

Carolina de Lourdes Riquelme Salazar

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS
EN ESPAÑA Y CHILE
UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

TESIS DOCTORAL
MENCIÓN INTERNACIONAL

dirigida por la Dra. Lucía Casado Casado

Departamento
de Derecho Público



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI
Tarragona
2013

Posteriormente, y bajo la influencia del ideario establecido en la Constitución española de 1978 que supuso una reivindicación del calificativo de dominio público respecto de ciertos bienes, se procede a dictar la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, la cual desde su Exposición de Motivos pone en claro la intención del legislador en considerar la totalidad de las aguas como bienes de dominio público, salvaguardando los derechos adquiridos conforme a la normativa anterior⁹⁷¹, y para lo cual dispone en su artículo 2 la enumeración de los bienes que constituyen el dominio público hidráulico. Este precepto, finalmente fue incorporado en el actual artículo 2 del TRLA, con matizaciones mínimas⁹⁷², con lo cual, la conformación de las aguas como parte integrante del dominio público se encuentra actualmente vigente.

1.2.2 La evolución del concepto de dominio público hidráulico en Chile: Desde la época colonial hasta nuestros días

Hemos considerado conveniente establecer el punto de inflexión en este momento histórico, debido a que habiendo sido el territorio, que hoy corresponde al Estado de Chile, incorporado al Reino de Castilla, desde ese momento se dio inicio a la formación de un nuevo ordenamiento jurídico el cual también estaba conformado por las normas castellanas. En

⁹⁷¹ Véase el párrafo 5º de la Exposición de Motivos de la Ley 29/1985 de 2 de agosto, de Aguas *“Todas estas peculiaridades, indiscutibles desde el punto de vista científico y recogidas en su doctrina por organismos e instancias internacionales, implican la necesidad de que los instrumentos jurídicos, regulen, actualizadas, las instituciones necesarias, sobre la base de la imprescindible planificación hidrológica y el reconocimiento, para el recurso, de una sola calificación jurídica, como bien de dominio público estatal, a fin de garantizar en todo caso su tratamiento unitario, cualquiera que sea su origen inmediato, superficial o subterráneo. Este planteamiento impone, por tanto, como novedad la inclusión en el dominio público de las aguas subterráneas, desapareciendo el derecho a apropiárselas que concedía la Ley de 1879 a quien las alumbrase. Esta declaración no afecta necesariamente a los derechos adquiridos sobre las aguas subterráneas, alumbradas al amparo de la legislación que se deroga, dado el planteamiento opcional de integración en el nuevo sistema que la Ley establece”*.

⁹⁷² Este tema se encuentra tratado con mayor extensión en el apartado 1 del Capítulo Primero de la Primera Parte de este trabajo. Para un análisis exhaustivo acerca de la evolución de los conceptos de dominio público y privado de las aguas en España, véase: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas*, op. cit., pp. 105-194; PÉREZ PÉREZ, E., *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 39-82.

consecuencia, su aplicación también arrastra sus antecedentes, como lo es el Derecho Romano.

No obstante, la bifurcación se genera, en razón a que el Derecho Antiguo Castellano era solo uno de los elementos integrantes de este nuevo orden jurídico, el cual se ha denominado por los historiadores jurídicos como Derecho Indiano, que regía a la par con el Derecho Municipal (Derecho para las Indias) y con el Derecho Indígena, de carácter consuetudinario⁹⁷³.

Si bien el recurso hídrico, en el Derecho Castellano medieval, constituía un bien de difícil clasificación, tal como lo hemos señalado previamente⁹⁷⁴, dicha dificultad no se manifiesta, por regla general, en su aplicación en el Reino de Chile debido a que en virtud de la Disposición de 14 de septiembre de 1519 de Carlos I, todos los bienes que no reconociesen otro dueño pasaban a considerarse de realengo⁹⁷⁵. Sin embargo, en la práctica, en un inicio los textos indianos difirieron de la normativa castellana considerando a todas las aguas como comunes destinadas al uso común, y solo posteriormente pasan a adquirir la calidad de *iura regalia*.

Una vez decretada la Independencia el día 12 de febrero de 1818⁹⁷⁶, sigue rigiendo el Derecho Indiano, descartándose el hecho de considerar el Derecho de las cosas como *iura regalia*. En consecuencia, subsiste la confusión conceptual, entre cosas públicas y cosas comunes, la que fue observada entre los años 1846 y 1847 en un trabajo presentado en la

⁹⁷³ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁷⁴ Véase el apartado 1.1.3. de este Capítulo *supra*.

