre lo cual, por ahora no necesitamos abundar—, no existen en el Código Civil en cuanto a las aguas, pues, como se señala desde el mismo Mensaje,

y en variadas disposiciones del Código, ellas quedan entregadas a *ordenanzas generales o locales*, las que serían dictadas con posterioridad y que veremos a continuación.

### III. LEGISLACIÓN DE AGUAS DESDE 1857 HASTA FIN DE SIGLO

Con posterioridad a la dictación del Código Civil, se hizo realidad lo anunciado por Andrés Bello en el Mensaje de aquél, pues los *por menores* en materia de aguas fueron siendo regulados por *Ordenanzas especiales*. Éstas tuvieron una vigencia no muy prolongada, pues, luego irían siendo derogadas, tácitamente, por la legislación posterior.

En esta parte expondré, sucintamente, los textos legislativos y reglamentarios más significativos de la materia de aguas en el período que va desde 1857, fecha de la entrada en vigencia del Código Civil, y el año 1900. Se analizará, así, el resto de la legislación decimonónica, y sólo en la medida de su utilidad para la reconstrucción de las características básicas del derecho de aguas.

#### 1. La Ordenanza sobre la distribución de las aguas de 1872

El 3 de enero de 1872, el Presidente de la República, en uso de las facultades que se le conferían en el artículo 119 de la Ley de Municipalidades, de 1854<sup>31</sup>, dictó una *Ordenanza sobre la distribución de las aguas en los ríos que dividen provincias y departamentos*<sup>32</sup>, cuyo estudio, tanto en su época<sup>33</sup>, como ahora, es indispensable para el conocimiento de la historia del régimen legal de las aguas<sup>34</sup>.

Su estudio detallado ha sido emprendido por diversos intérpretes coetáneos a su vigencia<sup>35</sup>, por lo que sólo abundaré en lo realmente significativo.

Esta Ordenanza tenía por finalidad enfrentar los períodos de sequía, para someter a turno la distribución de las aguas. Al regular esta situación, de paso, efectuó importantes precisiones.

a) En cuanto al dominio de las aguas, nada explícito señaló. Por lo demás, tal tema traía ya solución en el articulado del Código Civil, según he revisado *supra* y, por otra parte, su materia no era ésta, sino reglar "la distribución" en períodos de escasez de aguas.

b) En segundo lugar, en cuanto al procedimiento de obtención de los derechos de aguas, importa retener cómo la legislación, a estas alturas, ya acepta, sin más, el sistema concesional, pues, en su artículo 1º, se refiere a aquellos que tengan título o merced concedida por autoridad competente, y, luego, en su artículo 10º, se refiere a las mercedes de agua que se concediesen desde la promulgación de esta ordenanza. Ahora, a la fecha tenía vigencia el artículo 118 de la Ley de Municipalidades, de 1854, el que señalaba la autoridad administrativa competente para el otorgamiento de estas concesiones o mercedes (véase *supra*).

<sup>31</sup>Véase el texto de este artículo *supra*, en n. 22.

<sup>32</sup>Cfr. su texto en: *Boletín de las leyes y decretos del Gobierno*, XI (1872), pp. 1-5.

<sup>33</sup>Cfr. opinión en tal sentido de: Zañartu Yrigoyen, Hugo, *El régimen legal de las aguas en Chile*, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 40 (1943), t. p. 133.

<sup>34</sup>Antes de 1872, la Ley de Policía de Ferrocarriles, de 6 de agosto de 1862 se refirió, colateralmente, a la materia de aguas. Así, su artículo 17 señalaba que "cuando un ferrocarril atraviesa ríos navegables, deberá construirse de manera que no embarce ni entorpezca la navegación. Si hubiere de atravesar otra clase de ríos, esteros o canales de riego, deberán ejecutarse las obras de manera que no se

prejudique el uso de las aguas". La fiscalización del cumplimiento de estas obligaciones la entregaba esta ley, en su artículo 18, al "Intendente de la provincia respectiva".

<sup>35</sup>Cfr. Lazo Preuss, Santiago, *Régimen Legal de las Aguas Corrientes* (Santiago, Memoria Universidad de Chile, 1930), p. 273 y siguientes; Venegas, Fortunato, *Legislación chilena sobre aguas de riego* (Santiago, Imp. y Lit. de la Sección técnica del EM, 1899), p. 12 y siguientes; Zañartu (n. 33), p. 133 y siguientes. Modernamente, véase a: Stewart, Daniel L., *El derecho de aguas en Chile. Algunos aspectos de su historia y el caso del Valle de Illapel* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970), p. 89 y siguientes, estudio este último que tiene un carácter histórico-jurídico.

c) En tercer lugar, y es aquí donde revisaré más en detalle la Ordenanza, se encuentran en ésta interesantes precisiones sobre el carácter de los derechos de agua.

Así, en su artículo 1°, dispuso:

"Art. 1°. Cuando sobrevenga escasez de aguas en los ríos que dividen departamentos o provincias, de manera que sea necesario para el buen arreglo someterlos a turno, se procederá a hacer la distribución de sus aguas entre los canales de una y otra ribera, haciéndose el repartimiento de la manera más equitativa posible y en proporción a la cantidad de agua que ordinariamente haya llevado cada canal. Tendrán parte en esta distribución todos aquellos canales que tengan título o merced concedida por autoridad competente, aquellos cuyos derechos hubiesen sido declarados por los Tribunales de Justicia, o se encontrasen reconocidos sin contradicción, y los que tengan a su favor el título de la posesión, todos con las limitaciones que se indicarán más adelante".

A renglón seguido, en su artículo 2° señalaba que tal distribución la harían los *juces de aguas*, cuyos deberes establecía en el artículo 3°.

En los artículos siguientes establecía algunas normas sobre procedimientos.

Otra regla importante en cuanto a los derechos de aguas es la contenida en su artículo 10°, que decía:

"Art. 10°. Las mercedes de agua que se concediesen desde la promulgación de esta ordenanza en los ríos que en ciertas épocas del año se sujetan a turnos, a causa de que sus aguas no alcanzan a satisfacer las necesidades de las tomas existentes, sólo darán derecho a sacar agua cuando dichos ríos no están sujetos a turno; pero mientras lo estén, no tendrán parte en la distribución de sus aguas".

En fin, sobre "derechos", en el artículo 12, se refiere a *la proporción en que deben distribuirse las aguas*; en el artículo 13, se refiere a *los derechos de cada cual*, y en el 14, se refiere a *derechos de preferencia*.

Para el análisis de este aspecto revisaré las opiniones que a su respecto emitieron los contemporáneos, y, aún los autores más modernos. En fin, cerraré su examen, formulando las conclusiones que, hoy, desde el punto de vista histórico, es posible extraer.

En 1898, un autor<sup>36</sup>, escuetamente, señalaba que de la lectura de esta ordenanza, especialmente de su artículo 1°, fluía que el repartimiento de las aguas debía hacerse en proporción a la cantidad que ordinariamente haya llevado cada canal.

Posteriormente, en 1930, otro autor<sup>37</sup> hacía presente, cómo de lo dispuesto en los artículos 1° y 10° de esta ordenanza se estatuyó la diferenciación entre las mercedes (o derechos) permanentes (aquellos otorgados antes de 1872), los cuales tendrían derecho a participar en el turno o prorrateo; y las mercedes (o derechos) eventuales, que serían las concedidas con posterioridad, y que dan derecho sólo a sacar aguas de la corriente cuando no esté sometida a turno o rateo.

Incluso más tarde, en 1940, se recalca<sup>38</sup> cómo en estas ordenanzas, al señalar en su artículo 1° quienes tienen derecho a participar en la distribución de las aguas escasas, se determina, de paso, enumerándolos, todos los títulos que otorgan derechos para aprovecharse de las aguas, a saber: (1°) los que tienen título o merced concedida por autoridad competente; (2°) aquellos cuyos derechos hubiesen sido declarados por los tribunales; (3°) aquellos cuyos derechos se encontrasen reconocidos sin contradicción, y (4°) los que tengan en su favor el título de la posesión<sup>39</sup>.

Los dos aspectos reseñados recién, son, además, confirmados, por otro autor nacional en 1943<sup>40</sup>.

En conclusión, si bien era la principal razón de la dictación de esta Ordenanza el regular la distribución de las aguas cuando éstas estuviesen escasas, de paso no pudo menos que iluminar aspectos importantes para la legislación sobre aguas, los que, obviamente, se verá que son retomados más tarde, y a los que recién me he referido.

<sup>36</sup>Venegas (n. 35), p. 14.

<sup>37</sup>Lazo (n. 35), p. 273.

<sup>38</sup>Lira y De la Maza (n. 4), p. 158.

<sup>39</sup>Es tal la pervivencia histórica de esta enumeración que ella pasaría, posteriormente, al artículo 300 del Código de Aguas de 1954, y aun hoy es posible verificarla en los artículos 310, 312 y 313 del Código de Aguas de 1981, vigente.

<sup>40</sup>Zañartu (n. 33), p. 134.

d) El último aspecto a tratar de esta Ordenanza, es lo relativo a la intervención de la administración. Desde luego, la propia Ordenanza tuvo un origen puramente administrativo, pues fue dictada por el Presidente de la República en uso de su potestad reglamentaria. Y, por otra parte, el objeto de su regulación, a saber, la distribución de aguas, era entregada, también, a un órgano administrativo: a los *jueces de aguas*. Dice su artículo 2º así:

“La distribución que prescribe el artículo anterior se hará por los jueces de aguas que nombrará al efecto el Presidente de la República”.

Sobre el carácter administrativo de esos funcionarios se expidió, en 1886, un informe del fiscal de la Corte Suprema de la época, don Ambrosio Montt, que, en lo pertinente, señaló:

“Los empleados que esta Ordenanza llama jueces de aguas, no son magistrados judiciales, sino simples agentes de la autoridad gubernativa. Ni el reparto de aguas que esos agentes deben hacer con arreglo a la Ordenanza, es asunto judicial, en el sentido natural y obvio de estas palabras, sino un servicio meramente administrativo, como los que pueden establecer las municipalidades”<sup>11</sup>.

Queda claro, entonces, que la intervención de la administración en la distribución de las aguas era de principio a fin.

Antes de cerrar este acápite, debo dejar constancia que en el mismo año 1872 se dictaron otras ordenanzas sobre distribución de las aguas, a saber:

— La Ordenanza sobre repartición de las aguas del río Aconcagua, de 17 de enero de 1872<sup>12</sup>.

— La Ordenanza sobre repartición de las aguas del río Tinguiririca, de 26 de abril del mismo año<sup>13</sup>, y

— La Ordenanza sobre distribución de las aguas del río Teno y de los esteros Chimbarongo y Guapillo<sup>14</sup>.

Todas éstas son entre sí idénticas, y también con la Ordenanza de 3 de enero de 1872, más general, sólo en un aspecto, y que recalco enseguida. En esta ordenanza, los jueces de aguas eran nombrados por el Presidente de la República, según lo señalado *supra*. En las otras ordenanzas, estos jueces de aguas eran nombrados por los dueños de los canales, y sólo ante un desacuerdo entre los interesados, el nombramiento lo haría el Intendente o el Gobernador, según el caso (véase art. 2º de tales Ordenanzas).

Es posible vislumbrar aquí, en lo referente a la administración de las aguas, una intervención estatal, y mayor participación de los titulares de derechos de aguas.

## 2. Ordenanzas de 1875 y de 1880

Además de las ordenanzas recién expuestas del año 1872, posteriormente el Presidente de la República dictaría dos Ordenanzas, diferentes a las anteriores, conteniendo importantes declaraciones en cuanto a la naturaleza jurídica de las aguas, de los derechos de los particulares sobre ellas, y de la intervención que les cabe en su administración a la autoridad gubernamental y a los propios interesados, estableciendo ciertas formas de organización de éstos.

a) En primer lugar, se encuentra la “Ordenanza sobre policía fluvial y de irrigación para el valle de Copiapó”, de 30 de enero de 1875.

De acuerdo al texto de su artículo 1º, las materias que regulaba eran:

“1º. El arreglo y buen orden para la conservación de las aguas del río Copiapó, de sus afluentes, de sus vegas y manantiales;

2º. La distribución ordenada de sus aguas según los derechos preexistentes de los propietarios, y

3º. Las reglas de policía necesarias para asegurar esa distribución y evitar las sustracciones de agua”.

