

RU 284709.

MAG  
Z61 p  
2011



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO  
MAGÍSTER EN DERECHO  
("LEGUMMAGISTER")



**Programa de Magister Universidad de Valparaíso**

**Tesis de Derecho de Aguas**

**La prescripción adquisitiva del derecho de  
aprovechamiento de aguas**



Nombre del autor: Abraham Alexi Zett Urzúa.  
Nombre del Profesor Guía: Ricardo Saavedra Alvarado  
Diciembre de 2011

CONTENIDO

CAPITULO I  
CONCEPTO GENERAL

- 1.1 - Definición de Agua
- 1.2 - Clasificación de las Aguas

*"A la memoria de mi querido padre"*

- 2 - La Origen del Sistema de Agua
- 3 - El Sistema de Agua
- 3.1 - Descripción General
- 3.2 - El Sistema de Agua
- 3.3 - La Red de Agua
- 3.4 - Primer Plano
- 3.5 - Segundo Plano
- 3.6 - Tercer Plano
- 3.7 - Cuarto Plano
- 3.8 - Quinto Plano
- 3.9 - Sexto Plano
- 3.10 - Séptimo Plano
- 3.11 - Octavo Plano
- 3.12 - Noveno Plano
- 3.13 - Décimo Plano

4. Importancia de las Aguas

5. Dirección del Sistema de Agua

CAPITULO II

6. METODOS DE APROVECHAMIENTO

- 7 - Definición de Aprovechamiento
- 8 - Clasificación de Aprovechamiento
- 9 - Tipos de Aprovechamiento
- 10 - Aprovechamiento de Agua
- 11 - Aprovechamiento de Agua
- 12 - Aprovechamiento de Agua
- 13 - Aprovechamiento de Agua
- 14 - Aprovechamiento de Agua
- 15 - Aprovechamiento de Agua
- 16 - Aprovechamiento de Agua
- 17 - Aprovechamiento de Agua
- 18 - Aprovechamiento de Agua
- 19 - Aprovechamiento de Agua
- 20 - Aprovechamiento de Agua
- 21 - Aprovechamiento de Agua
- 22 - Aprovechamiento de Agua
- 23 - Aprovechamiento de Agua
- 24 - Aprovechamiento de Agua
- 25 - Aprovechamiento de Agua
- 26 - Aprovechamiento de Agua
- 27 - Aprovechamiento de Agua
- 28 - Aprovechamiento de Agua
- 29 - Aprovechamiento de Agua
- 30 - Aprovechamiento de Agua
- 31 - Aprovechamiento de Agua
- 32 - Aprovechamiento de Agua
- 33 - Aprovechamiento de Agua
- 34 - Aprovechamiento de Agua
- 35 - Aprovechamiento de Agua
- 36 - Aprovechamiento de Agua
- 37 - Aprovechamiento de Agua
- 38 - Aprovechamiento de Agua
- 39 - Aprovechamiento de Agua
- 40 - Aprovechamiento de Agua
- 41 - Aprovechamiento de Agua
- 42 - Aprovechamiento de Agua
- 43 - Aprovechamiento de Agua
- 44 - Aprovechamiento de Agua
- 45 - Aprovechamiento de Agua
- 46 - Aprovechamiento de Agua
- 47 - Aprovechamiento de Agua
- 48 - Aprovechamiento de Agua
- 49 - Aprovechamiento de Agua
- 50 - Aprovechamiento de Agua
- 51 - Aprovechamiento de Agua
- 52 - Aprovechamiento de Agua
- 53 - Aprovechamiento de Agua
- 54 - Aprovechamiento de Agua
- 55 - Aprovechamiento de Agua
- 56 - Aprovechamiento de Agua
- 57 - Aprovechamiento de Agua
- 58 - Aprovechamiento de Agua
- 59 - Aprovechamiento de Agua
- 60 - Aprovechamiento de Agua
- 61 - Aprovechamiento de Agua
- 62 - Aprovechamiento de Agua
- 63 - Aprovechamiento de Agua
- 64 - Aprovechamiento de Agua
- 65 - Aprovechamiento de Agua
- 66 - Aprovechamiento de Agua
- 67 - Aprovechamiento de Agua
- 68 - Aprovechamiento de Agua
- 69 - Aprovechamiento de Agua
- 70 - Aprovechamiento de Agua
- 71 - Aprovechamiento de Agua
- 72 - Aprovechamiento de Agua
- 73 - Aprovechamiento de Agua
- 74 - Aprovechamiento de Agua
- 75 - Aprovechamiento de Agua
- 76 - Aprovechamiento de Agua
- 77 - Aprovechamiento de Agua
- 78 - Aprovechamiento de Agua
- 79 - Aprovechamiento de Agua
- 80 - Aprovechamiento de Agua
- 81 - Aprovechamiento de Agua
- 82 - Aprovechamiento de Agua
- 83 - Aprovechamiento de Agua
- 84 - Aprovechamiento de Agua
- 85 - Aprovechamiento de Agua
- 86 - Aprovechamiento de Agua
- 87 - Aprovechamiento de Agua
- 88 - Aprovechamiento de Agua
- 89 - Aprovechamiento de Agua
- 90 - Aprovechamiento de Agua
- 91 - Aprovechamiento de Agua
- 92 - Aprovechamiento de Agua
- 93 - Aprovechamiento de Agua
- 94 - Aprovechamiento de Agua
- 95 - Aprovechamiento de Agua
- 96 - Aprovechamiento de Agua
- 97 - Aprovechamiento de Agua
- 98 - Aprovechamiento de Agua
- 99 - Aprovechamiento de Agua
- 100 - Aprovechamiento de Agua



## INDICE

<b>INTRODUCCION</b>	6
<b>CAPITULO I: CONTEXTO GENERAL</b>	
1.- Concepto de Aguas	7
2.- Clasificación de las Aguas.	8
3.- Naturaleza del Agua.	9
4.- La Cuestión del Dominio del Agua	9
4.1.- Derecho Romano.	9
4.2.- Derecho Español	10
4.3.- El Derecho Indiano	14
4.4.- La República	17
4.4.-1.- Primer Periodo.	17
4.4.2 . Código Civil 18	
4.4.3.- Código de Aguas de 1951	20
4.4.4.-Código de Aguas de 1967	21
4.4. 5.-Periodo Intermedio	22
4.4. 6.-Código de Aguas Actual	22
5.- Importancia de las Aguas.	23
6.- Situación del Agua en el Contexto Internacional.	24
<b>CAPITULO II EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS</b>	
1.- Evolución del Concepto del Derecho de Aprovechamiento de Aguas.	25
2.- Características del Derecho de Aprovechamiento de Aguas.	27
2.1.- Es un Derecho Real	27
2.2.- Derecho Real Mueble.	28
2.3.- Derecho Principal.	29
2.4.- Es un Derecho Real Recae Sobre Cosa Ajena	29
2.5.- Es de Libre Disposición.	29
2.6.- Es un Derecho Sujeto a Medida	30
2.7.- Es Un Derecho que Goza de una Especial Protección	30
2.8.- Es Un Derecho Principal que Trae Consigo Otros Derechos	30
2.9.- Es Un Derecho Respecto del Cual Opera un Gravamen Por el Sólo Ministerio de La Ley.	31
2.10.- Solidaridad Pasiva.	31
2.11.- Derecho Indefinido	31
3.- Clasificación del Derecho de Aprovechamiento.	32

3.1.- Dependiendo del Tipo de Aguas sobre que ejerce	32
3.2.- Clasificación Conforme a su naturaleza.	33
3.3.- Clasificación en Cuanto a su Ejercicio <sup>34</sup>	
3.4.- Clasificación de Acuerdo al Tiempo de Ejercicio	35
3.5.- Clasificación según su Inscripción.	36

### **CAPITULO III**

#### **MODOS DE ADQUIRIR LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS**

1.-Introducción	38
2.- Modos Derivativos.	38
2.1.- Sucesión Por Causa de Muerte	38
2.2.- La Tradición	39
3.- Modos Originarios	41
3.1.- Ocupación	42
3.2.- La Accesión	42
3.3.- La Ley	43
3.4.- Los Pozos Domésticos	44
3.5.- Aguas Pluviales.	44
3.5.1.- Aguas que Caen Dentro del Predio	45
3.5.2.- Aguas Lluvias del Camino	45
3.6.- Expropiación	46
3.7.- Las Aguas Indígenas	46
4.- Acto de Autoridad	46
4.-1.Conforme al Procedimiento de los artículos 140 y siguientes del Código Aguas.	47
4.2.- Mediante Remate.	50

### **CAPITULO IV**

#### **LA PRESCRICION COMO MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS**

1.-Reseña Histórica de la Prescripción como Modo de Adquirir	51
2.-Los Elementos de la Prescripción del Derecho de Aprovechamiento de Agua.	53
2.1.-LaCosa.	53
2.2.-LaPosesión	56
2.3.-Plazo	57
3.- Particularidades que presente el Modo.	57
3.1.- En Cuanto a la Cosa	57
3.1.1.- La Prescripción y la Clasificación del Derecho de Aprovechamiento de Agua conforme al Código de Agua.	58
3.1.2.- La Prescripción y la Clasificación de los Derechos de Aprovechamiento conforme a su inscripción.	59
3.1.2.1.- Derechos de Aprovechamiento de Agua No inscrito	59
3.1.2.2.- Derechos de Aprovechamiento de Agua Inscrito	63

3.2.- La Posesión y las Facultades del Derecho de Aprovechamiento de Agua.	64
3.3.- Plazo	65
4.- Tipo de Prescripción	66
5.- Funciones de la inscripción	66
6.- La Prescripción y la Jurisprudencia	67
6.1.- Jurisprudencia Nacional	67
6.2.- Jurisprudencia Internacional	70
7.-La Prescripción y el Mercado de las Aguas	71
<b>CONCLUSIONES</b>	73
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	74

## INTRODUCCION

Con este trabajo, se pretende dar cuenta que un modo idóneo de adquirir el derecho de aprovechamiento de agua, es la prescripción adquisitiva.

Así podremos, apreciarlo a través de la evolución desde el derecho español hasta nuestros días. También daremos cuenta los distintos criterios que nuestro legislador ha tenido respecto de la institución desde negar absolutamente la procedencia de ella, como ocurre en el Código de Aguas de 1967, pasando por el Código de Aguas de 1951, que si lo permitía, hasta llegar al sistema poco claro que existe en la actualidad en el Código de Aguas.

Es importante que el Estado de Chile, asuma en esta materia el rol que le corresponde, si el agua es un bien nacional de uso público y por ende de propiedad de toda la nación, es imprescindible que se establezca de una manera cierta y definitiva cuantos derechos de aprovechamiento de aguas realmente existen. Para ello no sólo bastara crear un Registro Público que de cuenta de los derechos existentes y los no inscritos, creo que debe existir absoluta certeza en la materia y debe procederse a regularizar todos los derechos de aprovechamiento de aguas existentes, inscribiéndolos en los Registro de Propiedad de Aguas de los Conservadores de Bienes Raíces, además del Catastro que lleve la Dirección General de Aguas.