⁹⁷⁵ Cfr: DOUGNAC RODRÍGUEZ, A., “Régimen jurídico de las aguas...”, *op. cit.*, p. 51. No obstante tal postura, VERGARA BLANCO advierte que aparecen en distintas fuentes diversas denominaciones para referirse a la naturaleza jurídica del vínculo entre las aguas y su titular: “*iura regalia*”, “bienes comunes”, “cosas comunes”, “bienes del soberano”, “realengos”, “*res publicas*” e incluso “dominio eminente”, queriendo referirse a “dominio público”. Indica además, que esta variedad terminológica evidencia un profundísimo problema dogmático que guarda relación con el dominio y la propiedad y con lo público y lo común, y que hasta el día de hoy dividen a la doctrina. Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 106.

⁹⁷⁶ Reconocida por España tardíamente, el 24 de abril de 1844.

Gaceta de los Tribunales, por un autor cuya identidad no se ha podido establecer a lo largo de los años. Tal autor expresa que es imperativo determinar a quién le corresponde el dominio de las aguas, el cual aboga por la publicación de las “aguas vivas” o corrientes, entendiéndola como la incorporación de estos bienes al “patrimonio común de la especie humana”, y permitiendo que la “aguas muertas” sean sometidas al régimen de dominio privado⁹⁷⁷. Indudablemente, llama la atención la distinción precoz entre aguas vivas y muertas verificadas por este autor anónimo, la cual solo posteriormente, el año 1866, sería establecida en la Ley de Aguas de España.

La evolución en el tratamiento de las aguas, a partir de este momento, a pesar de haberse desvinculado de la normativa española en lo formal a raíz de la independencia, en lo material, esta aún es recogida por la doctrina chilena en consideración a su carácter de Derecho comparado. Ello se confirma, en virtud de la publicación de la parte doctrinaria de la voz “Agua” de la Enciclopedia española de Derecho y Administración, de Arrazola en la Gaceta de Tribunales, con el fin de servir de orientación a los legisladores de aguas de la época⁹⁷⁸.

No obstante que el legislador haya observado la tendencia del Derecho español, en esta materia, termina por decantarse por el Derecho francés para regular el dominio de las aguas, tal como se desprende de las disposiciones correspondientes del Código Civil chileno de 1855⁹⁷⁹, en los que se considera factores como la navegabilidad y la calidad de ribereño para su determinación. Así, pertenecen al dominio público: los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, los grandes lagos navegables, y las aguas pluviales no canalizadas; y pertenecen al dominio privado: las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, los pequeños

⁹⁷⁷ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 132.

⁹⁷⁸ Cfr.: *Ibid.*, pp. 134 y ss.

⁹⁷⁹ El que comenzaría a regir desde el 1º de enero de 1857.

lagos no navegables, las que corren por cauces artificiales, las aguas pluviales canalizadas⁹⁸⁰.

La primera codificación del Derecho de Aguas en Chile, del año 1951, en nada dista de lo establecido en el Código Civil respecto al dominio del recurso hídrico. Esta situación cambia rotundamente en virtud de la promulgación de la Ley 16.640/1967, sobre Reforma Agraria, de 28 de julio, que dispuso por primera vez en Chile, que todas las aguas del territorio nacional pasarían a ser consideradas bienes nacionales de uso público⁹⁸¹, la que fue incluida en el Código de Aguas de 1969, en virtud del su artículo 9, procediendo a expropiar las aguas que eran de dominio privado, conforme a la disposición de su artículo 10⁹⁸².

Esta publicación generalizada de todas las aguas, se mantiene hasta el día de hoy, conforme las disposiciones actuales del Código Civil⁹⁸³, y del Código de Aguas⁹⁸⁴, que señalan que se trata de bienes nacionales de uso público⁹⁸⁵.

Conforme se ha podido apreciar, tanto la legislación de España como la de Chile han adoptado la teoría de la *publicatio*. Sin embargo, la conceptualización que se le otorga a aquellos bienes que son objeto de esta *publicatio* ha sido distinta. La normativa española se ha decantado por el concepto de “dominio público” y la chilena por el concepto de “bienes

⁹⁸⁰ Véase los artículos 595, 596, 837 y 838 del texto original CCCh (disposiciones actualmente derogadas).

⁹⁸¹ Véase el artículo 94 inciso 1º de la Ley 16.640/1967, sobre Reforma Agraria, de 28 de julio.

⁹⁸² Ministerio de Justicia. Decreto 162/1969, de 12 de marzo, que fija el texto sistematizado del Código de Aguas.

⁹⁸³ Artículo 595 del Código Civil chileno: “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”.

⁹⁸⁴ Artículo 5 del Código de Aguas: “*Las aguas son bienes nacionales de uso público (...)*”.