<sup>11</sup>Montt, Ambrosio, *Informe*, citado por Venegas (n. 35), p. 15. El informe se expidió a propósito de la Ley de Organización de los Tribunales, de 1875, la que, entonces, en esta parte, no habría derogado a la Ordenanza. Por otra parte, el origen de la expresión “jueces de aguas” está en la legislación Indiana.

<sup>12</sup>Publicada en el *Boletín de las Leyes*, XI (1872), pp. 22-27.

<sup>13</sup>Publicada en el *Boletín de las Leyes*, XI (1872), pp. 108-112.

<sup>14</sup>Publicada en el *Boletín de las Leyes*, XI (1872), pp. 244-248.

En cuanto a la calidad jurídica inicial de las aguas, esta Ordenanza contiene una enfática afirmación en su artículo 3º, cuando dice:

"Las aguas producidas por las vegas y manantiales existentes en el valle y que nacen en la propia caja del río, pertenecen al común de los vecinos y no a ningún particular (...)"<sup>15</sup>.

Hay aquí, entonces una declaración expresa de la calidad pública de las aguas, agregando a continuación la forma de acceder a su aprovechamiento por los particulares.

Dice su artículo 5º:

"Las aguas del río Copiapó no pueden extraerse del cauce común, sino en virtud de derechos legalmente adquiridos".

Esta misma idea la refuerza el artículo 2º de las Ordenanzas:

"Las aguas del río Copiapó, las de sus afluentes y las que producen las vegas y manantiales comprendidos dentro de la caja del río, deben estar siempre corrientes, sin que ningún particular pueda desviarlas, extraerlas o canalizarlas sino en virtud de derechos adquiridos o con previo permiso de la Municipalidad, o por concesiones de la autoridad gubernativa de acuerdo con aquella corporación".

Entonces, en esta ordenanza hay una clara referencia a los derechos de los particulares de aprovechamiento sobre las aguas, señalándolos como *derechos preexistentes* (art. 1, N° 2), o *derechos adquiridos* (art. 2º), o, en fin *derechos legalmente adquiridos* (art. 5º). Ahora, ¿cómo se adquieren legalmente estos derechos? El propio artículo 2º recién transcrito lo aclara: a través de un procedimiento concesional a cargo de la autoridad, señalando como tales a los *permisos* o a las *concesiones*, que, para la Ordenanza, técnicamente, vendrían a ser lo mismo.

Ahora, ¿a qué daba posibilidad el ejercicio de estos derechos? En primer lugar, según el propio texto, al *uso de aguas* (art. 21), el que,

según la propia Ordenanza, atendidas las circunstancias especiales y excepcionales del río Copiapó, se hacía por períodos turnales. Por otro lado, es importante señalar cómo, a estas alturas, ya se abría la posibilidad que estos derechos estuvieran en el comercio privado, pudiendo transferirse; así, habla el artículo 28 de lo que debía observarse *cundo el agua sea arrendada, vendida o enajenada de cualquier otra manera*.

En fin, como lo ha recalado algún autor, existe aquí una marcada intervención de la Administración, entregada a las manos de la Municipalidad<sup>16</sup>. Así el artículo 8º de la Ordenanza señalaba que *la extracción del agua del río o de sus afluentes, vegas o manantiales se hará por las tomas que la Municipalidad permita y designe, lo que es una comprobación más del sistema concesional existente*, pues, la autoridad, al conceder los derechos de agua, debía, además, señalar las *tomas*, su ubicación y características, según el volumen de agua permitido. Asimismo se establecen en la Ordenanza una serie de medidas de *policía fluvial*, como su propio nombre lo rezaba desde un inicio, cuyas facultades correspondían a la Municipalidad.

b) En segundo lugar, se encuentra la "Ordenanza para la distribución de las aguas del río Huasco dentro de los límites del Departamento de Vallenar", de 3 de enero de 1880.

En cuanto al objeto de esta Ordenanza, se señala en su artículo 1º, junto a otra declaración de interés sobre los derechos de aguas. Dice tal disposición:

"Son materia de esta Ordenanza:

- 1º. La conservación de las aguas del río Huasco, de sus afluentes y vertientes;
- 2º. La distribución de esas aguas en la caja del río y dentro de los límites del Departamento de Vallenar, en proporción a los derechos adquiridos por merced o sentencia de autoridad competente o por cualquier título preexistente, incluso el derecho de posesión.
- 3º. Las reglas de policía necesarias para evitar la sustracción de las aguas y hacer respetar su distribución".

<sup>15</sup>Continúa señalando este artículo que lo anterior es así, "según acuerdo del Cabildo de 30 de enero de 1838, apoyado en disposiciones de la Real Audiencia a principios del presente siglo". Hare mención, además, a un Reglamento de aguas de 1839. A estos antecedentes, hasta ahora, no hemos podido acceder.

<sup>16</sup>Cfr. Stewart (n. 35), p. 95, quien se refiere al "poder de la Municipalidad para regular la distribución de las aguas".

Esta Ordenanza, a diferencia de la anterior que era más permanente, es eminentemente transitoria, pues su aplicación dependía de la escasez de las aguas, y, por el contrario, si las aguas abundaban, dejaba de aplicarse<sup>17</sup>.

No existe en esta Ordenanza una declaración expresa sobre la calidad pública de las aguas, pero sí una indirecta, al señalar cómo los derechos sobre las aguas nacen de una *merced* (art. 1º, N° 2 y art. 10º), entre otros títulos, que podía ser una sentencia o la posesión.

Por otro lado, en cuanto a los derechos de aguas establece una serie de novedades interesantes. Por cierto que reconoce como prioritarios a los *derechos preexistentes* (art. 5º), que también denomina *título preexistente* (art. 1º, N° 2) o *derecho o tomas existentes* (art. 3º), en contraposición a los posteriores, pues de acuerdo a su artículo 10º:

"Las mercedes de aguas que se concedan con posterioridad a la promulgación de esta Ordenanza, sólo tendrán efecto en las temporadas en que el río no esté sometido a turno".

Por otro lado establece la creación de una *matrícula* de los canales, esto es, una especie de registro de los derechos de aguas existentes. Así, su artículo 3º señala:

"La matrícula de los canales se formará en junta general de representantes y deberá comprender la enumeración de todos los derechos o tomas existentes y la cantidad de agua o tiempo de turno que corresponda a cada toma.

Expresará el título, sentencia o derecho que tenga en su favor cada canal y será firmada por todos los representantes que concurren a su formación".

Se aclara también que el objeto de los derechos de aguas es su *uso* (art. 15). En fin, algo muy importante, pues en su artículo 17 se refiere a los *derechos de agua de la Municipalidad*, lo que evidencia la calidad común de las aguas, y el hecho que aún la Administración, en este caso la Municipalidad, está sujeta al procedimiento concesional para adquirir *derechos de aguas*.

En cuanto a la Administración de las aguas, se crea aquí un organismo denominado "Junta General de Representantes", compuesto por los titulares de derechos de aguas, quien tenía diversas facultades en la distribución de las aguas, la que venía, entonces, a reemplazar la intervención de la Administración.

Como conclusión, puede extraerse cómo, a través de estos cuerpos normativos, se van efectuando importantes avances al sistema de las aguas, que será retomado más tarde.

### 3. Ley de Régimen Interior de 1885

Con posterioridad a las Ordenanzas que acabo de examinar se continuó dictando disposiciones aisladas sobre la materia de aguas, disposiciones que, como desde temprano la doctrina denunció, más que a aclarar habrían contribuido "a oscurecer esta cuestión de por sí complicada y a hacer más difícil su estudio"<sup>18</sup>.

En la ley sobre Régimen Interior hay sólo dos disposiciones que se relacionan con la materia de aguas.

Primero, el artículo 21, N° 18, en lo pertinente, señalaba:

"Son deberes y atribuciones del Gobernador:

18. Conceder permiso (...) para todo acto que la ley lo exija de autoridad competente, sin determinar cuál sea ésta".

Esta disposición servía, si bien no directamente, como ayuda para la determinación de la autoridad competente para la concesión de derechos de aguas, cuando ello no estuviese claro. Para nuestra búsqueda actual, una demostración más de la intervención administrativa en la materia.

Más directo es el artículo 22 de esta ley, que señaló:

"En época de escasez de agua en los ríos, el Gobernador deberá hacer cumplir las leyes y ordenanzas vigentes.

Si surgieren cuestiones entre particulares sobre derechos de agua, o sobre su facultad para ejecutar obras dentro de la caja del río, el

<sup>17</sup> Véase artículo 9º que señala que "las prescripciones de esta ordenanza se suspenderán cuando haya en el río agua abundante para todas las tomas".

<sup>18</sup> Cfr. Gallo G., Eduardo, *Legislación chilena sobre aguas de regadío* (Memoria. Santiago. Imprenta y encuadernación del comercio, 1904), p. 67.

Gobernador se limitará a impedir que en ella se ejecute toda obra nueva que no sea ordenada por un tribunal de justicia.

Si el derecho a las aguas diere margen a cuestión entre la autoridad y los particulares, el Gobernador sólo podrá tomar medidas provisionales con el fin de conservar los derechos de agua de las poblaciones.

Las medidas gubernativas cesarán desde que los Tribunales de Justicia dicten resolución sobre ellas".

Esta disposición sólo viene a reforzar la idea de que los derechos de agua, luego de otorgados, tenían su virtualidad propia, y gozaban de la protección jurisdiccional. Se establece también una separación de estos derechos de aguas "particulares" y los "derechos de aguas de las poblaciones", donde es posible vislumbrar lo público, el interés del público, de las poblaciones.

#### 4. Leyes de Municipalidades de 1887 y 1891

La Ley de Municipalidades, de 12 de septiembre de 1887, que derogaba todas las anteriores sobre organización y atribuciones de municipalidades, y entre estas normas, los artículos 118 y 119 de la anterior ley de 1854, estudiados *supra*, repuso estas disposiciones, con un contenido idéntico, en los artículos 102 y 103 de su nuevo texto. Por lo tanto, deben considerarse ratificados los conceptos vertidos en aquel año. Sólo difiere en forma mínima el artículo 103 del 118 anterior, pues ahora se refiere a ríos "que corran por más de un departamento", mientras que antes la ley se refería a ríos "que dividan departamentos o provincias", solucionando problemas de interpretación<sup>19</sup>.

Entonces, el nuevo artículo 102 es idéntico al artículo 118 de 1854, y si se recuerda en tal disposición existía, como ahora, una referen-

<sup>19</sup>Vale la pena señalar que también en 1887 se dicta una ley, el 29 de agosto de tal año, que regula los "juicios sobre repartición de aguas o sobre derechos preferentes a ellas. Forma en que debe hacerse la licitación de los interesados". De esta ley lo único que me interesa recalcar es cómo se refiere a "los juicios sobre repartición de aguas o sobre derechos preferentes a ellas" (Título y artículo único), reforzando esta idea, que tanta importancia tiene y tendrá, de los *derechos preferentes a ellas*.

cia a las *leyes comunes* a determinar el contenido de los decretos de aguas. La única diferencia es que ahora, desde la dictación del Código Civil en 1857, esta referencia se debía entender hecha a este último cuerpo normativo.

Posteriormente, la Ley de Municipalidades de 1891 establece una disposición diferente, en su artículo 26, N° 2, que rezaba:

"Como encargadas de promover la (...) agricultura (...) corresponde especialmente a las municipalidades:

2° Conceder, sin perjuicio de derechos adquiridos por terceros, mercedes de aguas de ríos y esteros de uso público que corran exclusivamente dentro del respectivo territorio municipal, y dictar las reglas a que han de ajustarse los marcos o bocatomas que en ellos se construyan; pudiendo la Municipalidad nombrar en tiempo de escasez de agua un inspector que vigile los marcos y distribuya las aguas provisionalmente y según los títulos que presenten los interesados, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar ante la justicia ordinaria. Cuando el río o estero recorra o divida dos o más territorios municipales, se aplicarán las disposiciones de la respectiva ordenanza general de 3 de enero de 1872, con exclusión de las que dan intervención en la materia al Presidente de la República y a sus agentes, las cuales ejercerá el juez letrado de la residencia más inmediata al río o estero, correspondiendo a éste decretar o suspender el turno, citar y reunir a los interesados, nombrar el juez de aguas, removerle y fijarle el sueldo, a todo lo cual procederá el juez a petición de cualquier interesado, previa información sumaria que acredite la escasez o la abundancia de agua".