Si el derecho de aprovechamiento otorga a su titular el uso, goce y disposición de él, debemos saber cuántos derechos existen, toda vez que por medio de este instrumento jurídico se usa y goza un bien nacional de uso público, uso que además es gratuito. Además, si nuestro legislador creó un mercado de agua, la única forma para que opere éste en forma eficiente, es que exista certeza de que cantidades de derechos de aprovechamiento de aguas existen en este mercado, en buenas cuentas es dar certeza sobre la oferta.

Para este autor, no cabe duda que la prescripción es un modo de adquirir el derecho de aprovechamiento, y ello emana no solo del análisis exegético de la normativa, sino de la realidad de nuestro país, existe en diversas partes y por diversas razones un uso consuetudinario de las aguas, es por ello que el legislador estableció una normativa que permite su regularización y que en la Ley Indígena expresamente debió señalar que las aguas son de dichas comunidades por haberlas adquiridas por prescripción en buenas cuentas. Esto es, producto de la absoluta conciencia de nuestras autoridades que el derecho de aprovechamiento de agua, se adquiere ya sea en forma original o cuando existe título inscrito por medio de la prescripción adquisitiva.

La importancia del agua y de su presencia en el hombre en el devenir de los tiempos, llevará a afirmar a un reconocido cantautor catalán ( El Hombre y el Agua, Joan Manuel Serrat) *“ Si el hombre es un gesto, el agua es la historia. Si el hombre es un sueño, el agua es el rumbo. Si el hombre es recuerdo, el agua es memoria. Si el hombre está vivo, el agua es vida”*

# CAPITULO I

## CONTEXTO GENERAL

### 1.- Concepto de Agua.

Dado el tema del que me hare cargo en esta tesis, lo primero que se hace necesario abordar es consensuar lo que entenderemos por el concepto de agua, ya que, en nuestra legislación no existe una definición al respecto, en consecuencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil debemos llegar a su sentido natural y obvio, por ende, recurrir a la definición dada por el Diccionario de La Real Academia de La Lengua Española, que establece entre otras acepciones las siguientes definiciones: “Substancia formada por la combinación de un volumen de oxígeno y dos de hidrógeno, líquida, inodora, insípida, en pequeñas cantidades incolora y verdosa o azulada en grandes masas. Es el componente más abundante de la superficie terrestre y más o menos puro, forma la lluvia, las fuentes los ríos y los mares; es parte constituyente de todos los organismos vivos y aparece en compuestos naturales; y, como agua de cristalización en muchos cristales.” A lo anterior, se suma otra acepción, que agrega una nueva perspectiva, señalando que “refracta la luz, disuelve muchas sustancias, se solidifica por el frío, se evapora por el calor y más o menos puro forma la lluvia, los manantiales, los ríos y los mares”.

Ahora bien, nuestro Código de Aguas, regula sólo las aguas terrestres, según se establece en el artículo 1° excluyendo expresamente las aguas marítimas, y a su vez, a nuestro entender dentro de las terrestres, sólo se refiere a las aguas que se encuentran en estado líquido, pero no contiene ninguna norma que se refiera a las aguas en estado gaseoso o sólido. Por otra parte, al analizar el artículo 2° del Código de Aguas, que señala que las aguas terrestres son superficiales o subterráneas, con relación a las primeras, señala que son aquéllas que se encuentran a la vista del hombre y que a su vez, pueden ser corrientes o detenidas; definiendo como aguas corrientes las que escurren por cauces naturales o artificiales y como detenidas, aquellas que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales. A continuación, enumera una serie de lugares donde se acumulan aguas, aún así, todos suponen que ello se realice en estado de líquido.

En efecto, bajo mi concepto, el Código de Aguas no asume el supuesto que el agua pueda encontrarse en estado sólido o gaseoso, ni contiene una regulación sobre el aprovechamiento de estas aguas y la constitución de un derecho de aprovechamiento de ellas en dicho estado. Dicha conclusión, se encuentra avalada en la observación de toda la regulación que entrega este cuerpo legal respecto de la aguas, en lo que dice relación a la adquisición del derecho de aprovechamiento de aguas, la forma en que debe medirse, su protección, los procedimientos que se contemplan, las funciones y atribuciones que debe cumplir la Dirección General de Aguas, entre otros.

Dicha situación debe ser remediada, y de alguna manera, así lo ha entendido la autoridad, toda vez que en el Mensaje Presidencial 1774-357 de 6 de enero de 2010, se

elimina el inciso final del artículo 19 No.24 de la Constitución Política de la República, que dispone en lo pertinente, “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 agregan tres incisos al artículo 19 No. 23 que serán del siguiente tenor: “Las aguas son bienes nacionales de uso público, *cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares.*” A mi entender existió entonces, de esta manera, un reconocimiento expreso de nuestras autoridades, en el sentido que el ordenamiento jurídico no regula los diversos estados en que se pueden encontrar las aguas y los lugares, al extremo que señala expresamente que se incluye los glaciares.

En síntesis, la adquisición de un derecho de aprovechamiento de aguas, respecto de éste en estado sólido o gaseoso, no se encuentra regulado, ni contemplado como una posibilidad. Por consiguiente, sería perfectamente factible que debido a lo anterior alguien tomase posesión de un glaciar y cortase un trozo de hielo de éste para posteriormente darle otro uso, lo mismo en el caso de aprovechamiento del uso del vapor de un geiser con cualquier fin determinado para ambos casos., sin tener que constituir un derecho de aprovechamiento en los términos que se establecen en el Código de Aguas. Al respecto, también debo agregar que el Código de Aguas no contiene una regulación de todas las aguas terrestres, pues existen otras aguas que se encuentran sometidas a un estatuto especial, como son las aguas destinadas a los servicios sanitarios, el aprovechamiento de las aguas servidas, minerales y medicinales.

## 2.- Clasificación de las Aguas en el Código.

El Código regulatorio de esta materia nos entrega una clasificación de las aguas, la que se encuentra contenida en los artículos 1º y 2º. Al respecto, distingue entre aguas marítimas, terrestres y pluviales, siendo estas últimas las que provienen directamente de las lluvias y que serán marítimas o terrestres dependiendo del lugar donde precipiten. En todo caso, la regulación contenida en el Código de Aguas sólo se refiere a las aguas terrestres, las que se clasifican a su vez, en superficiales o subterráneas; son superficiales las que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas, según se consigna en el artículo 2º.

Las aguas superficiales a su vez admiten una sub clasificación en aguas detenidas o corrientes; son aguas detenidas, las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, estanques, entre otros; aguas corrientes, por otra parte, son aquéllas que escurren por cauces naturales o artificiales.

Según mi parecer, contrario a lo aseverado por otros autores Guzmán y Ravera y Francisco Segura Riveiro, en su Estudio de las Aguas en el Derecho Chileno, ob. Cit. Pag.36, el Código no contempla que las aguas subterráneas puedan ser corrientes o detenidas, y así expresamente lo señala en el artículo 2º, pese a que los estudios técnicos revelan la efectividad de esa circunstancia y que el propio Código de una manera tácita da a entender esta posibilidad en el artículo 3º, al elaborar el concepto de Cuenca, y señalar dentro de otras, las aguas subterráneas que afluyen a ella, vale decir que escurren.

Por otra parte, aunque no constituye propiamente una clasificación, el Código se refiere a los derrames, como las aguas que quedan abandonadas después de su uso, a la salida del predio y las aguas que se obtienen de un sistema de drenaje sea éste natural o artificial.

### 3.- Naturaleza del Agua.

El agua debe considerarse como un bien corporal, pues es un ser real que puede ser percibido por los sentidos, como es el tacto, gusto, olfato, y vista. Aunque, siempre se sostuvo que el agua tenía las características de insípida, inodora e incolora, ello no significa que no tuviera materialidad.

Previo al análisis, tras una larga discusión que a nuestro entender se encuentra superada, daremos cuenta de su naturaleza, donde el Código de Aguas señala que las aguas son bienes muebles y así expresamente lo señala en el artículo 4°, pero agrega que se reputan inmuebles si se encuentran destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.

Respecto de esta calificación, debo señalar que las aguas que se encuentran destinadas a un predio, para su cultivo, son consumidas en dicha actividad, por lo tanto desaparecen materialmente y se incorporan al predio a cuyo beneficio y cultivo se encuentran destinada.

Por lo demás, esta calificación no sería más que la formulación expresa efectuada en el artículo 570 del Código Civil, toda vez que no obstante la naturaleza de la cosa mueble, en razón de estar destinado en forma permanente al uso, beneficio y cultivo de un inmueble, pese a que puedan separarse sin detrimento se reputan inmueble, por estar afectas a un destino específico servir a un predio, vale decir se trata de un inmueble por destinación.

Esta materia resulta relevante para los efectos de su enajenación, pese a que se reputan inmuebles por estar destinada al uso, beneficio y cultivo de un predio, si éste se enajena, las aguas deben ser enajenadas en forma expresa y de forma separada, según se indica en el artículo 113 y 114 del Código de Aguas.

No cabe duda que las aguas en sí, constituyen un bien mueble, toda vez que pueden ser transportadas de un lugar a otro, y más aún pueden pasar de un estado a otro, como es de sólido a líquido, de gaseoso a líquido, de gaseoso a sólido, y viceversa.

Como señalamos con anterioridad, durante mucho tiempo se discutió respecto de la naturaleza jurídica de las aguas, pues habían quienes sostenían que era muebles y otros que era inmuebles, la cuestión quedó resuelta con la dictación de la Ley No.2.139, que las declaró muebles. Este criterio que fue recogido por la posterior legislación sobre la materia, hasta nuestro actual Código de Aguas.

### 4.- La Cuestión del Dominio de las Aguas.

Este tema ha tenido a través de la historia una larga evolución, que trataremos de resumir en las páginas siguientes.

#### 4.1.- Derecho Romano:

Ya en el Derecho Romano, el agua era considerada una “res publicae”, vale decir, no era objeto de dominio privado. Las aguas corrientes eran de dominio común y los ríos tenían un carácter público. En el Texto de Alejandro Vergara Blanco, Derecho de Aguas, Tomo I, Edt. Jurídica de Chile, pag.30. Este autor distingue en su análisis entre el dominio y el aprovechamiento de las aguas en los tiempos de los romanos, y concluye, respecto del aprovechamiento, que existían limitaciones, pues el agua era pública y se podían constituir concesiones sobre ellas, distinguiendo entre el periodo romano clásico y el postclásico, en este último se refiere al Teodosiano y Justiniano.

Se aprecia en el desarrollo del derecho romano, que es en él donde se sientan las bases de las diversas instituciones que constituirán el derecho de aguas posteriormente, ya que, aborda el tema del dominio de agua, su uso, las servidumbres, las obligaciones para los usuarios de ellas, y diversas otras materias. En este sentido, especial mención merecen los interdictos romanos que tenían por objeto proteger que con el uso de las aguas no se causare perjuicios a terceros.