⁹⁸⁵ Se ha entendido por la doctrina que el legislador ha subsumido al dominio público bajo el concepto de “bienes nacionales de uso público” o “bienes que deben pertenecer a la nación toda”. Cfr: ZÚÑIGA URBINA, F., “Constitución y dominio público” *Ius et Praxis*, nº 11 vol. 2, 2005, p. 91. Para una referencia más general acerca de la evolución del concepto véase el apartado 1 del Capítulo Primero del la Segunda Parte *supra*.

nacionales de uso público”. A este respecto, CELUME BYRNE ha entendido que la óptica observada por el legislador chileno se caracteriza por la ausencia del vínculo subjetivo y por la elevación del teleológico. Es decir, la conceptualización de “bienes nacionales de uso público”, en contraposición al concepto de “dominio público” atiende más al cumplimiento de un fin público que a su asignación a la Administración bajo un vínculo dominical⁹⁸⁶. En nuestro parecer, tal diferencia no genera mayores implicaciones, debido a que en ambos casos se persigue el mismo objetivo: la protección de ciertos bienes mediante su exclusión del ámbito de susceptibilidad de adquisición por parte de los particulares, configurándolos como bienes inapropiables y, por ende, *res extra commercium*, con el fin último de resguardar el interés general de la sociedad, el medio ambiente⁹⁸⁷ y el bien común⁹⁸⁸.

Aparentemente, la denominación que cada ordenamiento jurídico ha elegido a este respecto, obedece a factores exógenos que tuvieron en consideración los legisladores de los respectivos Códigos Civiles. Si bien es cierto que ambos siguieron los principios liberales contenido en el Código demanial francés de 1790 y del Código napoleónico de 1804, el codificador civil español replicó el concepto de “*domaine public*”. En cambio, el codificador civil chileno, aún cuando recoge los ejemplos referido a este “*domain public*”, le otorga una denominación distinta con el objeto de fortalecer la idea de que se trata de bienes que “están publicados para posibilitar y regular el libre, equitativo e igualitario acceso de los particulares a su uso común o a su explotación privativa, según sus finalidades y vocaciones.”⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶ Cfr: CELUME BYRN, T. A., “El mercado chileno de derechos de aprovechamiento de aguas y su coexistencia con la lógica pública de las aguas corrientes”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Usos del agua. Concesiones, autorizaciones y mercados del agua*, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, p. 296, ([en prensa](#)).

⁹⁸⁷ Respecto a la finalidad de protección del medio ambiente véase: BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones de Derecho ... op. cit.* y DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural*, Barcelona, Cedecs, 2000.

⁹⁸⁸ Véase *supra* el apartado 1 del Capítulo I de la Primera Parte, y el apartado 1 del Capítulo I de la Segunda Parte.

⁹⁸⁹ VERGARA BLANCO, A., “Naturaleza jurídica ...” *op. cit.*, p. 81.

A nuestro juicio, ninguno de tales conceptos es mejor que el otro, debido a que ambos quieren significar lo mismo. Ahora bien, si a la semántica debiéramos referirnos, consideramos que sería más apropiado tratar a estos bienes objetos de la *publicatio*, como una “especie de propiedad pública”, más que “dominio público” o “bienes nacionales de uso público”. De este modo, se evitaría confundir la voz “dominio”, con el derecho real, que permite a su titular usar, gozar y disponer de la cosa, propio del Derecho civil, que de modo alguno corresponde a la finalidad perseguida por el legislador administrativista⁹⁹⁰. Asimismo, se evitaría utilizar el vocablo “nacional”, que deriva, a su vez, del concepto de “Nación”, que denota una idea más bien romántica y que se encuentra más vinculada al Derecho Internacional Público. Además, que la “especie de propiedad pública” permita el uso público, sea este común o privativo, es una característica que le es inherente y que no necesita ser expresada en el propio concepto.

La inclinación hacia el concepto de “especie de propiedad pública”, la fundamentamos en el razonamiento que sigue GUZMÁN BRITO⁹⁹¹, y en la teoría funcionalista de este denominado “dominio público”. El autor se enfoca en el significado del vocablo “propiedad”, que hace referencia a algo que es “propio de”, una especie de titularidad, que, a su vez, conforme a la teoría funcionalista no significa dotar a una persona – la Administración pública – de la calidad de dueño de los bienes públicos, sino que de la potestad para sacar determinados bienes de la esfera de la apropiabilidad, con la finalidad de protegerlos y ordenar su utilización⁹⁹², en virtud del interés general⁹⁹³.

⁹⁹⁰ En caso alguno significa que el Estado está facultado para usar, gozar y disponer de los bienes de “dominio público” de forma exclusiva y excluyente.

⁹⁹¹ Cfr: GUZMÁN BRITO, A., *Las cosas incorporales... op. cit.* p. 146-151.

⁹⁹² Lo que incluye la facultad de establecer aprovechamientos privativos sobre los mismos.

⁹⁹³ Cfr: VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho Administrativo ...*, *op. cit.*, p. 32-33.