Sin producir derogaciones orgánicas, esta ley intenta solucionar un problema de competencia administrativa en el otorgamiento de concesiones. En este intento, de paso, efectúa declaraciones (que ya son verdaderas ratificaciones de la legislación anterior) sobre los ríos y esteros de uso público, predicando la calidad pública de las aguas; al mismo tiempo de la necesidad de intervención de la autoridad administrativa, en este caso de las municipalidades, en el otorgamiento de las *mercedes de aguas*; y, en fin, que de tales mercedes surgirán dere-

chos que deben entenderse *sin perjuicio de derechos adquiridos de terceros*.

#### 5. Un procedimiento concesional para las aguadas en 1893

En 22 de septiembre de 1893, el Presidente de la República, teniendo en consideración "que es menester, tanto en resguardo de los intereses generales como en beneficio de los particulares interesados, establecer las reglas a que deben someterse las concesiones", dicta un *Reglamento para la concesión de uso de aguadas en las provincias del Norte*.

En virtud de este decreto se establece un procedimiento concesional especial para las aguadas en las provincias de Tacna, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo.

En cuanto a la técnica legislativa, no está afinado el uso de "concesión", y se lo hace sinónimo de "permiso". Así, en su artículo 1º se señala que las personas que desean obtener "permiso para usar de aguadas naturales (...) se presentarán al Gobernador del departamento en que exista la que se pretende usar". Luego, en el artículo 3º se señala que la "concesión", se otorgará "por decreto".

En lo que interesa a esta investigación, resalta implícita la calidad común o pública de estas aguadas, confirmada por la necesaria intervención de la autoridad para acceder a su

uso. Además, es importante cómo se perfila, cada vez más nitidamente (y con los perfeccionamientos que sobrevendrán luego, como diré *infra*), un procedimiento concesional, y que sólo luego de expedido el decreto respectivo nacerá el derecho a favor del particular. También debe destacarse el especial cuidado que se guarda al establecerse que lo que se otorga o concede al particular es el "uso" de la aguada, el que es intransferible, y que "caducará si se hiciere de la aguada un uso distinto de aquel por el cual ha sido concedido" [artículo 3º, letra c)] y, en fin, no era exclusivo, pues, de acuerdo a los términos de su artículo 5º:

"El concesionario no podrá en ningún caso impedir a los particulares el libre acceso a la aguada cuyo uso se le concede, ni privar tampoco el uso de ella a los establecimientos mineros o de otra naturaleza que existan o puedan existir a las inmediaciones; tampoco podrá entorpecer el libre tráfico de los caminos con las obras que se construyan".

También este derecho llevaba implícito el interés público envuelto en la efectividad de su uso (pues, recuérdese, éste era, precisamente el objeto de la concesión: otorga su "uso"), y el artículo 6º previene que si el concesionario no hiciere de la aguada, dentro del plazo que se le señale, *el uso para el cual se le concede*, caducará la concesión<sup>50</sup>.

#### IV. LEGISLACIÓN DE AGUAS DESDE PRINCIPIOS DEL SIGLO, HASTA ANTES DE LA CODIFICACIÓN

Después de largos años de inactividad legislativa específica sobre la materia de aguas, desde comienzos de siglo se inició, en diversas instancias, y por diferentes impulsos, el establecimiento de algunos textos normativos referentes a las aguas.

Soterrados se encontraban diferentes proyectos y proposiciones sobre codificación de las aguas, o sobre ciertos tópicos más específicos. Fruto de estos trabajos y de una cada vez más creciente necesidad, fueron concretizándose diversas iniciativas legislativas que, con mucha atención, examinaré en este parágrafo.

Sin embargo, alteraré el método utilizado hasta aquí para analizar la legislación y norma-

tiva del siglo pasado, esto es, caso por caso, texto por texto. Ahora, luego de enunciar brevemente todos los textos significativos del pe-

<sup>50</sup>Este decreto tuvo dos complementos posteriores. En 3 de agosto de 1905, a través del Decreto N° 2.130 de ese año, se insiste en la necesidad de fiscalizar "el aprovechamiento de la aguada", debiendo realizarse "obras de aprovechamiento", so pena de caducidad que "será declarada administrativamente a petición de cualquier interesado". Es importante verificar la sinonimia que comienza a aparecer entre "uso" y "aprovechamiento". El segundo decreto complementario es de 14 de abril de 1924, bajo el N° 401, y se dicta ante la necesidad que "las solicitudes de concesión sean públicas para que tomen conocimiento las personas interesadas y que pudieren creerse perjudicadas". Para ello se hace preceptiva la publicación de las solitu-

riodo, los analizaré indistintamente, de acuerdo a los tópicos que interesa resaltar en esta investigación<sup>31</sup>, y la forma en que estos textos abordaron tales problemas, algunas veces directamente, otras, de pasada.

Las disposiciones que analizaré normalmente sólo eran enumeradas en los libros de la época, dividiéndolas ya sea en disposiciones de carácter general y de carácter local<sup>32</sup>, o ya sea en disposiciones sustantivas, administrativas o procesales<sup>33</sup>. No obstante, hay un autor que intenta, si bien brevemente, un análisis de estas disposiciones, separando las disposiciones de carácter procesal, de aquellas disposiciones referidas a "otras medidas", ya sea relacionadas con las mercedes de aguas; con su distribución, o, en fin, con una "sistemización de los derechos de aguas en el país"<sup>34</sup>; lamentablemente es éste un desarrollo breve y conciso, sin ulteriores usos metodológicos de parte de tal autor.

Pretendo entregar, entonces, un breve panorama general, expuesto en orden cronológico, de los intentos legislativos, y reglamentarios, para luego entrar en el análisis interno de toda esta normativa, verificando la significación de su contenido, sobre todo, para lo que vendría luego: la codificación<sup>35</sup>.

---

des, y se establece un plazo dentro del cual "podrán oponerse a la solicitud los que se crean perjudicados por la concesión". Obviamente, son éstos perfeccionamientos técnicos del procedimiento, a la altura de los tiempos, en medio de otros avances sobre la materia, que se verá *infra*, y con una codificación en ciernes.

<sup>31</sup>Esto es, lo relativo: (a) al dominio de las aguas; (b) al procedimiento concesional; (c) a los derechos de aguas, y sus efectos, como su distribución, por ejemplo; y (d) a la intervención de la Administración.

<sup>32</sup>Cfr. Lira Urquieta y De la Maza (n. 4), pp. 10-14; Silva Concha, Mario, *Regimen legal de las aguas en Chile* (Memoria, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950), pp. 14-16.

<sup>33</sup>Cfr. Lira Ovalle, Samuel, *El derecho de aguas ante la catedral* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 1956), p. 17.

<sup>34</sup>Me refiero a: Stewart (n. 35), pp. 98-106.

<sup>35</sup>Para la ubicación de muchos de los textos que conforman este panorama, como del trazado anteriormente, me he servido de algunas recopilaciones legislativas de la época. Antes de la codificación ya se habían hecho muchas recopilaciones privadas sobre legislación de aguas; así, entre muchas otras, véase: Panay-Berrios C., Luis, *Recopilación Agraria. Leyes y Decretos vigentes sobre agricultura y*

1. Panorama legislativo desde principios de siglo hasta 1950

Enumeraré, cronológicamente, los diferentes intentos normativos del período.

1°. En primer lugar, en 1902, se dicta el Código de Procedimiento Civil, el que, en su texto incluyó una serie de artículos (arts. 824 a 837), que formaban el Título x del Libro III, relativos a los juicios sobre distribución de aguas. Estos artículos serían, posteriormente, modificados en virtud de la Ley N° 3.390, de 1918<sup>36</sup>.

2°. Luego, en 1907, el 22 de febrero, se publica en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 254, que contiene un "Reglamento sobre mercedes de aguas para usos industriales". Los artículos 6° y 7° de este decreto serían posteriormente modificados en virtud del Decreto N° 73, de 1924.

3°. En el mismo año 1907, se publicó en el Diario Oficial de 31 de diciembre la Ley N° 2.068, en virtud de la cual "se autoriza a los dueños de propiedades para que usen como fuerza motriz las aguas que pasen por sus predios".

4°. En 1908, se publicó en el Diario Oficial de 20 de noviembre, la Ley N° 2.139, titulada "Aguas de regadío. Se reglamentan las asociaciones de canalistas".

Debe complementarse esta ley con el Decreto Supremo N° 1.666, de 1910, que es el "Reglamento para la inscripción de los actos y contratos traslativos de dominio de regadores

---

*propiedad rural* (Santiago, Empresa Zig-Zag, 1931), lo pertinente, en pp. 23 a 86 sobre regadío y aguas; muy completa; Valdivieso, O., L., *Aguas de regadío y uso público, Juicios de Agua. Recopilación de Leyes, ordenanzas y decretos referentes al aprovechamiento y distribución de las aguas y a los juicios de aguas y notas explicativas* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1909), 63 pp.; Gallo, *Legislación chilena sobre aguas de regadío* (n. 48), 78 pp.; Díaz Lois, Luis y Portales Riesco, Arturo, *Recopilación de leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas sobre aguas* (Santiago, Imp. Artes y Letras, 1916), 82 pp.; Valenzuela G., Rafael y Raposo K., Eduardo, *Recopilación de Aguas* (Nueva edición revisada por Hugo Zañartu, Santiago, Soc. Imp. y Lit. Universo, 1931), 353. Esta última es, seguramente la más completa recopilación privada hecha antes de la codificación.

<sup>36</sup>Este título completo sería, en la etapa codificada, derogado por el artículo 10 de la Ley N° 9.009, de 1951, aprobatoria del Código de Aguas. Véase *infra*.

de agua", dictado en conformidad a la habilitación reglamentaria contenida en el artículo 5º, inciso 1º de tal ley<sup>37</sup>.

5º. En 1913, el 30 de octubre, por medio del Decreto N° 2.032, se dicta un reglamento relativo a las mercedes que se soliciten en el río Loa y sus afluentes y en las aguadas y vertientes de la provincia de Antofagasta.

Posteriormente, en 1920, se excluirían de este reglamento las aguadas y vertientes que forman parte de la Hoya Hidrográfica del río Loa<sup>38</sup>.

6º. En 1916 se dicta la Ley N° 3.133, sobre neutralización de los residuos provenientes de establecimientos industriales, publicada en el Diario Oficial de 7 de septiembre de tal año, la que si bien ha sufrido algunas modificaciones, y el obvio desajuste del paso del tiempo, ha tenido una gran pervivencia histórica, pues aún continúa vigente.

En el Diario Oficial de 30 de noviembre del mismo año se publica el Decreto N° 2.491, que constituye el Reglamento para la aplicación de la Ley N° 3.133.

7º. En el mismo año 1916 se dicta un importante texto legislativo: el Decreto N° 403, de 25 de abril de tal año, que constituye el "Reglamento de mercedes de aguas para regadío", el que necesariamente analizaré con algún detalle *infra*.

8º. En 1920, se dicta un Reglamento específico sobre "Concesión de Mercedes de Aguas en el río Loa, sus afluentes, aguadas y vertientes de la provincia de Antofagasta", aprobado por medio del Decreto N° 649, de 26 de marzo de 1920, en conexión con el reglamento señalado en el número 5º.

9º. En 16 de enero de 1925, se publica en el Diario Oficial el Decreto Ley N° 160, "que fija lo que debe pagarse por las concesiones de muelles, ferrocarriles particulares, servicios eléctricos y mercedes de aguas", el que dedica sus artículos 20 a 31, al "Regadío", en su título

"De las concesiones de mercedes de aguas", el que reconoce la vigencia de los decretos reglamentarios anteriores, esto es, N° 254, de 1907 (vid. *supra*, N° 2º); N° 403, de 1916 (vid. *supra*, N° 7); y N° 649, de 1920 (vid. *supra*, N° 8º), y será de gran importancia, lo que quedará de manifiesto al analizarlo *infra*.

10º. En el mismo año de 1925, aparece el Decreto Ley N° 740, sobre elección, organización y atribuciones de las Municipalidades, publicado en el Diario Oficial de 15 de diciembre de tal año. Los artículos 45, N° 2; 46, N° 9; 47, N° 2, importan a la materia en estudio.

11º. En este mismo año de 1925, apareció en el Diario Oficial de 6 de abril, el Decreto Ley N° 445, que crea un Fondo General de Regadío.

12º. En 1925, había aparecido también la Ley General de Servicios eléctricos, aprobada a través del Decreto Ley N° 252, de 13 de febrero de 1925, y cuyo texto sería fijado posteriormente por el Decreto Fuerza de Ley N° 244, de 1931.

13º. En 1927, por intermedio del Decreto N° 1.985, de 20 de junio de ese año, se aprobó un Reglamento de distribución de aguas, complementado, el mismo año, por medio del Decreto N° 1.444, de 8 de septiembre.