Este criterio es compartido también por el profesor Francisco Segura Rivero, en su obra Derecho de Aguas Legal Publishing , pag.4, donde señala “ Este sistema ideado por los juristas romanos permaneció en el tiempo, y como en muchas otras materias, constituye la base esencial del derecho moderno de aguas”.

#### 4.2.- Derecho Español

Siguiendo la historia sobre la materia, debo dar cuenta brevemente de nuestro antecesor, El Sistema Jurídico Español. En él, el agua fue considerada de dominio del Rey, sin que existiera una separación entre la persona del Rey y el Jefe de Estado. No obstante al llegar el derecho Justiniano a España, surge la distinción entre lo público y lo privado, tomando fuerza el concepto de realengo, que significa que este tipo de bienes siguen siendo de dominio de la Corona, o del Rey, pero no ya como persona, sino de la monarquía.

Al decir de Alejandro Vergara Blanco, en Derecho de Agua, (Tomo I, pag. 48), la primera ley que se refiere a la materia, la encontramos en la ley que dictó Alfonso VII, en las Cortes de Nájera, y que sería del siguiente tenor “ *Todas las aguas, é pocos salados que son para facer sol, é todos las rentas dellas, rindan al Rey, salvo las que dió el Rey por privilegio, ó las ganó alguno por tiempo en la manera devía*” destacando que este autor hace el seguimiento de la norma referida a través de los años y señalando que estos conceptos fueron recogidos en las leyes posteriores y cita al efecto ORC.6,1,8, luego en la Nueva Recopilación del año 1567, para luego recogerla en la Recopilación de 1805, codificándose con otra ley del Fuero de Nájera referida a las minas, al establecer lo siguiente:

*“Todas las mineras de plata y oro y plomo, y de otro cualquier metal, de cualquier cosa que sea, en nuestro Señorío Real pertenecen a Nos, por ende ninguno se osado de las labrar sin nuestra especial licencia y mandado: y asimismo las fuentes y pilas y pozos salados, que son para facer sal, nos pertenecen: por ende mandamos, que recudan á Nos con las rentas de todo ello; y que ninguno sea osado de se entremeter en ellas, salvo a*

*aquellos á quien los Reyes pasados nuestros progenitores ó Nos los hubiésemos dado por privilegio, o las hubiesen ganado por tiempo inmemorial.”*

Siguiendo a este mismo autor en la evolución histórica, señala que las aguas eran una regalía del rey, con la que éste obtenía rentas, y que se perfilaría más adelante en el sentido de quedar establecido que las aguas eran de dominio de los reyes. Por consiguiente, quedaba la “concepción dominical pública de todas las aguas susceptibles de aprovechamientos particulares”. Esto lleva a afirmar que esta evolución es coherente con la última parte de la evolución del derecho romano, y el desarrollo del derecho común, toda vez que las aguas eran una regalía y no parte del patrimonio de los reyes.

Ello trajo como consecuencia, que se estableciera un procedimiento concesional, pues era necesario el otorgamiento de un privilegio del rey para su aprovechamiento y el pago de una renta.

También afirma el autor citado, que como consecuencia de lo anterior, el derecho que adquirirían los particulares estaba sujeto a las dos condiciones anteriores, vale decir que las aguas pertenecían al rey y que éstas se podía utilizar siempre y cuando se pagaran las rentas, debiendo el rey respetar la condición mientras ello ocurriera y se mantuviera. Así se termina afirmando, que estas condiciones llevaban consigo una gran intervención de aparato administrativo medieval, en todo lo concerniente a las aguas.

Si bien comparto las afirmaciones de este respetable autor y conocedor del derecho español, considero que no recoge en su totalidad el fenómeno. En efecto, del análisis de la primera norma que se dicta en la materia, si bien se establece que las aguas son de dominio público, y que constituyen una fuente de rentas para los reyes, no es menos cierto que la propia norma señala “..., *salvo las que gano el rey por privilegio, o las ganó alguno por tiempo en la manera que debía*”. Esta norma se traslada luego a ORC, donde se señala “...*o las hoviesen ganado por tiempo, según se contiene en el título de las prescripciones*”. Una formula semejante emplea la Nueva Recopilación del año 1567, al establecer “..., *o las ouiessen ganado por tiempo inmemorial*”. Finalmente en la Nueva Recopilación de 1805 se establecerá “..., *o las hobiesen ganado por tiempo inmemorial*”.

Estas normas nos permiten afirmar que ya en esa época, se reconocía que algunas aguas no eran de dominio público, y que también constituía un modo de adquirir la prescripción, pese a la calidad de dominio público de las aguas.

Siguiendo la evolución histórica debemos referirnos en el fuero juzgo. En este cuerpo normativo se refuerza el carácter de regalía de las aguas, estableciéndose incluso figuras penales para aquéllos que aprovechan aguas sin tener licencia del rey para ello.

Resulta necesario, entonces, referirse a las Siete Partidas, pues ellas regirán hasta el siglo XIX, pues constituyen el derecho supletorio hasta la codificación. En este cuerpo legal no existe un apartado en el que se trate de manera integral las aguas.

Para el análisis de esta materia seguiremos al profesor Vergara, quien, a su vez, sigue a Gregorio López, y, en resumen, podemos afirmar lo siguiente:

1.- Existe un señorío, vale decir un dominio sobre algunos bienes por parte de los reyes, pero éste recae sobre las rentas de las regalías, como las aguas, vale decir es un dominio indirecto sobre las aguas, pues el dominio es sobre la renta que ella produce.

2.- Se consagra que estos bienes son imprescriptibles e inalienables. Las cosas del rey debían seguir siendo del rey, esto es “no podían dejar de ser tal señorío”. (Ob. Cit. Alejandro Vergara , pg. 55). Existe una ley Partida 2, No.15,5 que consagra la inalienabilidad al disponer “ *non deve por esso entender aquel a quien lo da, que gana derecho en ellas. E esto es porque son de tal natura, que ninguni non las puede ganar*”.

En cuanto a la prescripción se refiere al número 29 de la Tercera Partida que “ *E aun decimos que tuributos, o pechos, o rentas, o otros derechos cualesquier que perienzcan al Rey, a que hayan costumbrado o usado de adrlre, que los non puede ganar ninguno por tiempo, nin se pueden escusar que nos los den*”, así el autor cita en apoyo de sus tesis la norma que consagra que las plazas, los caminos y otros lugares; aunque ,no se menciona por cierto las aguas; no pueden ser adquiridos por prescripción.

La misma norma agrega que otras cosas de distinta naturaleza como siervos o ganados, que comunalmente son de un Consejo de alguna ciudad o Villa, se pueden ganar por tiempo de cuarenta años, de ello concluye el autor, que existiría la imprescriptibilidad de estos lugares y de las regalías en especial de las aguas. Así mismo, agrega que existiría un dominio sobre las aguas por parte del rey.

Las Partidas precisan cuáles son las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas de la siguiente forma: “*Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que biven en este mundo, son estas; el ayre, e las aguas de la lluvia, e el mar; e su ribera: Ca qualquier criatura que biva, puede usar de cada una destas cosas, según quel fuere menester. E porenede todo ome se puede aprovechar de la mar de su ribera, pescando o navegando e faziendo y todas las cosas que entendiere que su por son....*”. Agrega, respecto de los ríos su dominio y uso lo siguiente: “*Los ríos, e los puertos, e los caminos públicos pertenescen a todos los omes comunlamente; en tal manera que también pueden usar de ellos los que son de otra tierra estraña, como los uqe moran e biven en aquella tierra, do son....*”(P.3,28,3). Donde existe una referencia a las fuentes señalando que éstas son del común de cada ciudad o villa.

3.- Licencia. Al ser las aguas de dominio público o comunales, y no poder ser objeto de apropiación por parte de los particulares, para hacer uso de ellas era necesaria una autorización de la corona, mencionando a las fuentes y otros lugares semejantes, como son los ríos.

4.- Los Derechos de Aprovechamiento: Al respecto este autor señala que se establecerían la siguiente regulación, respecto del uso de las riberas, respecto de los navíos, donde establece la prohibición de desviar las aguas. Regula las servidumbres. Al respecto, el autor concluye que las partidas no ofrecen una regulación de las aguas y que en términos difusos se declaran comunes y se establece el sistema de regalía, y que para entender su regulación, debemos tener en cuenta otras normas, las posteriores que se dictan y sus glosas.

El Ordenamiento de Alcalá, promulgado por Alfonso XI, 1348, estableció el orden de prelación de las fuentes, señalando que se aplicará en primer término el Ordenamiento de

Alcalá, luego los Fueros Municipales y en subsidio las Partidas. En el ordenamiento señalado, se insertaron las Leyes del Fuero de Nájera de 1706, una de las cuales se refería expresamente a las aguas al señalar: “todas las aguas e todas las rentas dellas, rindan al Rey”

Siguiendo con la historia de la legislación, llegamos a la Novísima Recopilación de 1805, que contiene gran parte de la normativa ya dictada y la abundante legislación dictada en el Siglo XVIII. En general podemos afirmar que se mantiene el dominio de las aguas en los reyes, al igual que las pertenencias mineras, así por ejemplo existe una disposición, en la cual textual se señala “Derechos de los Reyes en las minas de oro plata y otros metales, aguas, pozos de sal y prohibición de labrarlos sin real licencia”, sorprende que la misma norma indique en su inciso final “...y que ninguno sea osado de se entremeter en ellas, salvo aquellos á quien los Reyes pasado nuestros progenitores ó Nos los hobiésemos dado por privilegio, o los hobiesen ganado por tiempo inmemorial”.

Se refuerza de esta manera, la calidad de las aguas en cuanto al dominio real de ellas y que éstas no pueden ser utilizadas sin el permiso del rey. Por otra parte, debemos considerar la Ordenanza de 1749 y 1795, relativo al uso de los ríos y a la prohibición que se émbalse el uso de ellos.

Existe así una fuerte intervención administrativa en las aguas, esto se ve reflejado por lo establecido en las normas citadas y especialmente por una Instrucción de 1785, que dispone “Se informarán individualmente por sí y por personas inteligentes y prácticas, de las calidades y temperamento de las tierras que comprende su corregimiento; de los bosques, montes, dehesas; de los ríos que se podrán comunicar, engrosar y hacerles navegables, a que costa, y que utilidades podrán resultar de ejecutarlo; en donde se podrá y convendrá hacer nuevas acequias útiles para el regadío de la tierra, fabricar molinos...” De esta forma existe una clara vinculación entre el agua y la corona, que se refleja en una minuciosa reglamentación.

Por la importancia que tendrá para nuestro país, es necesario hacer una breve reseña sobre la ley española que regula la materia, nos estamos refiriendo a la Ley de 1879, la que se mantendrá vigente hasta pleno siglo XX, al ser derogada por la Ley 29/85 de 2 de agosto de 1985.