14º. En 19 de octubre de 1928 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 4.445, que fija prescripciones a las obras de regadío que se construyan con cargo a la Ley N° 4.303, de 1928. Dicha ley sería modificada posteriormente, en virtud del Decreto con Fuerza de Ley N° 340, de 1931.

15º. En el Diario Oficial de 21 de diciembre de 1929 se publicó la Ley N° 4.724, que prorroga por seis meses el plazo para las inscripciones de derechos, mercedes o concesiones de aguas, el que había sido señalado por el Decreto Ley N° 160, de 1925 (vid. *supra*, N° 9º).

16º. En 1930, el día 11 de marzo, se publica en el Diario Oficial, la Ley N° 4.851, "Ley de Caminos", cuyos artículos 7, 8, 9, 10, 13, 14 y 16 son atinentes a nuestro tema.

Debe consultarse, además, el Decreto N° 2.190, de 21 de agosto de 1930, que aprueba el "Reglamento de la Ley General de Comisiones N° 4.851", y que su párrafo 5º, intitu-

<sup>37</sup>De este mismo año es el Decreto N° 347, sobre "Impuestos de papel sellado, timbres y estampillas", cuyo único interés para esta enumeración es que hace sinónimas las expresiones "mercedes" y "concesiones" de aguas, en su artículo 2º, N° 47.

<sup>38</sup>Vid. *infra*, número 8º, Decreto N° 649, de 1920.

30 a normar la materia.

17°. En 1931, en el Diario Oficial de 28 de mayo, aparece el Decreto con Fuerza de Ley N° 237, sobre "Fuentes termales".

18°. En fin, en el Diario Oficial de 7 de septiembre de 1935, se publica la Ley N° 5.671, que concede plazo especial para que los propietarios de derechos, concesiones o mercedes de aguas que no hubieren dado cumplimiento al Decreto Ley N° 160, de 1924, procedan a inscribir sus derechos en el Rol de Aguas del Departamento de Riego; y deja sin efecto todos los decretos sobre caducidad de derechos de agua.

Pues bien, todos los textos anteriores son los más significativos cuerpos legales y reglamentarios por medio de los cuales se reguló la materia de aguas entre los años 1900 a 1950, esto es, la etapa previa a la codificación.

## 2. Principios fundantes de la legislación precodificada

Ahora se analizará la parte interna de la legislación que he reseñado *supra*, verificando el acogimiento que en ella se realiza, y de qué forma, a los aspectos sustantivos de la disciplina.

Por tanto, necesariamente, distinguiré, en este análisis, estos cuatro aspectos principales: a) el tema del dominio de las aguas; b) el procedimiento concesional o procedimiento para la tramitación de mercedes de aguas; c) los derechos que surgen de tales actos de la autoridad; y d), en fin, verificaré la intervención que se arroga la Administración.

### a) El dominio público de las aguas

Sobre este tema no hay una declaración específica en la legislación del periodo, salvo el Decreto con Fuerza de Ley N° 237, de 1931<sup>59</sup>, sobre fuentes termales que, en su preámbulo, declara —en forma algo vaga— que las "vertientes hidrominerales" constituyen "una fortuna nacional de que la naturaleza ha dotado al país".

En verdad, no es necesario que exista una

reglamentación que regule plenamente el Código Civil (vid. *supra*). El derecho de aguas en el Código Civil de donde emanaba en forma clara la calidad dominical de las aguas, salvo las excepciones que este mismo código contemplaba.

Como analizaré más adelante, el legislador, consciente de este hecho básico, más se preocupaba de regular el tema de los procedimientos concesionales —las mercedes de aguas— y los derechos que de ahí nacían, con el objeto de dar certeza y seguridad al ejercicio de los mismos.

Por tanto, en el periodo que comprende este parágrafo, en cuanto al dominio de las aguas, regían plenamente las prescripciones del Código Civil, y de la legislación complementaria.

No obstante la conclusión anterior, existen en varios textos legales algunas referencias al tema del dominio de las aguas, que en nada alteran las disposiciones del Código Civil, pero refuerzan su vigencia y contenido.

Así, en cuanto a las aguas públicas, por ejemplo, el Decreto Ley N° 740, sobre Municipalidades, de 1925, se refiere en su artículo 47, N° 2, a las aguas de ríos y esteros de uso público<sup>60</sup>. Asimismo, el reglamento sobre mercedes de aguas, de 1916, se refiere a las aguas como bienes nacionales de uso público, citando al efecto el artículo 598 del Código Civil<sup>61</sup>. En fin, el Código de Procedimiento Civil, vigente a la época, se refería a las "aguas comunes" (artículo 828).

También, es obvio, la legislación se refería a las aguas privadas, posibilidad expresamente contemplada en el Código Civil. En efecto, el propio Código de Procedimiento Civil, recién citado, en su artículo 824 se refería a las "aguas pertenecientes a varios dueños", distinguiendo así los cauces naturales y los artificiales, pues, como sabemos, su régimen y titularidad es diferente (vid. *supra*). Asimismo, la Ley N° 2.068, de 1907, que autoriza a los dueños

<sup>59</sup>Esta misma disposición sería más tarde repetida en el artículo 79, N° 2 de la Ley de Municipalidades de 1934, cuyo texto definitivo fue fijado por el Decreto N° 1.642. *Recopilación de Leyes*, tomo xx, p. 355.

<sup>61</sup>Habla del "agua de los ríos nacionales de uso público" (considerando 3°), y de las "corrientes de uso público" (artículo 1°).

<sup>60</sup>Publicado en el Diario Oficial de 28 de mayo de 1931.

de propiedades públicas que usen como fuerza motriz las aguas: y pasen por sus predios, se refiere constantemente al "dueño de las aguas" (artículos 1º, 3º, 7º, 8º, 9º, 10º, 12º), frente a otros que sin ser dueños, hagan "uso de las aguas" (arts. 9º, 10º y 11º).

En fin, también hay una forma implícita de referirse al tema del dominio público de las aguas en general, y es el caso de la legislación que hace obligatoria la obtención de una concesión o merced de aguas para poder hacer uso o aprovechamiento de ella, ya sea en riego, fuerza motriz o usos industriales en general. ¿Bajo qué título puede la Administración exigir una concesión previa? ¿No hay aquí una declaración implícita de la existencia de una previa *publicatio*? El texto legislativo más claro al respecto es el artículo 20 del Decreto Ley N° 160, de 1925, que será analizado más adelante, por referirse al procedimiento concesional.

b) El procedimiento concesional. Las mercedes de aguas

En cuanto a las mercedes de aguas, para acceder a este título concesional, la legislación, poco a poco (considerando el precario avance anterior) fue consolidando un procedimiento administrativo, que otorgara al peticionario ciertas seguridades, respeto a sus preferencias, y revistiera al título respectivo de la protección jurídica necesaria.

A este tema se refieren, con exclusividad, en casi todos los casos, los siguientes textos: a) El Decreto Supremo N° 254, de 1907, publicado en el Diario Oficial el 22 de febrero de tal año, que se refiere a las mercedes de aguas para usos industriales; b) los Reglamentos sobre mercedes de aguas de 1913, 1916 y 1920; c) el Decreto Ley N° 160, de 1925, en sus artículos 20 a 31; d) la Ley General de Servicios Eléctricos, de 1925, y en su texto de 1931; y, en fin, e) las leyes de Municipalidades de 1925 y de 1934, en sus artículos 47, N° 2 y 79, N° 2, respectivamente. De estos cuerpos normativos es posible extraer, perfectamente, los principios generales sobre el procedimiento de las concesiones o mercedes de aguas en el período que examinamos.

1º. El primer texto de este período, referido al procedimiento concesional, es el Decreto

Supremo N° 254, publicado en el Diario Oficial el 22 de febrero de 1907, que aprueba el "Reglamento para la concesión de mercedes de agua de ríos o esteros de uso público para usos industriales"<sup>62</sup>.

Para su dictación se tuvo presente, según reza el preámbulo, "que no existe otra disposición que reglamente las concesiones de agua para usos industriales", adecuada, y que se debe "asegurar debidamente la seriedad de las solicitudes y la buena ejecución de las obras de aprovechamiento de las mercedes de agua".

En breves artículos fija el procedimiento a seguir en estas tramitaciones. Así, bajo el título "De la petición", los artículos 1º al 4º regulan tal materia del siguiente modo: debe hacerse ante el gobernador respectivo; señala lo que debe indicar tal petición, y los documentos que se deben acompañar. En seguida, bajo el título "De la Concesión", los artículos 5º al 15º, regulan la tramitación subsiguiente de las mercedes de aguas: obligatoriedad de una publicación; posibilidad de oposición de terceros; se decreta la concesión, pero bajo obligación de presentar antecedentes técnicos, so pena de caducidad.

De acuerdo a lo anterior, hay aquí un procedimiento concesional, en que queda claro que de ahí surge un título válido para el nacimiento de derechos de agua a favor de los particulares.

2º. En segundo lugar, hay una breve referencia terminológica en el Decreto N° 347, de 1910, sobre impuestos<sup>63</sup>, y que me interesa destacar, pues en el N° 47 de su artículo 3º, se refiere al siguiente tipo de actos: "*mercedes o concesiones de aguas*", haciendo sinónimas ambas expresiones.

3º. En tercer lugar el cuerpo legal más importante del período sobre procedimiento concesional es el Decreto N° 160, de 1925<sup>64</sup>. Se complementa con los anteriores Decretos N° 2.032, de 1913; 403, de 1916 y 649, de 1920. Especialmente importante también es este Decreto N° 403, de 1916, por su carácter

<sup>62</sup>Complementado por Decreto N° 73, de 28 de enero de 1924.

<sup>63</sup>Vid. en: Anguita, *Leyes promulgadas en Chile* (n. 22), tomo IV, p. 301.

<sup>64</sup>Vid. en: *Recopilación de Decretos Leyes* (Santiago, 1925), tomo XII, pp. 171-177.

general. A ellos me referiré ahora, exponiendo brevemente cómo se norma en ellos el procedimiento concesional, y los principios que en ellos se contemplaban.

Los Decretos N<sup>os</sup> 2.032, de 1913 y 649, de 1920, eran específicos para las vertientes y aguadas de la provincia de Antofagasta, en general, y para la hoya hidrográfica del río Loa, respectivamente. El Decreto N<sup>o</sup> 2.032, de 1913, se dictó reconociendo que por la importancia de la materia de aguas era conveniente la dictación de un "*decreto orgánico sobre las concesiones de agua en general*" (preámbulo), y por lo tanto, éste se dictaba "por ahora y mientras se dicta dicho reglamento" (idem.), para la provincia de Antofagasta.

En este decreto se señala el "*orden de preferencia*" en que serían concedidas las mercedes que se soliciten (artículo 1<sup>o</sup>); luego señala el procedimiento a seguir (artículo 3<sup>o</sup>), y los requisitos de las diversas clases de "concesiones de agua" (artículo 4<sup>o</sup> y siguientes).

Del mismo modo, el Decreto N<sup>o</sup> 649, de 1920, es bastante específico, y se refiere a una sola hoya hidrográfica, pero también contempla un procedimiento concesional para el aprovechamiento de las aguas. Fija las categorías de aprovechamientos (artículo 1<sup>o</sup>), los requisitos para la solicitud de estos aprovechamientos (arts. 2<sup>o</sup> y siguientes), una serie de disposiciones muy específicas para las localidades a que se refiere, y con gran detalle (arts. 9 a 28), y, en fin, el procedimiento propiamente tal (arts. 29 a 42). Indudablemente, este cuerpo reglamentario demuestra una acabada elaboración sobre el procedimiento.

De mayor importancia, por su carácter general, es el Decreto N<sup>o</sup> 403, de 1916, que contiene un Reglamento para la concesión de uso de aguas de regadío. Este decreto se dictó con la pretensión de constituir una "*ordenanza general que reglamente las condiciones en que deben concederse a los particulares el aprovechamiento de las aguas destinadas al riego del territorio*" (considerando 2<sup>o</sup>), y que no se habían dictado hasta la fecha. Por otro lado se reconocía que otros cuerpos legales habían establecido la facultad gubernativa para conceder mercedes de aguas nacionales de uso público<sup>63</sup>, "pero no se ha

establecido la transacción a que debe sujetarse, a fin de que estas mercedes se otorguen según las conveniencias generales del Estado y sin perjuicio de los derechos anteriores debidamente constituidos" (cons. 3<sup>o</sup>). También señalaba que el uso concedido debe ser proporcional a la necesidad de los terrenos (cons. 4<sup>o</sup>), sin perjuicio de terceros, evitando conflictos (cons. 5<sup>o</sup>). De este modo, y por estas razones el Presidente dicta este reglamento para la "conservación y aprovechamiento de los bienes nacionales de uso público" (cons. 7<sup>o</sup>), como efectivamente son las aguas.