Esta ley realiza un distingo entre las aguas, así reconoce aguas pluviales, aguas vivas, manantiales y corrientes y aguas muertas o estancadas y aguas subterráneas. Las primeras son las provenientes de las lluvias, que al decir del artículo 2 “Se reputan aguas pluviales para los efectos de esta Ley las que proceden inmediatamente de las lluvias”. Esta agua podía ser de dominio público o privado, según donde precipitaban. Las aguas vivas, manantiales y corrientes, el artículo 4 señala :“Son públicas o del dominio público:  
.- Las aguas que nacen continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio.  
.-Las continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus causas naturales.  
.-Los ríos

Esta norma contenía una excepción, en el artículo 5, respecto de aquellas aguas que nacen continua o discontinuamente, éstas pertenecen al dueño para su uso, sea un particular o el estado o municipio, mientras discurran por los mismos predios.

.- Las aguas muertas o estancadas, se encontraban reguladas en el artículo 17, que señalaba que son de dominio público los lagos y lagunas formadas por la naturaleza que ocupen terrenos públicos. Son de propiedad de los particulares, de los Municipios, de las provincias y del Estado, los lagos y charcos formados en terrenos de su respectivo dominio.

Por su parte las aguas subterráneas, eran de propiedad privada, y al efecto se señalaba "Pertenece al dueño de un predio en plena propiedad, las aguas subterráneas que en él hubieren obtenido por medio de pozos ordinarios". Más aún, agregaba en el artículo 23 lo siguiente; "El dueño de cualquier terreno puede alumbrar y apropiarse plenamente, por medio de pozos artesanos y por socavones o galerías, las aguas que existen debajo de la superficie de su finca, con tal que no distraiga o aparte aguas públicas o probadas de su corriente natural"

La Ley contempla la posibilidad que las aguas públicas sean utilizadas por los particulares, y al efecto distingue entre el aprovechamiento común de las aguas y el aprovechamiento especial. La verdad que el primero, dice relación con la posibilidad, que cualquier persona pueda usar las aguas corrientes para beber y otros menesteres y no requiere de una autorización especial y no requiere u otorga exclusividad en el uso de las aguas. Al respecto, es el aprovechamiento especial el que otorga la exclusividad de utilizar las aguas y necesariamente debe contar con el otorgamiento de una licencia o autorización para utilizarlas, se acuña el concepto de concesión y de concesionario.

De esta forma la Ley española contempla dos tipos de derecho de aprovechamiento de aguas, uno que es común a todos los habitantes y otro que es particular y que dará lugar al desarrollo doctrinal y legal posterior. Donde correspondía a la administración ejercer la policía en el uso de las aguas públicas.

#### 4.3.- El Derecho Indiano.

Debo consignar que toda la legislación española existente fue aplicable a nuestra América, toda vez que ésta fue incorporada a la Corona Española, pero ella tuvo el carácter supletorio como lo señala el Derecho de Aguas (Vergara Blanco, pag. 108: Tomo I)

Ya en nuestra América existía un desarrollo en materia de aguas, tanto en lo que dice relación con las obras, como en el derecho aplicable. Así, podemos consignar que entre 1000 a 1450, los primeros poblamientos diaguitas mejoran significativamente el uso de los terrenos realizando obras de riego, lo que les permite una mayor producción de alimentos.

Con el inca Topa Yupanqui se produce la extensión del imperio hasta las riberas del río Maule, donde ellos toman el sistema de riego ya existente, pero lo mejoran para sacar provecho al descenso de aguas de partes más altas. Por otro lado, se impone el sistema de regulación y distribución, el surco, la limpieza de las acequias, la mantención de

canales y aplicación de sanciones a quienes no cumplan con las reglas, según se evidencia en el texto “El Agua” Pasado, Presente y Futuro de Fernando Moraga Acevedo.

De esta manera, el desarrollo del uso de las aguas por los pueblos originarios fue reconocido por los conquistadores, tal como lo refería en el siglo XVIII, el Oidor limeño Ambrosio Zerdan de Landa y Simón Pontero (1750-1803) en su Tratado sobre las aguas de los valles de Lima. Así, lo plasma en un texto al exponer que “La destreza y el tino de los indios en la dirección de las aguas por los sitios más difíciles, tortuosos y desiguales, puede mirarse como ingénita a los de su nación, según hoy se advierte, sin que se eche de menos el empleo de conocimiento científico, del que en la mayoría de los casos carecen, para remediar su necesidad, a la acreditan, como ella es en sí, de manera sumamente ingeniosa”

A juicio de estos autores, esto explicaría la razón por la cual Francisco Pizarro mantuvo el sistema de repartición de las aguas.

Este criterio también encontró reconocimiento real, pues Carlos V en una disposición real despachada el 20 de noviembre de 1536, que luego fue incorporada en la Recopilación de Indias de 1680, dispuso: “*Que la orden que los indios tuvieron la división de sus tierras y partición de aguas, aquella misma se guarde y practique entre los españoles en quienes estuviere repartidas y señaladas las dichas tierras*”. *Jurisprudencia Indiana sobre el Derecho de Aguas, Dougnac y Barrientos, pag. 128, Recopilación de Indias 4.17.11.*

En Chile existen antecedentes de que se usó el mismo sistema de turnos o alternativas en el uso de las aguas desde el siglo XVI, pero no se conoce con exactitud el sistema de turnos de aguas, y estas circunstancias es la que lleva a los autores citados a realizar un estudio jurisprudencial sobre la materia como consta en la Revista de Derecho de Aguas Vol.4. de la Universidad de Atacama.

Las normas españolas regirán supletoriamente en nuestro continente, pero tendrán una variante, pues las aguas ya no son tratadas como regalías sino como “bienes comunes”, así se desprende de un provisión de 1533 que señala : “*Los montes, pastos y aguas de los lugares y montes contenidos en las mercedes, que estuvieren hechas, o hiciéramos de Señoríos en las Indias, deben se comunes á los Españoles é Indios. Y así mandamos á los Virreyes, y Audiencias, que lo hagan guardar y cumplir*”. Este concepto es luego repetido en una provisión del 15 de abril de 1541 y confirmada luego en el 8 de diciembre de 1550 por Alejandro Vergara B., Pág 109.

Siguiendo al autor citado, éste hace resaltar el cambio de criterio en la tratativa del agua, pues ya no se considera de dominio de la Corona, sino una cosa común, aunque destacando que al final de la Provisión del 15 de abril de 1541, se establece que las aguas quedan sujeta a concesión, esta comienza señalado que “*Nos hemos ordenado que los pastos, montes y aguas sean comunes en Indias.....*”. Luego agrega que “*Mandamos que el suo de todos los pastos, montes y gauas de las Provincias de Induias, sea comin a todos los vecinos de ellas, que ahora son, y despues fueren para que pueden gozar libremente, y hacer junto a qualquier buhio...*”. Al final termina señalando que “*...y así se guarde donde no hubiere título, ó merced nuestra, que otra cosa disponga*”. Este tema ha sido analizado por la doctrina a objeto de establecer si se consideraban bienes de la corona, y

por consiguiente regalía o eran bienes comunes como lo entendieron los romanos, al respecto, Vergara opina que las aguas en un inicio tuvieron la calidad de comunes, para luego a medida que fue poblándose América, terminaron siendo una regalía, y por consiguiente adquirieron la calidad de pública, aunque no en el concepto en que nosotros entendemos actualmente esa condición.

La actividad comienza a crecer y el agua resulta necesaria no tan solo para la actividad agrícola, sino también, para la actividad minera, como fue la explotación aurífera y del cobre, en la primera para los lavaderos y la segunda cercana a los cauces.

Lo anterior, llevó a la necesidad de crear una nueva estructura administrativa en nuestro país, lo que provocó la creación de una Tasa y Ordenanza ratificada en 1580, por el gobernador Martín Ruíz de Gamboa, disponiendo la instalación de pueblos de indios en comarcas o sitios “que sean saludables”, “fértil”, de buenas tierras y de “buenas aguas” que cita a su vez a Fuentes para la Historia del trabajo en el Reino de Chile. A. Jara S. Pinto.

Entre las normas que sientan el principio de una concesión en materia de aguas podemos citar la Ordenanza de 1563 de Felipe II y posteriormente la cédula de 1568 ratifica el criterio al señalar “Si en la ya descubierto de las Indias hubiere alguno sitios y comarcas tan buenos, que convenga fundar poblaciones, y algunas personas se aplicaren á hacer asiento, y vecindad en ellos, para que con más voluntad, y utilidad lo puedan hacer, los Virreyes y Presidentes les den en nuestro nombre tierras, solares y aguas, conforme a la disposición de la tierra, con que no sea perjuicio de tercero, y sea por el tiempo nuestra voluntad; (Vergara, obcit. Pg.115, en referencia a Rec. Ind. 4.12,4 intitulada “Que los Virreyes puedan dar tierras y solares á los que fueren a poblar”.)

Del estudio realizado por los profesores Dougnac y Barrientos en el trabajo Jurisprudencia Indiana sobre el Derecho de Aguas, podemos concluir que en cuanto a la división de las aguas primó la costumbre y esta distinguió entre sí, las aguas que eran destinadas a fines urbano o rurales; a la permanencia u ocasionalidad de las alternativas, se diferenciaba entre turnos permanentes y turnos ocasionales; también se distinguía al momento del día prefijado para el escurrimiento de las aguas, existiendo turnos de días y turnos de noche; se distinguió en la medida temporal entre turnos diarios y turno semanales, y también estos autores distinguen si el turno era para españoles o para indios.

Debo consignar que el valioso aporte de este estudio para los efectos de este trabajo dice relación con que el estudio realizado en las distintas cuencas existentes, así se distingue entre otras la zona de Copiapó, Colina y Putaendo. Ahora bien, del análisis jurisprudencial es posible concluir que se recogió con fuerza obligatoria la costumbre en la distribución distinguiendo la zona y si existía o no sequía, por ejemplo la causa Domingo López con Juan Bautista Echeverría, de fecha 1772 a 1774, relativa al derecho de agua de un Trapiche en tiempo de escasez, ubicado en Melipilla e Illapel. Otro ejemplo lo constituye el proceso de fecha 1772 a 1781 de los Vecinos del Valle de Colina; causa José Antonio Alcalde con Otros Hacendados fecha 1782 1790, donde se reconoce la costumbre en la distribución de las aguas.

#### 4.4.- La República.

En este periodo distinguimos dos etapas una la previa a la codificación y luego la correspondiente a la codificación.

4.4.1.- En el primer periodo siguen rigiendo las mismas normas existente en el derecho indiano, obviamente ya no se entenderá que el agua es de dominio de la Corona.