En este reglamento encontramos una pormenorizada regulación del procedimiento de obtención de una "*merced de aguas*" o "*concesión de aguas*" (expresiones sinónimas para este cuerpo normativo). Así, a) en cuanto a la solicitud, señalaba dónde debía presentarse (art. 1<sup>o</sup>), su contenido (art. 2<sup>o</sup>), los documentos que debía acompañarse (art. 3<sup>o</sup>), y demás aspectos relacionados con ella; b) disponía la necesidad de una *publicación* de la solicitud, dando posibilidad de oposición a terceros (arts. 6<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup>); c) la Administración revisaba los antecedentes y encontrando todo conforme, se otorgaba un *título provisional* (art. 12); d) una vez obtenido este título, debía presentarse un *proyecto definitivo*, conteniendo diferentes aspectos técnicos, como memorias, planos, presupuestos, etc., todo lo cual debía ser revisado y aprobado por la administración (arts. 13 a 19); y, e) encontrado todo lo anterior conforme, se dictaba el *decreto de concesión definitiva* (art. 20).

Como puede observarse, es éste un procedimiento concesional bastante acabado.

En fin, confirma plenamente los anteriores procedimientos administrativos el Decreto Ley N<sup>o</sup> 160 de 1925, ampliando su objeto no sólo a las aguas para regadío, sino también a los casos de la fuerza motriz o usos industriales en general, recalcando que debían otorgarse por el Presidente de la República (art. 20). Señala también el lugar de presentación de las solicitudes: gobernador (art. 21); crea un registro en el que se anotarán todas las mercedes de aguas, de cualquier naturaleza, otorgadas

en la Ley Orgánica de Municipalidades, de 1887, examinada *supra* (III, 4).

<sup>63</sup>Véase, por ejemplo, facultades de los gobernadores

en cada gobernación (art. 22), obligándolos a llevar "el control general y minucioso de las aguas que se conceden en el territorio nacional", como asimismo, un "estado de concesiones", en lo referente al pago de los impuestos (art. 23), fijando en seguida el monto de tales tasas (arts. 24 a 28).

Este Decreto Ley N° 160 cierra el círculo y termina de configurar una aceptable normativa sobre procedimientos concesionales en materia de aguas.

4°. En esta parte referida al procedimiento concesional que resultaba de la legislación de la época, forzoso es referirse al artículo 47, N° 2, de la Ley de Municipalidades de 1925 (y repetido, posteriormente, en el artículo 79, N° 2, del texto de 1934 de tal cuerpo legal). Según tal artículo, corresponde a las Municipalidades: "conceder, sin perjuicio de derechos adquiridos por terceros, mercedes de aguas de ríos y esteros de uso público que corran exclusivamente dentro del respectivo territorio municipal (...)".

5°. La Ley General de Servicios Eléctricos, de 1925, se refirió a las concesiones de aguas para la producción de energía eléctrica. Las razones para ello se contienen en el preámbulo de tal ley, al decir:

"Las concesiones de fuerza motriz hidráulica se otorgan actualmente de acuerdo con un decreto reglamentario del año 1907; la ley promulgada en el mismo año sobre el aprovechamiento de las aguas corrientes como fuerza motriz<sup>66</sup>, sólo contempla situaciones tan especiales, que rara vez ha sido posible aplicarlas.

El titular de una concesión debe, según el decreto reglamentario citado, presentar dentro de cierto plazo, planos definitivos de las obras destinadas a utilizar la energía hidráulica, pero como la concesión no le da derecho para hacer estudios dentro de las propiedades particulares, no es infrecuente el caso en que éstos sean interrumpidos por la acción de los dueños de los predios que las obras proyectadas deben ocupar, y si, a pesar de estas dificultades, consigue el concesionario llevar a cabo los planos definitivos exigidos, y si obtiene para ellos la aprobación gubernativa, puede estar

cierto que en la mayoría de los casos no logrará realizar las obras. Basta para impedirlo que un propietario se resista a vender el terreno requerido por el paso de un cauce, por ejemplo; nadie puede obligarlo, porque no existe en nuestra legislación otra servidumbre de fuerza motriz hidráulica que la establecida en el artículo 861 del Código Civil, aplicable sólo en muy determinadas condiciones".

Así, en el artículo 1° de la Ley de Servicios Eléctricos (cuyo texto fue fijado posteriormente por Decreto con Fuerza de Ley N° 244, de 1931), se decía que estaban comprendidas dentro esa ley: "a) Las concesiones de mercedes de agua en lagos, ríos y esteros de uso público destinadas a la producción de energía eléctrica"<sup>67</sup>.

Esta ley contemplaba, también, un acabado procedimiento concesional, que no es del caso analizar aquí.

Como conclusión parcial, es necesario dejar consignado cómo se visualiza, aun antes de la codificación, perfectamente desarrollado, un procedimiento concesional para el otorgamiento del derecho de uso o aprovechamiento de las aguas. La Administración, sabedora de la intervención que aquí le corresponde por existir una previa *publicatio* de las aguas corrientes, exige un título concesional para su uso, para tener derechos de uso por parte de los particulares.

En este procedimiento están también involucrados otros valores: a) por cierto, el afán fiscal de salvaguardar sus tasas, sus impuestos; b) un principio de certeza para los derechos de los particulares, exigiendo precisiones técnicas; dando oportunidad de oposición a terceros, lo que se posibilita por medio de las publicaciones que se exigen a los peticionarios, y c) en fin, defendiendo las prioridades de los concesionarios anteriores, ya sea por objeto o por preferencias.

c) Los derechos de uso o aprovechamiento de aguas

Debe distinguirse de la fase anterior, esto es, del título concesional o de la merced de agua

<sup>67</sup>Nótese la confusión terminológica que aquí se aprecia, al referirse a "concesiones de mercedes", cuando, en verdad, concesión y merced, son sinónimas.

<sup>66</sup>El énfasis se encuentra en el original.

respectiva, el derecho que nace, esto es, el derecho de uso o aprovechamiento de las aguas. En otras palabras, es diferente la concesión (que es un mero título, puro procedimiento) del derecho que nace (que es el efecto: el derecho subjetivo público nacido)<sup>68</sup>.

Analizaré, ahora en este período, el acogimiento legislativo sobre este aspecto de grandes proyecciones dogmáticas.

Para lo cual tendré presente los siguientes textos: a) Los artículos pertinentes del Código de Procedimiento Civil, de 1902, con las modificaciones introducidas en 1918 por la Ley N° 3.390; b) La Ley N° 2.068, de 1907, sobre uso de las aguas como fuerza motriz; c) La Ley N° 2.139, de 1908, que reglamenta las asociaciones de canalistas; d) El Decreto N° 1.666, de 1910, sobre inscripción de derechos de aguas; e) La Ley N° 3.133, de 1916, sobre neutralización de residuos; f) El Decreto Ley N° 160, de 1925, que ya he analizado *supra* sobre otros aspectos; g) La Ley N° 4.724, de 1929, sobre prórroga de aguas para inscripciones de derechos de plazas; h) El Decreto N° 1.985, de 1927, sobre distribución de aguas; i) La Ley N° 4.851, de 1930, de Caminos, en sus artículos pertinentes; y, j) La Ley N° 5.671, de 1935, sobre inscripción de derechos de aguas. Por su conexión, los textos señalados en las letras d), f), g) y j), los analizaré conjuntamente.

1°. En primer lugar, debo referirme a la Ley N° 2.068, de 1907<sup>69</sup>. En otras palabras, a pesar que esta ley se refiere a "uso o aprovechamiento" de aguas, este uso no se logra siempre, en este período, por la vía concesional, como es normal tratándose de aguas públicas. Y es precisamente en este último aspecto en el que reside la imposibilidad de que aquí haya concesión: si las aguas no son públicas, no opera ese instrumento jurídico llamado concesión, sino otro instrumento: la autorización, la que sólo remueve obstáculos, pero que no hace nacer derechos a favor de los particulares, pues éstos existían desde antes: en el caso de

esta ley, el hecho era éste: se refería, en general, a aguas de propiedad privada. Si fuesen públicas, sería necesaria concesión. En suma, este cuerpo legal, en cuanto a este aspecto dogmático, y diferenciando la concesión de la autorización, evita el confusionismo, y respeta así los derechos privados sobre las aguas que reconocía la legislación anterior a su vigencia.

Esta Ley N° 2.068, de 1907, según me he referido ya, autoriza a los dueños de propiedades para que usen como fuerza motriz las aguas que pasen por sus predios. Así, su artículo 1°, establecía:

"El dueño de un predio puede emplear como fuerza motriz las aguas que corren por él, sea por cauces naturales o artificiales, sin perturbar el goce del dueño de las aguas.

Igual derecho podrán ejercitar los dueños de predios que deslidan con cauces naturales o artificiales".

En definitiva, esta ley acordaba un derecho (véase artículo 2° que se refiere al "derecho que acuerda el artículo 1°") a favor de los dueños de los predios por donde escurren o que deslidan con aguas corrientes, lo que hacía innecesario un procedimiento concesional, pues el derecho ya había nacido, y no era necesaria la intervención de la Administración. Entonces, si hay ya un derecho de uso de las aguas ya nacido, éste ha nacido o de la propia consecuencia de ser propietario de las aguas el dueño del predio donde escurren, o por existir una especie de "concesión legal", para el caso de los colindantes con los cauces naturales, en que sean aguas públicas las que escurren.

En varios sitios de esta ley, como he señalado *supra*, hay referencias explícitas al dueño de las aguas, y en otros al uso de las aguas. Lo que ocurre es que esta ley no se aplicaba a todos los casos de aprovechamiento de las aguas para fuerza motriz, ni siempre era necesario obtener previamente una concesión o merced de aguas, sobre todo para el caso del propietario del predio respectivo.

En fin, hay aquí derechos de uso o aprovechamiento de aguas, pero son consecuencia de la facultad que a todo propietario le reconocía la legislación vigente, y no emanan de una concesión. Esta posibilidad de uso sin concesión, como veremos, ya luego desaparecerá de la legislación, y siempre operará el binomio:

<sup>68</sup>Véase: Vergara Blanco, Alejandro, *Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras*, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. XVI (1989), p. 796.

<sup>69</sup>Vid. en: Anguita, *Leyes promulgadas en Chile* (n. 22), tomo IV, p. 223.

"concesión-derecho de aprovechamiento", naciendo este último de aquel título concesional.

2°. Es ineludible dejar constancia aquí de la introducción al ordenamiento jurídico del Código de Procedimiento Civil, en 1902, el que dedicó su título XI del Libro III, a los juicios sobre distribución de aguas, que comprende sus artículos 824 a 837<sup>70</sup>. En este Código, que no altera en nada los aspectos sustantivos de los derechos de aguas, sino sólo reglamenta su protección jurisdiccional, se encuentran, no obstante, declaraciones interesantes.

Así, en primer lugar (como se adelantó *supra*), se distingue claramente las aguas privadas ("*pertencientes*" a alguien: véase artículo 824), y las "*aguas comunes*"; luego, también es importante la distinción entre cauces naturales o artificiales (art. 824 y 825). El tema de la propiedad privada a veces se confunde, al referirse un mismo artículo, respecto de una misma relación jurídica frente a las aguas, de dos modos diferentes; así, dice, el art. 828, primero "*privación del uso de agua*" y, luego, "*privación de agua*", que no es lo mismo, pues con la primera expresión no denota propiedad sobre ellas, y con la segunda sí, ya que se le priva de algo, del "*agua*", y no sólo de su uso.

En fin, en el artículo 837 hay una confirmación de la validez de los procedimientos concesionales, al señalar que:

"Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las facultades que correspondan a la autoridad administrativa en materia de policía y de concesión de mercedes de agua".

Hay aquí un reconocimiento de dos aspectos que son examinados en apartados diferentes: el procedimiento concesional (véase letra anterior), y la intervención de policía de la administración (véase letra posterior).

En fin, la sola existencia de las reglas procedimentales en este Código, es una confirmación de la vigencia y validez de unos derechos de agua, ya nacidos de concesión, ya consecuencia de ser propietario de aguas.

3°. En la Ley N° 2.139, que reglamenta las asociaciones de canalistas, y que fue publicada

en el Diario Oficial el día 20 de noviembre de 1908<sup>71</sup>, hay importantes previsiones en cuanto a los derechos de agua, y a la forma en que sigue configurándolos la legislación.

Para la explicación que aquí haremos, debemos señalar qué entiende la ley por esta forma de asociación; dice su artículo 1°:

"Serán personas jurídicas y se registrarán por las disposiciones de esta ley, las asociaciones formadas por los dueños de canales (...) con el objeto de tomar el agua de la corriente motriz, repartirla entre los accionistas y conservar y mejorar los acueductos".

Así, los asociados son "*dueños de canales*", y la asociación les reparte el agua (la que podría ser pública o privada). No obstante, el artículo 2°, inciso 2°, sigue diciendo:

"El agua del canal no pertenece a la asociación. Es del dominio de los accionistas".

¿Siempre? ¿Y si el agua es pública? El artículo 3°, señala:

"Son miembros de la asociación los dueños de aguas (...)".

En fin, el artículo 4° es algo más claro, y dice:

"El derecho de agua 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 cualquier otra unidad de medida que adopten los interesados".

El artículo 5° habla de "*dominio de regadores de agua*". Luego se refiere a la inscripción de los "*derechos de agua*".

Luego, el artículo 6° se refiere a "*los derechos reales sobre regadores de agua*", y al "*derecho de uso del agua como fuerza motriz*". Señala la posibilidad de hipotecar y prender los regadores de agua (art. 6°), y hace aplicable a éstos las disposiciones que rigen la propiedad inscrita.

La verdad es que surgen muchas preguntas, y que un análisis de esta mera ley no puede responder. Así: si son miembros de las asociaciones sólo los "*dueños de aguas*", ¿qué ocurre con los usuarios de aguas públicas, que no podrían, jurídicamente, ser dueños? ¿O la ley

<sup>70</sup>Modificados los artículos 824, 825, 826, 829 y 834, por la Ley N° 3.390, publicada en el Diario Oficial de 15 de julio de 1918.

<sup>71</sup>Vid. su texto en: Anguita (n. 22), iv, pp. 243-244.

no distingue? ¿Sobre qué se tiene dominio? ¿Sobre el agua? ¿Sobre el canal? ¿Sobre el regador? ¿Sobre el derecho de agua?

Lamentablemente esta ley, como otras que veremos, confunde en alguna medida el diálogo conceptual que debe existir con la dogmática del derecho, y ayudará a la confusión que sobrevendría.

4°. Existe un grupo de disposiciones referidas a las inscripciones de los derechos de aguas, a las cuales me referiré en conjunto, por su unidad temática.

Así:

—el Decreto N° 1.666, de 8 de agosto de 1910, aprueba el “Reglamento para la inscripción de los actos y contratos traslativos de dominio de regadores de agua”, en que se establece que los conservadores de Bienes Raíces llevarán un “registro de regadores de agua” (art. 1°), en donde se inscribían: “los derechos de agua, expresados en regadores”; “los derechos de agua”; “la constitución y tradición del derecho de uso de los regadores de agua, como fuerza motriz”, etc.

Es interesante que el artículo 2°, al referirse al contenido de la “inscripción originaria”, señala que debe incluir:

“El derecho de agua que corresponda en la corriente nacional de uso público al canal de que proceden los regadores y la forma en que aparece dividido ese derecho”<sup>72</sup>.

Entonces, aparece claro que hay aquí un “derecho de agua”, sobre aguas que son nacionales de uso público, y sobre las cuales no puede haber propiedad, sino uso. Queda también claro que la propiedad que se inscribe no es sobre el agua, sino sobre el derecho.

—en 1925, el Decreto-ley N° 160 (ya revisado *supra*, en otros aspectos), se refiere también a los derechos de agua. Así, su artículo 29 dice:

“El concesionario no podrá transferir ni ceder, a ningún título, su derecho sobre la concesión, sin autorización previa del Gobierno y,

<sup>72</sup>Además, este artículo sirve para obtener alguna de las respuestas a que hago alusión *supra*, respecto de la Ley N° 2.139, sobre asociaciones de canalistas.

si el Gobierno aprobó la cesión o transferencia, deberá pagar un derecho igual a la mitad del señalado al otorgarse la concesión. Cada prórroga no podrá exceder al plazo de la concesión primitiva”.

Es importante cómo aquí se habla del “derecho sobre la concesión”, y es ése el que se transfiere, y no las aguas.

Los artículos 30 y 31 se refieren a la obligatoriedad de inscribir los derechos de agua, con el objeto de otorgar certeza, y señalaban:

“Art. 30. Los propietarios de derechos, concesiones o mercedes de agua para regadío, fuerza motriz o usos industriales que existen en la actualidad en el país, y los directorios de las asociaciones de canalistas organizados con arreglo a la ley respectiva, estarán obligados a anotar sus derechos y los de sus miembros, previa presentación de los documentos que acrediten su validez, en el Rol de Mercedes de Aguas que existe en la Inspección de Regadío de la Dirección de Obras Públicas, dentro del plazo de un año, contado desde la fecha del presente Decreto-ley. Este plazo se prorrogará por un año más, pero, en este caso, el interesado deberá pagar un derecho de inscripción igual al indicado en el artículo 24.

Pasado este plazo, podrá el interesado requerir la inscripción, pagando un derecho que será: doble el tercer año, triple el cuarto año y cuádruple el quinto año.

Art. 31. Transcurridos cinco años desde la fecha de este Decreto-Ley, sin que el interesado haya procedido a la inscripción, podrá el Gobierno declarar caducadas las concesiones que no se hayan inscrito.

A toda concesión otorgada sin plazo, con anterioridad al presente Decreto-ley se les fija un plazo de cinco años para terminar las obras de aprovechamiento, contados a partir de la fecha de inscripción en el registro y pasado este plazo, quedarán caducadas”.

Es interesantísimo el comienzo del artículo 30, cuando se refiere a los propietarios de “derechos, concesiones o mercedes”, haciendo susceptibles de propiedad a estas tres situaciones jurídicas, las que, desde el punto de vista dogmático, no son todas sinónimas.

Complementar los artículos las Leyes N<sup>o</sup> 4.724, de 1911 y 5.671, de 1933<sup>74</sup>.

A través de la primera se prorroga el plazo señalado en el Decreto Ley N<sup>o</sup> 160, de 1925, para las inscripciones administrativas de "derechos, mercedes o concesiones de agua", recalando aún más que estas tres son las posibilidades inscribibles. A través de la segunda, se concede un nuevo plazo para que "los propietarios de derechos, concesiones o mercedes de agua que no hubieren dado cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Ley N<sup>o</sup> 160, procedan a inscribir sus derechos en el Rol de Aguas del Departamento de riego" (art. 1<sup>o</sup>). Entonces, ya no sólo puede haber propiedad sobre los "derechos, concesiones o mercedes", sino que también esta ley considera derechos a los "derechos (por descontado), concesiones o mercedes". Se habla aquí, también de "caducidad de derechos" (art. 2<sup>o</sup>).

Las confusiones terminológicas, lamentablemente, comienzan a hacerse habituales a estas alturas.

5<sup>o</sup>. En 1916, el 7 de septiembre, aparece en el Diario Oficial la Ley N<sup>o</sup> 3.133, sobre neutralización de los residuos provenientes de establecimientos industriales, referido, como reza su título, a la contaminación de las aguas, lo que es, a la vez, una limitación y defensa del ejercicio de los derechos de aguas.

6<sup>o</sup>. En fin, es necesario también traer a colación la Ley de Caminos, de 1931<sup>75</sup>, que, como adelantamos, en sus artículos 7, 8, 9, 10, 13, 14 y 16, se refiere a la materia de aguas, y, especialmente, al tema de los derechos de aguas, y su ejercicio. Pero nuestro interés reside en ciertos conceptos que aquí se expresan. Así, el artículo 7<sup>o</sup>, inciso 1<sup>o</sup>, señala:

"Se prohíbe conducir aguas de particulares por los caminos públicos siguiendo su dirección en ocupar con ellas sus cunetas o fosos de desagües".

Agrega el inciso 3<sup>o</sup>:

<sup>73</sup>Publicada en el Diario Oficial de 21 de diciembre de 1929. Vid. *Recopilación de Leyes*, tomo xvi, p. 80.

<sup>74</sup>Publicada en el Diario Oficial de 7 de septiembre de 1935. Vid. *Recopilación de Leyes*, tomo xxii, pp. 34 y 35.

<sup>75</sup>Publicada en el Diario Oficial de 30 de marzo de 1930, con el N<sup>o</sup> 4.851. Vid. *Recopilación de Leyes*, tomo xvi, pp. 199-201.

"Las obras necesarias para la seguridad de los caminos y su conservación, serán costeadas por los dueños de las mismas aguas".

El artículo 10 señala:

"Los propietarios o beneficiarios de los canales responderán de los perjuicios que las aguas ocasionen en el camino. El Gobernador, de acuerdo con la Junta Departamental, determinará las obras que para la seguridad de los caminos deben ejecutarse en los canales a que se refieren los artículos anteriores, las cuales serán de cargo de los dueños de las aguas.

En el caso de una comunidad o asociación de canalistas, podrá requerirse al presidente o al secretario, y si no está constituida dicha asociación, al que posee la mayor cuota de agua o de regadores, todos los cuales serán personalmente responsables, sin perjuicio del derecho del requerido para repetir por la vía ejecutiva en contra de sus comuneros o condueños por los pagos que haya efectuado, sirviéndole de suficiente título los recibos que dejen constancia de esos pagos".

En esta ley se habla, como en las anteriores, sin hacer ningún distingo, de propietarios de las aguas, como si ésta fuera la situación normal, cuando lo más usual será que las aguas sean de dominio público. Más claro parecería haber sido referirse, simplemente, a derechos de agua.

#### d) Intervención administrativa

El sólo hecho de existir un dominio público sobre la mayoría de las aguas que aprovechan los particulares, ya evidencia una consiguiente intervención de la Administración, la que se manifiesta de diversos modos.

El modo primario de intervención, en esta materia, es la creación de derechos de agua sólo por la vía concesional, éste es un modo amplio de intervención, al que queda sujeto todo aquel que desee aprovechar las aguas. En otras palabras, la Administración interviene en el sector al exigir que se acuda a su sede cuando se desee un título concesional, por medio del cual se configuran, se delimitan, se crean los derechos de agua. Es ésta una potestad, una amplia potestad que involucra, ciertamente, una forma de intervención Adminis-

trativa, de la cual los particulares no pueden sustraerse.

En fin, debe tenerse presente que hay otras formas de intervención, ya sea a través de la fiscalización del uso de las aguas, del fomento para la construcción de obras de regadío, de las potestades de distribución en caso de escasez, etcétera.

Así:

1º. A este respecto, entonces, en el período que expongo, es posible citar la propia Ley de Municipalidades, de 1925 (modificada en 1934), que establecía potestades de intervención bien determinadas a favor de las Municipalidades. Así, el artículo 45, N° 2, de tal ley (en su texto de 1934: artículo 77, N° 2), decía que corresponden a las municipalidades:

“Reglamentar el uso y la construcción, nivelación y limpieza de los desagües, acequias, cloacas, y de los canales y acueductos, impidiendo que en ellos arrojen basuras o desperdicios que puedan obstruir el libre curso de las aguas y producir aniegos, pantanos o lagunas cuya disección procurarán”.

Por otra parte, el artículo 46, N° 9 (78, N° 9, en 1934), decía que corresponde especialmente a las Municipalidades:

“Reglamentar la construcción, el abovedamiento y el uso de pozos, cisternas, acueductos, esclusas, tranques y represas (...)”.

2º. En cuanto a obras de regadío<sup>76</sup> la primera Ley general de regadío es, la N° 2.953, de 9 de diciembre de 1914, y en relación a ella deben mencionarse también una serie de leyes especiales, para determinadas obras de riego y para zonas también determinadas<sup>77</sup>, y los Decretos Leyes N° 445, de 1925, que creó un fondo general de regadío<sup>78</sup> y el Decreto Ley N° 683,

de 1925, complementado por el Decreto Ley N° 683 bis, que autoriza al Presidente de la República para hacer estas inversiones. Luego aparece, en 1928, la Ley N° 4.445, que fija prescripciones a las obras de regadío que se construyen con cargo a la Ley N° 4.303, de 1928<sup>79</sup>.