La primera norma de este periodo la encontramos en el Senado Consulto de 18 de noviembre de 1819, que en resumen dispone lo siguiente a nuestro entender: 1.- Se define el concepto de regador, señalando que se compondrá en delante de un sexma de alto i cuarta de ancho, con el desnivel de quince pulgadas. 2.- Le fija un valor al regador, setecientos cincuenta pesos, y que solo se puede vender de contado y no puede ser inferior a medio regador lo vendido. 3.- Establece que es de cargo del comprador la obras necesarias y que compete al gobierno designar a los funcionarios encargados de velar por la operación y 4.- Establece un derecho de servidumbre de acueducto.

Para algunos autores tales como, Vergara Blanco, ob. Cit. Pag.131, esta norma que se mantuvo vigente por años, constituye una avance pues definió una medida de agua, el regador, también a juicio de este autor reconoce la posibilidad de que cualquier persona pueda solicitar las aguas, y por consiguiente su carácter pública, debiendo intervenir la autoridad sólo en lo relativo a que se construyan las obras de forma debida y también como ya lo señalamos, se establece la servidumbre de acueducto.

Para otros autores como; Daniel L. Stewart, El Derecho de Aguas en Chile. Algunos Aspectos de su historia y el caso del Valle de Illapel. Editorial Jurídica de Chile 1970, pag.59; también significa la posibilidad que el derecho, en este caso el regador, se pueda comercializar, toda vez que se le asigna un valor, pero agrega que no es posible determinar si efectivamente se trataba de la venta de una parte de las aguas de un río o de un derecho de uso sobre cierta cantidad específica de aguas, o si acaso, este derecho para ciertos usos determinados y limitados, o si era por un tiempo determinado o a perpetuidad.

Otra norma anterior a la codificación, es la Ley de Municipalidades de 1854, que regula la materia concerniente a aguas en los artículos 118 y 119. La primera de estas normas, establece que: " Los ríos i 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 i ordinario, i para determinar generalmente la forma i 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 quedarán sujeta la acción municipal en cuanto lo exigieren las reglas generales de policía de salubridad i 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 adquiriera más derechos que el que corresponda por las leyes comunes, atendida la antigüedad i preferencia en la merced entre los varios interesados.

Por su parte el artículo 119 señalaba: "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 estas reglas recayesen sobre la policía navegable de los mismos usos semejante y se asignase penas de policía de navegación de los mismos u otro semejante, y se asignase penas de policía deberá procederse con acuerdo del Consejo de Defensa del Estado."

La doctrina ha entendido que esta norma establece que las aguas son comunes, ya se trate de ríos navegable o no y de cualquiera otra índole, también señala que le corresponde a la autoridad, la municipalidad su administración, mientras corran por el cauce natural y que ellas deben velar por la construcción de los toma y acequias, pero que una vez que salen del cauce natural al poder de la autoridad disminuye. Le correspondía al Presidente de la República en la situación a que se refiere el artículo 119. Se consagra que debía existir una concesión de la autoridad y que se adquirirían derechos, remitiéndose para ello a las leyes comunes, sin determinar esta situación.

Ahora, la cuestión a resolver es si luego de extraídas las aguas de la corriente natural, éstas pasaban a dominio privado o no, para Steward, esto no era tal, debido a que las aguas seguían teniendo el carácter de común; sin embargo, para Vergara Blanco, del texto no es posible concluir nada, señalando explícitamente que no es posible establecer si las aguas luego de extraídas eran pública ni privada.

A juicio de quien expone, al existir una remisión a la leyes generales, debemos concluir que al sacar las aguas del cauce natural pasaba hacer de dominio privado, pues se hacía aplicable la normativa general, cual establece que se constituía un dominio sobre la cosa que se extrae de la naturaleza, al igual como ocurría con los minerales, debiendo entender que la remisión era toda la Legislación Española y la escasa que existía a la época de nuestra temprana República.

#### 4.4.2.- El Código Civil.

Especial mención nos merece en la evolución de nuestro derecho de aguas, el Código Civil de 1855, en cuyo mensaje enviado por el presidente Manuel Montt, en el Mensaje del Código Civil de Chile, XXVIII, pag. 7, señalaba: "*En la interesante materia de las servidumbres se ha seguido , se puede decir, paso a paso el Código Civil francés. Para la servidumbre legal de acueducto, nos ha servido principalmente de modelo el Código Civil de Cerdeña, único, creo, de los conocidos que han sancionado el mismo principio que nuestro memorable decreto de 18 de noviembre de 1819, que ha avasallado a la agricultura tantos terrenos que la naturaleza parecía haber condenado a la esterilidad perpetua. Pero en este punto, como en todo lo concerniente 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 la diferentes localidades*".

En resumen el originario Código Civil establece lo siguiente:

1.- Existen Aguas Pública y Privadas.

Son públicas: a) Los grandes lagos; b) los cauces naturales y las fluviales no canalizadas; d) Las fluviales que caen sobre bienes públicos sin que se encuentren encausadas. Por su parte serán privadas: a) Las aguas de los pequeños lagos; b) Las aguas que corren por cauces artificiales; c) Las aguas fluviales cuando caen en terreno de dominio privado, pero también cuando son canalizadas para su uso; d) Las aguas de vertientes que nacen y mueren en una misma heredad y e) Las aguas subterráneas que se captan de un pozo.

A juicio de Stewart, debemos agregar una tercera categoría de aguas, estas son las aguas comunes a todos los hombres, el suscrito comparte esta opinión toda vez que en el artículo 585 declara que son cosas que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres, entre otras, la alta mar.

2.- No se establece un sistema de concesiones en el propio código sino que se remite a la legislación existente, así se desprende del art.860, debiendo recordar que a la fecha se encontraba vigente la Ley de Municipalidades del año 1854.

3.- Se establece un sistema de servidumbre de acueducto, donde podemos distinguir servidumbres naturales y legales.

4.- Existe una sola mención a las aguas subterráneas contenida en el artículo 945 que disponía "Cualquiera puede cavar en el suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que sea alimenta otro pozo, pero sí de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo"

Con posterioridad a la dictación del Código existen diversas ordenanzas especiales sobre la materia, entre las cuales podemos citar La Ordenanza sobre Distribución de las Aguas de 1872; Ordenanzas de 1875 y 1880; Leyes de Municipalidades de 1887 y 1891; Procedimiento Concesional para las aguadas de 1893.

A comienzos del siglo XX se realizan una series de intentos por establecer un Código de Aguas, sin que ello prospere, sin embargo debemos destacar el Código de Procedimiento Civil de 1902 que destina un Título completo a los juicios sobre distribución de aguas que van desde el artículo 824 al 837. También cabe consignar que se dicta en los albores de ese siglo diversas leyes que regulan la materia de aguas, como son la Ley No. 2.068 de 31 de diciembre de 1907, que regula el uso de las aguas para la generación de fuerza motriz; la Ley No.2.139 del 20 de noviembre de 1908 que regula las aguas de regadío y las asociaciones de canalistas; en 1916 se dicta el Decreto No.403 de 25 de abril de dicho año, que constituye el Reglamento de mercedes de agua de regadío, en fin es abundante la cantidad de cuerpos normativos que se dictan en este periodo, pero sin una planificación y sentido global en materia de aguas.

#### 4.4.3.- Código de Aguas de 1951

Luego de diversos intentos frustrados y de una larga discusión que duro 20 años, por Ley No. 9.909 publicada en el Diario Oficial de fecha 28 de mayo de 1951 se aprobó el texto definitivo del Código de Aguas. Este cuerpo normativo, vino por un lado a ordenar la dispersa legislación existente, pero también a definir conceptos que no estaban claro, como era precisar los derechos y fortalecer su situación jurídica, estableció un procedimiento respecto de las concesiones y creó una autoridad fuerte en la materia. En cuanto a la distribución de las aguas estableció tres órganos, la Asociación de Canalistas, Las Comunidades de Aguas y las Juntas de Vigilancias. También fomentó la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces de los derechos de aprovechamiento de aguas.

El Código se encontraba estructurado en dos libros, el Primero con 12 títulos y el segundo con cuatro. Declarando que las aguas eran un bien nacional de uso público o de dominio privado, y respecto de las primeras podía concederse un derecho, que se encontraba definido en el artículo 12, al señalar que el derecho de aprovechamiento era un derecho real que cae sobre las 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. En lo fundamental no cambió el escenario ya existente, pero sí creó un órgano encargado de administrar todo lo concerniente a las aguas.

Así mismo, estableció que respecto las aguas públicas el derecho de aprovechamiento sólo era posible adquirirlo mediante un acto de autoridad, sin que importara constituir dominio sobre las aguas mismas. En efecto, el artículo 23 inciso primero dispuso: *“El derecho de aprovechamiento sólo se puede adquirir en virtud de una merced concedidas 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 último, derogó toda la legislación existente a la fecha en materia de Agua al disponer en el artículo 299 lo siguiente: *“ Desde la entrada en vigencia de este Código quedarán derogadas las leyes, ordenanzas y reglamentos preexistentes sobre las materias que en él se trataban, aún en lo que no fueren contrarias a él”*

Se crea un sistema que si bien tiene una raíz estatal, toda vez que requiere que se otorgue el derecho de aprovechamiento respecto de las aguas públicas, permite que los particulares puedan adquirir este derecho de aprovechamiento sin costo, y les permite usar el agua y también disponer de dicho derecho, por otro lado establece un ente administrativo encargado especialmente de intervenir en la materia, pero la distribución de las aguas queda en manos de los particulares y no del estado. Al decir de Dinko Tomislav Rendic Veliz, en Derechos de Aguas y Pueblos Indígenas, pág. 91 *“ En síntesis el Código de Aguas de 1951 implementó, en el contexto de un sistema normativo legal de carácter liberal, una concesión de administración estatal, que fortalecía más los aspectos privados que los público-legales en el ámbito del agua”*

#### 4.4. 4 El Código de Aguas de 1967.

Producto de los procesos sociales, políticos y económicos registrados en nuestro país a partir de 1960, se produce un cambio significativo en la regulación de las aguas en nuestro país, que marca una clara diferencia entre el anterior sistema y el que se crea a partir de esta regulación.

Este nuevo Código se encuentra contenida en la Ley No. 16.640, pero para su materialización fue necesario una reforma constitucional que se materializó modificando el artículo 10 No.10 de la Constitución Política de 1925, que fue del siguiente tenor “ La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sea efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficios, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción”.

Esta nueva normativa como hemos dicho es un cambio radical, baste para ello ver el mensaje del ejecutivo al proyecto de ley, en el cual se plasma el nuevo criterio así se señala entre otras cosas luego de hacer referencia a que las aguas fueron de dominio de la Corona española para luego pasar al Estado chileno, lo siguiente: “ El Código Civil , en 1855, ratificó que la mayor parte de las aguas eran de dominio público y, más precisamente, las califico de bienes nacionales de uso público”.

Los bienes nacionales de uso público tienen determinadas características que le 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...”. En otra parte del mensaje se sostenía que: “ 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 poseer prácticamente todos los atributos que otorga el dominio, ya que permite gozar, usar y disponer de las aguas”

Esto lleva a que en el artículo 9 se señale: “Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público”. Entonces 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 y el derecho a usarlas*.