Es muy interesante el artículo 5º, incisos 1º y 2º de la Ley N° 4.445, de 1928 (el que en el fondo, más bien, debiera ser citado *supra* a), por referirse al tema de ese parágrafo, como se verá que dice:

“Los derechos de agua en uso, permanentes o eventuales, que tengan obras de aprovechamiento, no serán afectados, y sus propietarios quedarán eliminados de todo gravamen que provenga de la construcción de las obras que se ejecuten, sin perjuicio de pagar el que les corresponda por los nuevos regadores que suscribieran.

Los propietarios de derechos de agua que no tengan construidas las obras de aprovechamiento correspondientes, sólo tendrán preferencia en la suscripción de regadores del aumento que proporcionen las nuevas obras que se ejecuten. Pero aquellos que tengan plazos pendientes para ejecutar esas obras, quedarán comprendidos en lo dispuesto por el inciso anterior, si las ejecutaren oportunamente”.

Luego los artículos 9º y 21º, vuelven a referirse a “propietarios de derechos de agua”, y el artículo 22, a “dueños de derechos de agua”. Desde aquí ya se reafirma esta posibilidad de *propiedad sobre derechos*, híbrido dogmático que no analizaremos por ahora.

Así, he revisado, sucintamente, la legislación del período que es posible llamar precodificado, y las principales características que surgen de la normativa.

<sup>76</sup>Véase: Olguín Fuenzalida, Julio, *Legislación sobre construcción de obras de regadío* (Memoria, Santiago, Imprenta “El Esfuerzo”, 1942), 85 p.

<sup>77</sup>Sobre las que no es necesario insistir aquí. Vid. leyes N° 3.130 de 1917, N° 3.182 de 1916, N° 3.314 de 1919,

N° 3.369 de 1918, N° 3.232 de 1917, N° 3.233 de 1917, N° 3.234 de 1917, en fin, la N° 3.621 de 1920.

<sup>78</sup>Publicado en el Diario Oficial de 6 de abril de 1925.

<sup>79</sup>Publicado en el Diario Oficial de 19 de octubre de 1928. Vid. *Recopilación de Leyes*, tomo xv, pp. 251-254.

1. El Código de Aguas de 1951

a) Estructura general

La total tramitación parlamentaria del Código de Aguas duró más de 20 años, e incluso, su puesta en vigencia fue demorada por medio de suspensiones, y sólo en 1951, a través de la

Ley N° 9.909, publicada en el Diario Oficial el 28 de mayo de ese año, se aprueba el texto definitivo del Código de Aguas<sup>80</sup>.

Este Código estaba dividido en dos libros, sin denominación, enunciados sólo como *Libro Primero* y *Libro Segundo*, conteniendo 308 artículos. Su estructura general era la siguiente:

LIBRO PRIMERO

Título I	Disposiciones generales (arts. 1 a 8)	Título VII	De las Juntas de Vigilancia (arts. 159 a 178)
Título II	Del dominio y aprovechamiento de las aguas (arts. 9 a 22)	Título VIII	De las servidumbres en materia de aguas (arts. 179 a 234)
Título III	De la adquisición del derecho de aprovechamiento (arts. 23 a 60)	§ 1.	Disposiciones generales
§ 1.	Reglas generales	§ 2.	De la servidumbre natural de escurrimiento
§ 2.	De las mercedes para bebida de los habitantes, usos domésticos y saneamiento de poblaciones	§ 3.	De la servidumbre de acueducto
§ 3.	De las mercedes para el abastecimiento de ferrocarriles y salitreras	§ 4.	De la servidumbre de estribo de presa, de bocatoma, de descarga y de marco partidor
§ 4.	De las mercedes para regadío	§ 5.	De la servidumbre de camino de sirga
§ 5.	De las mercedes para energía eléctrica	§ 6.	De la servidumbre de abrevadero
§ 6.	De las mercedes para usos industriales, fuerza motriz u otros usos	§ 7.	De la servidumbre de fuerza motriz
§ 7.	De las mercedes de aguas subterráneas	§ 8.	De las servidumbres voluntarias
§ 8.	De las mercedes de aguas medicinales y minero-medicinales	§ 9.	De la extinción de las servidumbres
§ 9.	De las mercedes de aguadas en las provincias de Tarapacá y Antofagasta	Título IX	Del Registro de Aguas y de la inscripción (arts. 235-245)
Título IV:	De los álveos o cauces de las aguas (arts. 61 a 73)	Título X	De la hipoteca de las aguas y de otros gravámenes sobre ellas (arts. 246 a 247)
§ 1.	De los álveos o cauces naturales	Título XI	De la prescripción de los derechos sobre aguas (arts. 248 a 250)
§ 2.	De los álveos de aguas detenidas	Título XII	De las acciones posesorias sobre aguas (arts. 251 a 256)
§ 3.	De los cauces artificiales		
§ 4.	De la concesión de cauces de uso público para conducir aguas de aprovechamiento particular		
§ 5.	Disposiciones especiales		
Título V	De los derrames de aguas (arts. 74 a 80)		
Título VI	De las asociaciones de canalistas y de las comunidades de aguas (arts. 81 a 158)		

<sup>80</sup>Para un recuento detallado de todas las vicisitudes del Código de Aguas, desde 1927 (1° proyecto), hasta 1951 (aprobación definitiva), véase Vergara Blanco, Alejandro, *Historia de la codificación del derecho de aguas en Chile* (en prensa) en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso).

Titulo I	De la concesión de mercedes de agua (arts. 257 a 280)
Titulo II	De la exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales (arts. 281 a 292)
Titulo III	De los juicios sobre las aguas en general (arts. 293 a 294)
Titulo IV	De las multas (arts. 295 a 298)
Final:	Disposiciones especiales (arts. 299 a 302) Disposiciones transitorias (arts. 303 a 309)

Esta estructura sobre todo la del Libro Primero se ha mantenido, casi sin variaciones, hasta el más nuevo Código de Aguas.

#### b) Principios dogmáticos del Código de Aguas de 1951<sup>81</sup>

Ahora, en cuanto a los temas que interesan para esta indagación, el Código de Aguas establecía lo siguiente:

1º. En cuanto al dominio de las aguas, no había gran novedad en relación a lo que señalaba la legislación de aguas vigente, a tal punto que, por ejemplo, con su entrada en vigencia no hubo de derogarse ninguna disposición significativa del Código Civil.

Al tema del dominio de las aguas estaba destinado su título II del Libro Primero, en el que se partía diciendo lo siguiente:

"Las aguas son bienes nacionales de uso público o de dominio particular.

En las primeras se concede a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código" (art. 9).

Enseguida, el artículo 10 del Código de Aguas, señalaba:

"Los ríos y todas las aguas que corren por

cauces naturales son bienes nacionales de uso público.

Exceptuándose las vertientes y corrientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad (...)"

En fin, el artículo 11, señaló:

"Los grandes lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas son bienes nacionales de uso público".

Nos encontramos, entonces, con una continuación de principios ya señalados previamente en el Código Civil, de tal modo que la mayor parte de las aguas seguían siendo públicas, o, en terminología del nuevo Código "*bienes nacionales de uso público*". Se consagraba aquí, lo que en términos dogmáticos es una *publicatio* de las aguas.

2º. Ahora bien, en cuanto al procedimiento concesional, aquel derecho que el artículo 9, inciso 2º del Código, llamó "*de aprovechamiento*", surge sólo en "*conformidad a las disposiciones del presente Código*", a través de la intervención de la Administración.

Así, el artículo 23, inciso 1º del Código, ubicado en el Título III, *De la adquisición del derecho de aprovechamiento*, establecía:

"El derecho de aprovechamiento sólo se puede adquirir en virtud de una merced concedida por el Presidente de la República en la forma que establece este Código. Ninguna otra autoridad tendrá facultad para concederla y ni aún el goce inmemorial bastaría para constituirlo en cauces naturales".

Por tanto, sólo a través de mercedes, que constituía el título concesional, podían crearse derechos de aprovechamiento sobre las aguas, y "*en la forma que establece este Código*". ¿Cuál era tal forma? Era todo el procedimiento concesional establecido en el Libro Segundo, Título I, *De la concesión de mercedes de aguas*, artículos 257 a 280 del Código. En tales disposiciones se consagran todas las formas para obtener un título concesional, desde la petición inicial hasta el decreto de concesión definitiva, en donde es perceptible la sinonimia que se adopta entre los conceptos "*concesión*" y "*merced*" de aguas. Aun cuando persiste el giro tan

<sup>81</sup>Véase Vergara Duplaquet, Ciro, *Bases fundamentales doctrinarias del Código de Aguas*, en Vergara y otros, *Comentarios al Código de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960), I, pp. 52-56, texto que ahora reproducimos en esta Revista.

ambiguo de "concesión de mercedes", en que a "concesión" se le da otro significado, más cercano de "otorgar", de "conceder", y no, estrictamente, de "concesión" como título concesional. Aun cuando persiste el giro tan ambiguo de "concesión de mercedes", en que a "concesión" se le da otro significado, más cercano de "otorgar", de "conceder", y no, estrictamente, de "concesión" como título concesional.

3<sup>o</sup>. Y la gran novedad dogmática que aporta el Código de Aguas de 1951 es el desarrollo del concepto "derecho de aprovechamiento de aguas"<sup>82</sup>. ¿Qué es el derecho de aprovechamiento de aguas? El artículo 12 lo define así:

"El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código".

Esto lo tenemos que cotejar con el artículo 9<sup>o</sup> (vid. *supra*) que recae sobre las aguas públicas (o de "dominio público", como dice correctamente el artículo 12), y que sólo se adquiere en virtud de una merced o concesión de agua, de acuerdo al artículo 23 del mismo Código (vid. *supra*).

Entonces, se cierra el círculo dogmático: a) primero, existe una publicación de la mayor parte de las aguas corrientes; b) segundo, se establece la necesidad de un título obligatorio para adquirir derechos por los particulares: la "merced" o "concesión" de aguas; c) y, tercero, el derecho que se crea por medio de la merced sobre estas aguas públicas, se llama "derecho de aprovechamiento".

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

4<sup>o</sup>. En cuanto a la intervención de la Administración, ella se encuentra consagrada, desde un inicio: es la única con potestades para crear "derechos de aprovechamiento a favor de los

particulares a través de las mercedes" (vid. arts. 23 y 257 y siguientes).

c) Derogación orgánica de la legislación precodificada

El artículo 299 del Código de Aguas de 1951 estableció lo siguiente:

"Desde la vigencia de este Código quedarán derogadas las leyes, ordenanzas y reglamentos preexistentes sobre las materias que en él se tratan, aún en lo que no fueren contrarias a él".

No obstante esta derogación orgánica se reconocen y subsisten los derechos de aprovechamiento anteriores a la vigencia del Código, de acuerdo lo dispone el artículo 300 del mismo.

Es visible, entonces, el ánimo codificador usual de querer fundir en un solo cuerpo legislativo todas las materias relativas a las aguas. Pero esto tiene dos observaciones: a) eso no pasa de ser un buen deseo, lo que luego cambia con la numerosa legislación complementaria que, necesariamente, debe sobrevenir; y b) si bien es posible borrar de un plumazo la legislación anterior o precodificada, como la hemos llamado, ello sólo afectará su vigencia y no su riqueza dogmática, pues ésta ya ha entrado a los anales de los textos histórico-jurídicos, y demostración de lo cual quiero ofrecer en esta investigación.

2. La Ley N° 16.640 y un "nuevo" Código de Aguas en 1967

El primer Código de Aguas chileno, de 1951, tuvo algo más de 25 años de existencia sin que se alterase, para nada, su núcleo dogmático. Un importante cambio se produciría en su texto, y en su espíritu (claramente manifestado en la historia de los antecedentes prelegislativos) en el año 1967, con ocasión de la dictación de la Ley N° 16.640, cuyo texto definitivo examinamos aquí, como si se tratase de un "nuevo" Código de Aguas<sup>83</sup>.

Quizás los temas más álgidos son los relativos a la "propiedad" de las aguas, institución

<sup>82</sup>Cuya inserción en las fuentes, como concepto más depurado, se origina en el Proyecto de Código de Aguas de 1930.

<sup>83</sup>Sobre la historia legislativa de esta Ley N° 16.640, sobre "Reforma Agraria", referida también a otras materias, no puedo entrar aquí, en donde nos interesa el texto legislado, el texto en vigor.