En consecuencia, ya no existen aguas privadas, todas las aguas son públicas y se establece un procedimiento administrativo, lo que se hacía por medio de una concesión o merced, como se llamaba. Este derecho muda de naturaleza, ya no es un derecho real asimilable al dominio, sino que, se crea un derecho real administrativo y así se consagra en

el artículo 11, “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”.

En opinión del destacado profesor Alejandro Vergara Blanco, este cambio es coherente con la calidad de bien público de las aguas y así expresa sobre su obra ya citada, (pág. 187) “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 actividad creadora sin incertidumbre en cuanto al uso de este recurso esencial”.

Se refuerzan, de esta manera, las facultades de la administración a objeto de velar por el cumplimiento de la nueva legislación y así por lo demás es declarado en el propio mensaje del ejecutivo al acompañar el proyecto de ley.

#### 4.4.5- Periodo Intermedio:

Posteriormente se dictarán normas relativas a las aguas, así existe un acta Constitucional, la número 3 que se refiere a la materia, siendo el cuerpo legal más significativo el Decreto Ley No. 2603, que modifico y complemento el acta Constitucional referida, estableciendo normas sobre el derecho de aprovechamiento de aguas y facultó al Presidente de la República para establecer un régimen general de las aguas, lo que fue prorrogado en un par de ocasiones. Especial mención merece los Decretos con Fuerza de Ley No1-2.603 de 1979.

#### 4.5.6.- Código de aguas actual.

Para nuestro Código de Aguas, el criterio respecto del dominio de las aguas lo encontramos en el artículo 5, que dispone: “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código”.

Por su parte el artículo 589 del Código Civil, define los bienes nacionales de uso público, al señalar “ Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda”. Y la misma disposición señalará que: “ Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos”.

Este concepto de calificarlo como bien nacional de uso público ha sido cuestionado en la doctrina, pues no reflejaría la real naturaleza del bien y así lo han entendido algunas naciones, como la legislación francesa, en su Ley del año 1992, que no le otorga la calidad de un bien de dominio público, sino que declara que las aguas son patrimonio común de la nación y su uso pertenece a todos con el solo límite de las leyes y reglamentos. De esta forma este autor entiende que se trataría de una cosa común a todos los habitantes, volviendo quizás con ello al antiguo criterio romano que las aguas de estimarlas rec publicae.

Hemos realizado una breve reseña histórica de la evolución legislativa del derecho de agua, tomando para ello, una materia en especial, esto es el dominio de las aguas, a objeto que a partir de este elemento, podamos abordar el tema de fondo, que más adelante analizaremos a la luz de nuestro actual Código de Aguas.

#### 5.- Importancia de las Aguas.

Aunque puede considerarse algo evidente referirse a esta materia, estimo que en este contexto igualmente es necesario abordarla, aunque sea de una manera simple y breve. Las Naciones Unidas fijo el día 22 de marzo de cada año como el DIA DEL AGUA, para llamar la atención a los habitantes del planeta sobre la importancia que ella tiene, tanto como un elemento que nos componen en un alto porcentaje, como hacer conciencia que estamos insertos en un planeta que en 75 % es agua, siendo una pequeña cantidad solamente agua dulce. Pero más aún, también es parte de nuestro entorno cultural. El tema no se agota con sólo señalar la importancia que para la vida y desarrollo de las diversas actividades significa el agua, esto ha provocado que se establezca el derecho al agua.

Este derecho al agua se viene desarrollando desde las últimas décadas del siglo pasado, así en la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Medio Humano de Estocolmo del año 1972, se señaló que el agua es un recurso natural y como tal debe preservarse para las generaciones presentes y futuras mediante una racional planificación u ordenación. También se estableció que debe utilizarse de manera de no llegar a un eventual agotamiento del recurso. (<http://www.ecoport.net/content/views/full/11994>)

En 1977 en la Conferencia del Agua efectuada en Mar del Plata, las Naciones Unidas, vuelve a pronunciarse sobre la materia, lo mismo acontecerá en la Conferencia Internacional sobre el agua y el medio ambiente, realizada en Dublin, en 1992, donde se constata la escasez y el uso abusivo de agua dulce, lo que importa una seria amenaza para el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente. En el mismo año 1992 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, efectuada en Río Janeiro, se adoptan un programa de acción para el desarrollo sustentable, estableciendo un derecho preferente para el aprovechamiento y el uso de los recursos hídricos, con vista a satisfacer las necesidades básicas y a otorgar protección a los ecosistemas, capítulo 18 Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en Viena 1993 , la Asociación Mundial para el Agua y el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas han promovido el derecho al agua, como un Derecho Humano.

Así mismo, con fecha 26 de julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), aprobó la resolución que establece el derecho humano al agua y el saneamiento, presentado por Bolivia. La resolución fue aprobada por 122 países, sin que existiera voto en contra, pero destacando que hubo 41 abstenciones, entre ellas las de Estados Unidos, Canadá, Reino Unido y Australia, entre otros.

La referida resolución realiza una reseña de los diversos instrumentos internacionales de la organización donde se ha abordado el tema. Así mismo, da cuenta de

la preocupación de que exista “aproximadamente 884 millones de personas que carecen de acceso al agua potable y más de 2.600 millones de personas no tienen acceso al saneamiento básico, y alarmada porque cada año fallecen aproximadamente 1,5 millones de niños menores de 5 años y se pierden 443 millones de días lectivos a consecuencias de enfermedades relacionadas con el agua y el saneamiento”. Termina señalando “ 1.- Declara el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los Derechos Humanos;

2.- Exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacional, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento”.

#### 6.- Situación del agua en el contexto Internacional

Son innumerables las constituciones de los países que consagran el derecho al agua, ya sea de una manera expresa o implícita, así por enumerar algunas, debemos señalar que lo hacen de una forma expresa las constituciones de Ecuador, Sudáfrica, Uganda, entre otras y de una forma implícita lo hacen por ejemplo las constituciones de Colombia, República de Guyana, México, Panamá, en nuestro continente Camboya, Irán, Laos, Nigeria y Gambia.

Este tema resulta apasionante, pero desarrollarlo escapa del objetivo de este pequeño trabajo, no obstante a ello, hemos querido dar cuenta que existe un gran desarrollo a nivel internacional en la materia. Destacando que el tema resulta contingente, toda vez que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico este derecho a nuestro entender sería exigible en nuestro país conforme a lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República.

En general el agua es considerada un bien no susceptible de apropiación por los particulares, sino un bien del Estado, o más bien como se establece en Francia un bien de la Nación.

## CAPITULO II

### EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Como hemos visto en el capítulo anterior, desde una temprana edad de nuestra civilización el agua fue considerada un bien no susceptible de dominio privado, sin perjuicio que en determinados periodos y respecto de ciertas aguas era posible constituir un dominio sobre ellas. Ahora bien, ello no significó que las aguas no pudieran ser usadas o utilizadas por los habitantes, lo que se hizo mediante la creación de un mecanismo que lo permitiera.

#### 1.- Evolución del Concepto del Derecho de Aprovechamiento de Aguas.

Es con la llegada a España como a los demás países del continente de las instituciones jurídicas que se establece que las aguas son de dominio de la Corona, confundiendo en una primera etapa a la Corona, vale decir a la Monarquía, con el soberano. Las aguas serán entonces bienes que les pertenecen a los reyes en su calidad de tal, y serán ellos los que por medio de la concesión de una merced permitirán su uso a sus súbditos, conociéndose esto como bienes de regalía.

Este esquema al que ya no hemos referido, se trasladará a nuestra América, aunque en un primer momento las aguas son consideradas bienes comunes, vale decir bienes que no eran de la Corona y que por lo tanto podían ser utilizadas por cualquiera, incluidos por cierto, los pueblos originales. Pero a poco andar de la colonización este criterio muda y se vuelve al existente en el sentido que las aguas son bienes que pertenecen a la Corona y que por consiguiente deberá otorgarse un permiso, concesión o merced como también se conoció por parte de la Corona, la que actuaba por medio de los Virreyes o de los Cabildos. Para no fatigar al lector nos remitiremos en esta materia a todo lo tratado con anterioridad en el capítulo I, el número 4.-2

Estimo que los primeros atisbos de este derecho en nuestro sistema jurídico los encontramos en la Ley de Municipalidades de 1854 en su artículo 118, que disponía en su parte pertinente lo siguiente: "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 derechos que el que corresponda por las leyes comunes, atendida la antigüedad i preferencia en la merced entre los varios interesados."

En efecto se establece en términos claros que para extraer aguas de un acuífero, se requería un permiso y se señala quien es la autoridad encargada de otorgarlo. Por otra parte, se regula que derechos emanan de este permiso, remitiéndose para precisarlos a la legislación común. Será el Código de Aguas del año 1951, que en términos precisos y claros define el concepto de derecho de aprovechamiento de aguas en su artículo 12, al disponer: que el derecho de aprovechamiento era un derecho real que recae sobre las 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. Los comentarios que nos surgen realizar respecto de este concepto son que por primera vez derechamente se le otorga la calidad de derecho real, se precisa que éste recae sobre las aguas de dominio

público y se indica en qué consiste, usar, gozar y disponer de las aguas, debiendo para tales efectos respetar la normativa que el Código entrega para esos efectos.

Luego entra en vigencia el Código de Aguas de 1967, que en su artículo 11, dispondrá lo siguiente: “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”.

Resulta evidente el cambio del concepto del derecho, si bien se le sigue calificando como un derecho real, vale decir uno que debe ser respetado por los demás sujetos imperados, y se entendería también por los órganos de Estado, el derecho es de carácter administrativo. Como lo indica el profesor Vergara Blanco, Ob. Cit. Pág. 188, “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”. Desde luego, salta a la vista que se elimina la posibilidad de gozar y disponer de ella, en consecuencia no es un bien transable en el mercado y más aún puede extinguirse por un acto de autoridad si concurren determinadas condiciones que el propio legislador señala, por ende no es perpetuo.

Nuestro actual Código de Aguas consagra el concepto de derecho de aprovechamiento de agua, en su artículo 6 y lo define como: “El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellos, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código”. En el inciso segundo de la norma señalada establece “El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.”

En la doctrina, nos encontramos con algunas definiciones a saber, como la del profesor Vergara Blanco, que si bien no señala un concepto explícito, del tenor de su exposición es posible concluir que entiende por derecho de aprovechamiento de aguas, luego de referirse a los derechos como una potencia jurídica, de una posibilidad jurídica, de un poder jurídico entregado a un particular, afirma que en materia agua “Esa potencia jurídica se manifiesta por la posibilidad que tiene una persona natural o jurídica, de usar agua, de utilizar agua para los fines que estime convenientes de acuerdo con las características de su título” ( Ob. Cit. Pag. 312).