ésta que en la época tuvo un ambiente adverso, en su sentido privado, y esa es la razón por la que es evidente cómo en el nuevo Código, de 1967, se refuerza el concepto de las aguas como dominio público, y se dice que se “cambia la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento”, consintiendo esta nueva naturaleza jurídica “en darle a éste el carácter de un derecho real administrativo”, como rezaba el Mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional proponiendo la aprobación del proyecto de la Ley N° 16.640, sobre “Reforma Agraria”<sup>84</sup>.

La verdad es que, como muchas veces ocurre con la legislación, más que un verdadero cambio de naturaleza jurídica había un cambio de ambiente ideológico que haría pensar al legislador —quizás cándidamente— que puede cambiar la naturaleza jurídica de las cosas o de las relaciones jurídicas, pues las cosas son y seguirán siendo lo que son, y no lo que se quiere que sean. En un trabajo posterior, destinado al estudio de este problema dogmático, volveré sobre este tema, y sobre el impacto real de esta Ley N° 16.640.

Para posibilitar las reformas que esta ley haría al Código de Aguas, previamente, por medio de la Ley N° 16.615, de reforma Constitucional<sup>85</sup>, se había agregado el siguiente inciso (que pasaría, en definitiva a ser el inciso 10°) al artículo 10, N° 10 de la Constitución que regía entonces, desde 1925.

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

parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción”.

Por ahora, siguiendo con la metodología de trabajo elegido, analizaré el contenido esencial de este “nuevo” Código de Aguas, distinguiendo los cuatro aspectos que cubre esta reconstrucción histórica:

#### a) El dominio de las aguas

Antes de revisar el texto legislado, vale la pena consignar el siguiente párrafo del Mensaje del Ejecutivo al proyecto de ley:

“Nuestro país no ha sido una excepción a esta tendencia general y las aguas han sido de “dominio público” a través de todas las etapas de nuestro desenvolvimiento histórico.

En efecto, durante todo el período colonial, las aguas fueron parte integrante del Real Patrimonio; al independizarse nuestro país, esas aguas pasaron de la Corona de España al Estado chileno, incorporándose al dominio público.

El Código Civil, en 1855, ratificó que la mayor parte de las aguas eran de dominio público y, más precisamente, las calificó de bienes nacionales de uso público.

Los bienes nacionales de uso público tienen determinadas características que les son esenciales, como ser intransferibles e imprescriptibles, no admitiendo la existencia sobre ellos de un derecho de dominio privado ni cualquier otro que revista sus características.

El Código de Aguas vigente calificó, también, a la casi totalidad de las aguas como bienes nacionales de uso público, pero el derecho de aprovechamiento que concedió sobre ellas a los particulares tiene la característica de ser comerciable y prácticamente todos los atributos que otorga el dominio, ya que permite gozar, usar y disponer de las aguas.

Si se comparan estas características con las que señalábamos como esenciales a los bienes nacionales de uso público, se verá que son absolutamente contradictorias. El concepto que el Código de Aguas actualmente vigente establece sobre el derecho de aprovechamiento desvirtúa, por consiguiente, la calidad de bienes

<sup>84</sup>Véase en: Cámara de Diputados, *Boletín de Sesiones Extraordinarias* (Santiago, 1965), sesión 23°, p. 2.136 y siguientes. La Biblioteca del Congreso Nacional ha editado un volumen especial con los antecedentes parlamentarios de la Ley N° 16.640. También reproduce el Mensaje, en lo pertinente a las aguas: Vodanovic H., Antonio (dir.), *Código de Aguas* (Colección de Leyes con indicaciones y notas, Santiago, 1969, Editorial Nascimento), p. 7.

<sup>85</sup>Publicada en el Diario Oficial de 20 de enero de 1967.

nacionales de u. público, patrimonio de todos los chilenos, que tienen las aguas.

En este aspecto las modificaciones que se proponen en el presente Proyecto de Ley tienden a salvar las contradicciones señaladas, de manera que las aguas estén sujetas al régimen jurídico que como tales les corresponde, ejerciendo el Estado sobre ellas la tuición que le incumbe, tratándose de un bien de dominio público que debe usarse del modo más racional y eficiente”.

Y, con el apoyo en estas ideas, se introduce el siguiente texto nuevo al Código de Aguas, como artículo 9°.

“Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público.

El uso de las aguas en beneficio particular sólo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad competente, salvo los casos expresamente contemplados en este Código.

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

El régimen de las aguas varía, entonces, convirtiéndose, desde uno parcialmente publicado, a uno totalmente publicado. Todas las aguas pasaban a integrar la categoría de dominio público. Existía, desde aquí en adelante, entonces, una *publicatio* generalizada de las aguas.

El *status* dogmático pasaba a reforzarse, afinándose como un dominio público, imprescriptible (art. 9°, inc. 3°), e inalienable.

Ahora, ¿qué pasaba con las anteriores aguas, que eran de dominio privado?

Este tema, obviamente vinculado con la expropiación (¿o nacionalización?), encontraba solución legislativa en el artículo 10 del nuevo Código (y que ya tenía apoyo para ello en la Constitución, recién reformada por la Ley N° 16.615: *Vid. supra*), que estableció:

“Para el sólo efecto de incorporarlas al dominio público, decláranse de utilidad pública y expropiáanse todas las aguas que, a la fecha de vigencia de la Ley N° 16.640, eran de dominio particular.

Los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento, de conformi-

dad con las disposiciones de este Código, sin necesidad de obtener una merced.

Las indemnizaciones que procedan se regularán de acuerdo con las normas del artículo 32 de este Código”.

#### b) El procedimiento concesional

Al existir, ahora, una *publicatio* generalizada de las aguas, se haría sentir con mayor fuerza la necesidad —imperiosa, desde el punto de vista dogmático— de la existencia de un procedimiento concesional, a través del cual la Administración crea derechos de uso o aprovechamiento a favor de los particulares sobre las aguas; las que, como tales, al constituir dominio público, están excluidas del tráfico jurídico-privado. Quedaba, entonces, un único instrumento de tráfico jurídico-público para crear titularidades privadas: la concesión, o “*merced*”, como la llama la legislación de aguas, y que el Mensaje vincula con una “*concesión administrativa*”.

Así, el artículo 37 del Código no sufre alteraciones, y sigue señalándosele a la merced su papel de creadora de derechos de aguas:

“El derecho de aprovechamiento sólo se puede obtener en virtud de una merced concedida por el Director General de Aguas en la forma que establece este Código (...)”.

#### c) Los derechos de aprovechamiento de aguas

Es por este aspecto que se hacen más interesantes las modificaciones introducidas por la Ley N° 16.640, de 1967, al Código de Aguas. Y para el legislador tenía especial interés normar el aspecto del “derecho” del particular, pues su pretensión era cambiar su naturaleza jurídica, aun cuando fue nada más que una mera pretensión, pues ésta habría sido siempre su naturaleza jurídica. ¿Cómo va a ser cambio lo que siempre, desde el punto de vista dogmático, había sido así? El Mensaje dice:

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

dad creadora sin incertidumbre en cuanto al uso de este recurso esencial.

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

¿Cómo se consagra? A través de su artículo 11, que reemplaza al antiguo artículo 12:

"El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código".

#### d) Administración de las aguas

En fin, el aspecto de la administración de las aguas, o, lo que es lo mismo, de la intervención administrativa que se arroga la Administración, se ve reforzada por el propio ambiente legislativo, por el reforzamiento de la *publicatio*, y la obvia intervención, vía concesión, que tiene la Administración al ser la única que puede crear titularidades jurídicas sobre las aguas.

El propio Mensaje cree que sobre esta base se logra mayores potestades para el Estado, cuando dice:

"Un régimen como el descrito permite al Estado ejercer una efectiva fiscalización sobre la conservación y máxima utilización de las aguas en beneficio de la comunidad".

### 3. Disposiciones constitucionales y legales desde 1976 a 1981

a) En el año 1976, el 13 de noviembre, se publica el Decreto Ley N° 1.552, que contiene el Acta Constitucional N° 3, intitulada "De los derechos y deberes constitucionales".

En su artículo 1° N° 16 inciso final, se establece:

"Un estatuto especial regulará todo lo concerniente (...) al dominio de las aguas".

Nótese que se refiere al dominio de "las aguas", como queriendo decir que habría dominio privado de las aguas (piénsese que el Acta Constitucional estatua "derechos" a favor de los particulares). Pero esta ambigüedad legislativa pronto desaparecería.

Además, su artículo 4° transitorio estableció que mientras no se dicte tal "estatuto especial", mantendría su vigencia la disposición del inciso 10° del artículo 10° N° 10 de la Constitución de 1925<sup>85</sup>. Esto es, las aguas se seguirían rigiendo por las disposiciones vigentes desde 1967. Así, mientras tanto, nada variaba.

b) Sólo tres años después, en 1979, se dictaría el Decreto Ley N° 2.603, que "modifica y complementa el Acta Constitucional N° 3; establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y faculta al Presidente de la República para que establezca el régimen jurídico general de las aguas"<sup>87</sup>.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2° de este Decreto Ley, se faculta al Presidente de la República para que "dicte las normas necesarias para el establecimiento del Régimen General de las Aguas, que modifique o reemplace, total o parcialmente, el Código de Aguas y las demás normas relativas a la misma materia", facultad que luego sería prorrogada en virtud del Decreto Ley N° 3.337, de 1980 y 3.549, de 1980.

En virtud de esta facultad, se dictaría el Código de Aguas actualmente vigente, y cuyo texto fue analizado *supra*, al inicio.

c) En fin, por su importancia, deben consignarse aquí las principales disposiciones contenidas en el Decreto Ley N° 2.603, de 1979, y en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1-2.603, de 1979, que dicta normas sobre enajenación y regularización de los derechos de aprovechamiento, y que es complementario del texto anterior.

<sup>85</sup>Vid. el texto de este inciso décimo, que hemos reproducido *supra*, en esta Segunda Parte, 2.

<sup>87</sup>Cuya importancia ha recalcado, correctamente, algún autor; Cfr.: Dougnac Rodríguez, Fernando, *La "ley" como modo de adquirir el dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas*, en: *II Convención Nacional de Regantes. La Sreña, 29 y 30 de septiembre de 1989* (Santiago, 1989), p. 179.

En el Decreto Ley N° 2.603, se encuentran importantes precisiones.

En primer lugar, en virtud del artículo 1° de este cuerpo legal, se agrega al artículo 1° N° 16° del Acta Constitucional N° 3, el siguiente texto nuevo:

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

Al mismo tiempo, suprimía de dicha Acta Constitucional esa referencia al “*dominio de las aguas*”, por lo cual ya no se hacían las aguas susceptibles de dominio privado, sino que esta propiedad se entendía sobre el derecho.

Los demás artículos del Decreto Ley N° 2.603 regulan y norman los “*derechos de aprovechamiento*”, en que, a la vez, confirma la existencia de estos derechos, y no propiedad privada, sobre las aguas, y les presta protección y seguridad jurídica.

Por su parte, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1-2.603, es muy interesante, pues, junto con definir el “*derecho de aprovechamiento*”, uti-

liza el vocablo “*dominio público*”. Así, su artículo 1° dispone:

“El derecho de aprovechamiento, es un derecho real, que recae sobre aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas, en beneficio particular, con los requisitos y en conformidad a las disposiciones de esta ley”.

d) Es inevitable consignar, en lo pertinente, la Constitución de 1980, que en su artículo 19 N° 24, inciso final, se refiere a las aguas del siguiente modo:

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

Se cierra, así, el círculo dogmático, estableciéndose, con validez constitucional, la “*propiedad*” sobre los “*derechos*” de aguas.

e) Y luego vendría, en 1981, a publicarse el Código de Aguas, cuyos principios básicos quedaron expuestos en la Introducción.

Con este Código se cierra la reciente historia legislativa del Derecho de Aguas en Chile.

*Colofón:* Los textos que conforman la historia del Derecho de Aguas (y que, parcialmente, han sido expuestos a través de todo este trabajo) deben ser necesariamente utilizados en cualquier otro trabajo dedicado al estudio dogmático del Derecho de Aguas. Y esto es así pues, a mi juicio, no es posible estudiar una institución, o todas las instituciones que cubran una disciplina, sin tener claridad sobre la historia de los textos jurídicos que le han dado existencia. Toda la legislación vigente, se tenga conciencia o no de ello, está impregnada de substratos históricos, de los cuales no puede desprenderse, pues constituyen parte de su entidad jurídica, y en la medida en que vayamos conociendo con más detalles estos rastros históricos estibarará el grado de nuestra cultura histórica, de la cual también se nutre el derecho. Por lo demás, sin un predicamento como el señalado no se justificaría ni una sola línea destinada a la historia de los textos jurídicos.