Existen otras visiones donde se establece que será “La facultad de acceder a una fuente natural para extraer de ella una dotación de agua en un punto determinado u ocupar en el cauce mismo un cuerpo de agua para, en ambos casos, usar, esas aguas en forma exclusiva ,Figuroa del Río, Luis Simón en 1995, Asignación y Distribución de las aguas terrestres.

Para Patricio Agurto Tapia, el derecho de aprovechamiento de agua, es un derecho real que no recae sobre las aguas, y que más bien el derecho consiste en la posibilidad de

usar las aguas en su obra Error en las definiciones de los Código de Aguas y en su artículo 19 No.24 de la Constitución, año 1995, pag 9.

Un enfoque novedoso, a mi juicio, lo constituye el realizado por Alberto Guzmán y Ernesto Ravera, en Estudio de las Aguas, Ediciones Congreso, segunda edición 1998. pag. 36. Donde se señala, según estos autores, que debemos distinguir un derecho originario del cual el único titular es el Estado y otro derecho real, "...cual es el derecho de aprovechamiento, cuyo titular sólo podrá usar y gozar de las aguas más nunca disponer de ellas ". A continuación ellos sostienen que el titular del derecho solo puede usar y gozar de las aguas, pero no disponer, pero sin embargo él es propietario del derecho de aprovechamiento de agua, "y como tal propietario, puede usar, gozar y disponer libremente de él siempre que dicho uso, goce y disposición no sean contrarios a la ley o al derecho ajeno ,artículo 12 del Código Civil.

## 2.- Características del Derecho de Aprovechamiento de Aguas.

Existe en esta materia un relativo consenso, respecto de cuales serían las características esenciales del derecho de aprovechamiento de aguas y a continuación señalaremos, las que a nuestro juicio son las más relevantes:

### 2.1.- Es un Derecho Real.

No cabe duda que lo es, toda vez que expresamente el artículo 6 del Código de Aguas, así lo califica. Esto significa que una vez constituido o reconocido, el derecho de aprovechamiento de aguas, es un derecho real, esto es, se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona según lo señala el art.577 inc.1 del Código Civil. Pero este derecho real presenta una particularidad, cual es, que recae sobre una cosa incorporal, ello llevará a la Corte Suprema a sostener que teniendo esta calidad no puede ser declarado bien familiar según Sentencia dictada por la C. Suprema con fecha 12 de marzo de 2002, en causa Rol No.3.336-01, publicada en extracto en " La semana jurídica" No.73, semana del 1 al 7 de abril de 2002.

Pero también significa que como derecho real, no puede dejarse sin efecto por decisión de la Administración. Con anterioridad a la normativa del año 1979, existían causales de caducidad del derecho de aprovechamiento, y se le calificaba como un derecho real administrativo, lo que hoy no es tal.

A nuestro entender este derecho real es de la misma naturaleza de los derechos señalados en el artículo 577 del Código Civil, situación que ha sido debatida por la doctrina y algunos la critican según señala Eugenio Celedón, exposición en el seminario Derechos de aguas-modificaciones pendientes. U. de Chile 1996, citado por Francisco Segura, ob. Cit. Pg.44.

Para este último autor, resulta claro que el derecho de aprovechamiento de aguas, es un derecho real de carácter civil, por denominarlo de alguna forma y para fundamentar su postura señala que existen varias hipótesis en las que se reconoce la existencia del

derecho de aprovechamiento sin que medie intervención del Estado en ello y la norma del artículo 129 del Código de Aguas, que señala que el dominio sobre los derechos de aprovechamiento de aguas se extingue por la renuncia señalada en el inciso tercero del artículo 6, y además, por las causas y en las formas establecidas en el derecho común”.. Para los efectos de este trabajo veremos que la cuestión resulta de vital importancia dilucidar.

## 2.2- Es un Derecho Real Mueble.

El artículo 4 del Código de Aguas establece que éstas, atendida su naturaleza son muebles, pero destinada al uso, cultivo o beneficio de un inmueble se reputan inmuebles. Cuestión también ha sido debatida, ya que, para algunos es un derecho real mueble, pues el derecho de aprovechamiento de agua recae sobre una cosa mueble, como es el agua, siguiendo en ello lo dispuesto en el artículo 580 del Código Civil, que los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse.

Ahora bien, siguiendo esta normativa debemos concluir el derecho de aprovechamiento será inmueble cuando las aguas, de que se trate se encuentren destinadas, al uso, cultivo o beneficio de un inmueble. De esto se seguiría que por regla general será mueble y en forma excepcional inmueble. Adhieren a esta postura Guzman y Ravera, ob. cit.pg.38.

Por otra parte el profesor René Ramos Pazos, no comparte esta afirmación y sostiene que siempre será mueble, pues afirma que si bien en algunas oportunidades el agua tiene el carácter de inmueble por destinación, ello no puede reflejarse en el derecho de aprovechamiento de aguas, que es independiente al predio superficial. Además sostiene que cuando existen un acto o contrato relativo a los derechos de aprovechamiento de aguas, tendrán el carácter de bienes muebles por anticipación, señalado por Ramos Pazos, René, “Adquisición y Pérdida del Derecho de Aprovechamiento de Aguas por Prescripción”, Revista Universidad de Concepción No.176, pg.104. Destacando que existe un fallo de importancia que recogió este criterio, nos referimos al caso de “Venta de aguas de la Municipalidad de Santiago”, publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 99, No.4, sección 5, pag.338.

Para otros el derecho de aprovechamiento de aguas es inmueble, sostienen que la naturaleza intrínseca del derecho atendido el tratamiento jurídico que le da el legislador en diversas disposiciones como son los artículos 110, 113, 117 y 121 del Código de Aguas. Así los contratos que recaen sobre estos bienes siempre son solemnes, requieren escritura pública, se encuentran sometidos al régimen de la posesión inscrita, etcétera. Agregan que el Código de Aguas de 1951 así lo señalaba e forma expresa.

Estima esta parte de la doctrina, en la cual milita el profesor Agurto Tapia, en su obra “La Naturaleza Inmobiliaria del Derecho de Aprovechamiento de Aguas y sus Efectos Jurídicos”. RDA Vol.3 año 1993, que aquí no es aplicable la norma del artículo 580 del Código Civil, pues sostienen que el derecho de aprovechamiento de agua no se ejercería sobre las aguas, pero no precisa mayormente esta afirmación. En esta misma posición

encontramos a Gonzalo Arevalo Cunich, quien afirma el carácter de inmueble del derecho de aprovechamiento de aguas, pues considera que éstas en general son inmuebles atendido el uso que de ellas se hace. Así afirma “Inmuebles por destinación son aquellos que aunque por su naturaleza no sean inmuebles, están permanentemente destinados al uso, cultivo y beneficio de un inmueble; sin embargo, pueden separarse de él sin detrimento. Al ser inmuebles las aguas, lo es también el derecho que sobre ellas recae. Así resulta de la disposición contenida en el art.580”. Luego, cita en apoyo de su posición la norma del artículo 121 del Código de Aguas. ( Arevalo Cunich, Gonzalo 2011, Las Aguas y su Naturaleza Jurídica Generalmente Inmueble, en Código de Aguas Comentado, Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, primera edición Agosto de 2011, pg. 12).

Por otra parte para don Francisco Segura Riveiro, la calificación de la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento de aguas, le parece un descuido del legislador, pero estima que para los aspectos más relevantes le ha otorgado la tratativa de inmueble.

### 2.3.- En un Derecho Principal.

Estamos entonces, en presencia de un derecho independiente, toda vez que puede y debe ser objeto de una constitución o reconocimiento en forma independiente, para el tráfico jurídico se necesita debe ser objeto de actos y contratos que en forma independiente se refieran a él. Más aún ha sido objeto de una regulación especial e independiente por parte del legislador como de la autoridad administrativa.

La doctrina a mi entender lo entiende de esta forma, así por ejemplo lo señalan Guzmán y Ravera, al establecer como característica “ i) No es un derecho accesorio” (Ob.cit. pag.38). En igual sentido se refiere Gonzalo Arevalo Cunich, (Ob. cit. pag. 19) al sostener “ es un bien principal, por regla generalísima, puede ser enajenado independiente o separadamente de todo otro bien.

### 2.4.- Es un Derecho que Recae sobre Cosa Ajena.

El agua sobre la cual recae el derecho de aprovechamiento no es de dominio del titular de dicho derecho. Las aguas en forma categóricas han sido declaradas bienes nacionales de uso público.

En los términos de Segura “El dominio de las aguas es siempre del Estado y el titular del derecho puede usar y gozar de ellas, pero no es dueño de las aguas” (ob. cit.pg.46).

### 2.5.- Es de Libre Disposición.

Esto significa que su titular puede disponer a su arbitrio del derecho, sin que existan limitaciones al respecto. Se cita para fundar esta característica, el art.15 del Código de Aguas, que dispone “El dominio del derecho de aprovechamiento no consuntivo no implica, salvo convención expresa entre las partes, restricción a la libre disposición de los derechos consuntivos”

Precisando el alcance de esta característica, Segura señala: “Ahora el derecho de que es dueño lo habilita para usar y gozar de las aguas en los términos en que él ha sido concedido, pero el titular no puede enajenar las aguas, o disponer jurídicamente de ellas,

aunque sí disponer materialmente de ellas (consumirlas) y puede enajenar y disponer de su derecho sobre ellas, como lo haría cualquier otro en su patrimonio” (ob. cit. pg.52). Lo que este autor, pretende es precisar el alcance que tiene esta característica, pues de lo que disponer libremente es de su derecho más no de las aguas.

Para este tesista esta característica no es otra cosa que un derivado de su calidad de bien, consistente en un derecho real que como tal puede ser objeto de todo tipo de actos y contratos. Una consecuencia de esta característica es que pueden ser hipotecados el derecho, conforme lo dispone el art. 110.

#### 2.6.- Es un Derecho Sujeto a Medida.

En efecto el artículo 7 del Código de Aguas, expresa que el derecho de aprovechamiento de aguas, deberá expresarse en volumen por unidad de tiempo. El artículo 309 del cuerpo legal señalado, señala que respecto de los derechos otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia del Código y que no se encuentren expresados en volumen por unidad de tiempo, se entenderán equivalentes al caudal máximo legítimamente aprovechado en los cinco años anteriores a la fecha de que se produzca controversia sobre su cuantía.

Esta característica viene a significar que es un derecho que recae sobre una determinada cantidad de agua, que deberá expresarse en una relación entre volumen y tiempo y que aunque aparezca obvio, el derecho aquí encuentra lo que denominaré su límite externo. En el sentido que se permite el uso de las aguas, que es un bien nacional de uso público, pero que este uso se encuentra acotado en cuanto al volumen de agua a utilizar.

#### 2.7.- Es un Derecho que Goza de una especial protección.

Este derecho aparece consagrado incluso en la Constitución Política del Estado, artículo 19 No. 24, inciso final, gozando de una amplia gama de acciones que tiene por objeto su cautela, como son entre otras las señaladas en los artículos 123 y siguientes del Código de Aguas, las acciones posesorias y la reivindicatoria.

#### 2.8.- Es un Derecho Principal que trae consigo otros derechos.

En efecto al titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, el ordenamiento jurídico le reconoce a su vez otros derechos a objeto que se puede ejercer el derecho de aprovechamiento. Esta característica se desprende de lo dispuesto en los artículos 8, 25 y 26 del Código de Aguas. Así la primera de las normas señala que “El que tiene un derecho de aprovechamiento lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercitarlo ..” El artículo 25 señala que “El derecho de aprovechamiento conlleva, por el ministerio de la ley, la facultad de imponer todas las servidumbre necesarias....” y la última norma citada señala “El derecho de aprovechamiento comprende la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo.”

#### 2.9.- Es un Derecho respecto del cual opera un gravamen por el sólo ministerio de la Ley.

Así se puede apreciar del análisis de las normas contenidas en los artículos 214, 258, 267 y 271 del Código de Aguas. Las cuotas que fijen las comunidades de aguas, asociación de canalistas y junta de vigilancia gozan de una primerísima preferencia, toda vez que las deudas generadas por concepto de cuotas ordinarias o extraordinarias que fijen las referidas organizaciones, gravan por el solo ministerio de la ley a los derechos con preferencia a toda prenda o hipoteca u otro gravamen.

#### 2.10.- Solidaridad Pasiva.

Las deudas que pueda generar el derecho de aprovechamiento de aguas, trae consigo que el titular actual indistintamente como adquiera y sus antecesores en el dominio, sean solidariamente responsables de las deudas al tiempo de la adquisición.

#### 2.11.- Derecho indefinido

Aunque no lo sostiene ninguno de los autores consultados, este tesista estima necesario agregar otra característica del derecho de aprovechamiento de aguas, que es un derecho indefinido, con ello quiero significar que se trata de un derecho que su existencia no se encuentra sujeta a un plazo determinado, como tampoco sujeta a una condición o modo, como también ocurre en el derecho extranjero. En nuestro sistema el titular del derecho tiene el derecho con absoluta libertad. También a diferencia como ocurrió en el pasado, el derecho no está sujeta a la voluntad de la administración estatal, que podía revocar o dejar sin efecto el derecho si concurría algunas circunstancias, esto ya no es posible.

Que el derecho se extingue por la renuncia, que no es otra cosa que la aplicación del artículo 12 del Código de Aguas y por las normas comunes de nuestro sistema civil, viene a confirmar nuestra aseveración.

Algunos autores dan cuenta de otras características que tendrían el derecho, pero el suscrito no comparte dicho criterio, en efecto que sea, divisible del predio y otro semejantes, son el reflejo que estamos en presencia de un bien que el ordenamiento lo reconoce como tal, como lo sostiene por ejemplo Guzmán-Ravera, por otra parte otros como Arevalo Cunich, señalan que el derecho sería renunciable, efectivamente lo es, pero ello no hace sino confirmar que el titular del derecho tiene la libre disponibilidad de él, cuestión que es de la esencia de los bienes que el ordenamiento reconoce como tal.

Este mismo autor y Guzmán- Ravera agrega como característica que el derecho sería mediato, ya que sostiene que no existiría la obligación de ejercitarlo, no comparto esta apreciación toda vez que se ha impuesto una patente para aquellos casos en que no se ejercita el derecho como claramente se indica en los artículos 129 bis, 4 y siguientes del Código de Aguas, por consiguiente se está obligando al titular a ejercitarlo.

Francisco Segura , Ob. cit. Pg.51, agrega que se trata de un derecho sujeto al régimen de posesión inscrita, toma para ello la norma del artículo 20, que dispone que la posesión se adquiere mediante la inscripción. Al respecto, no comparto esta afirmación, por cuanto, si bien ello es efectivo respecto de los derechos que se encuentran actualmente inscrito, esto no rige respecto de los derechos que no lo están, como se desprende de la norma del artículo 111 y 112 del Código de Aguas, que tratan de la hipoteca y distingue si

el derecho se encuentra inscrito en el Registro o no lo está, permitiendo que se constituya el derecho real de hipoteca, respecto de derechos de aprovechamiento de aguas, que no se encuentran inscritos.

Guzmán y Ravera, Ob.cit. pg.38, agregan que este derecho traería consigo la posibilidad de ser indemnizado por el Estado, este tema resulta interesante desarrollarlo, pero escapa al objetivo de este trabajo, al respecto solo diré que no me parece que sea una característica particular del derecho, sino más bien es un reflejo más que el derecho de aprovechamiento de agua, es un bien jurídico que el ordenamiento reconoce como tal y que por ende trae consigo todas las consecuencias que de ello se deriva.

### 3.- Clasificación del Derecho de Aprovechamiento

Son diversos los criterios que podemos emplear para la clasificación del derecho de aprovechamiento de aguas, lo que a continuación trataremos de hacer.

#### 2.1.- Dependiendo del Tipo de Aguas sobre que se ejerce.

Si bien ningún autor lo contempla el suscrito cree que es elemental establecer esta primera clasificación, en derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas y superficiales, toda vez que no es lo mismo ejercer el derecho de aprovechamiento, sobre aguas corrientes que subterráneas.

Las primeras son definidas por el legislador en el artículo 2 inciso final como “Son aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas”. Se trata de aguas que se encuentran en el interior de la tierra y requieren de mecanismo para extraerlas, ellas tienen una regulación detallada, tanto en lo que dice relación con su obtención como ejercicio.

Las segundas, las superficiales, el legislador las conceptualiza en la misma norma citada al señalar: “Son aguas superficiales aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas. Esta agua las encontramos en la superficie terrestre y no requieren ser alumbradas y extraída desde el interior de la tierra.

Las aguas superficiales, a su vez, pueden ser corrientes o detenidas, Las aguas corrientes, son las que escurren por cauces naturales o artificiales, según el inciso tercero del artículo 2 del Código de Aguas. Las aguas detenidas, por su parte, las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses.

Esta última sub clasificación de las aguas superficiales nos llevaría a tener también que sub clasificar el derecho de aprovechamiento de aguas, según si recae en aguas corrientes o en aguas detenidas. El Código recoge esta clasificación, por lo demás así lo expresa en el artículo 2 y resulta importante abordarlo, toda vez que la naturaleza de las aguas es distinta según sean corrientes o detenidas, pero es un tema que debe desarrollarse más, en la actualidad sólo es importante ésta sub clasificación, pues no es posible constituir

derechos de ejercicio eventual sobre aguas superficiales embalsadas según lo señala el artículo 18 inciso segundo.

Este tema resulta bastante interesante analizar, pero una vez más tendremos que obviarlo pues se desvía del objeto del trabajo. En todo caso esta materia en parte resulta tratada por Arevalo Cunich, Gonzalo (2011: "Clasificación de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas", Código de Aguas, a su vez Comentado Santiago Abeledo Perrot, Ob. cit. páginas 46 y siguientes).

Siguiendo la clasificación respecto del tipo de aguas debemos agregar otra categoría, las aguas medicinales y mineromedicinales, al respecto esta agua se adquieren de conformidad a la normativa contenida en el Código pero en cuanto a su ejercicio son reguladas por las normas que regulan la materia, a saber el Decreto con Fuerza de Ley No. 237, publicado en el Diario Oficial de fecha 28 de mayo de 1931.

Sin constituir una categoría diversa, el Código señala que respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas destinados a la producción de energía eléctrica se deben someter a la normativa del Código y las centrales continúan rigiéndose por la Ley de Servicios Eléctricos.

### 3.2.- Clasificación conforme a su Naturaleza.

Los derechos de aprovechamiento de aguas se clasifican conforme a su naturaleza en derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos y derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivo.

Los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos aparecen definidos en el artículo 13, al señalar éste lo siguiente "Derechos de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad.

Por su parte, los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivo, están establecidos en el artículo 14 del Código, que los define "Derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho"

Respecto de esta clasificación diremos que su aparición en nuestra legislación obedece al uso de las aguas para la generación de energía eléctrica.

Complementando la norma señaladas se encuentra el artículo 313, que otorga la categoría de derecho de aprovechamiento consuntivo a los siguientes:

- 1.- Los que emanen de mercedes concedidas por autoridad competente sin obligación de restituir las aguas.
- 2.- Los reconocidos con esta calidad por sentencia ejecutoriada

3.- Los derechos ejercidos con la calidad de consuntivo durante cinco años, sin contradicción de tercero.

Debemos agregar, que también se califican como consuntivo aquellos derechos de aprovechamiento de aguas, que siendo originariamente no consuntivo en razón que las aguas son restituidas en un cauce distinto de aquel donde se extrajeron, sea que ello obedezca a razones técnicas o porque así se solicitó, pese a que las aguas no se consumieron. Así lo resolvió la Contraloría General de la República en el Dictamen No.6.794 de 12 de marzo de 1984.

También resulta pertinente señalar respecto de la norma del artículo 313 No.3 del Código de Aguas, la opinión de Francisco Segura Ravero (Ob.cit., pgs.67), este autor sostiene que dicha norma debe aplicarse respecto de los derechos constituidos conforme a la legislación anterior al Código, pero no entrega a mi entender ningún fundamento para ello. Por el contrario opino, que si la norma no distinguió como lo hace en otras materias, como por ejemplo el artículo 309 y otras, no es dable al intérprete, realizar el distingo, por el contrario estimo que es perfectamente factible la mutación del derecho.

El legislador se ha preocupado en los artículos 14 y 15, si de establecer medidas de resguardo para que subsistan ambos derechos en forma simultánea, al establecer que las aguas debe ser extraídas y restituidas siempre en forma de perjudicar los derechos de aprovechamiento consuntivos, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades. También señala que la coexistencia de ambos derechos, no implica una restricción a la libre disposición de los derechos consuntivos, salvo estipulación expresa en ese sentido.

### 3.3.- Clasificación en cuanto a su ejercicio.

Los derechos de aprovechamiento de aguas en cuanto a su ejercicio pueden ser permanentes o eventuales, esto no significa que el derecho tenga la calidad de eventual o permanente, es su ejercicio, el derecho siempre será permanente.

1.- Derechos de Ejercicio Permanente. Los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio permanente, son los que se otorgan con dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas, en conformidad a las disposiciones del Código de Aguas y las que tengan esta calidad con anterioridad a su promulgación y habilitan a su titular para usar el agua en la cantidad que le corresponda conforme a su derecho.

En el evento que la fuente de abastecimiento de aguas no contenga la cantidad suficiente de aguas para abastecer la totalidad de los derechos de ejercicio permanente, ésta se distribuirá entre ellos en partes alícuotas.

2.- Derechos de Ejercicio Eventual. Por su parte los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio eventual son aquellos que solo facultan a su titular para usar el agua en las épocas, en que el canal matriz tenga un sobrante luego de abastecidos los derechos de ejercicio permanente.

El Código establece entre los derechos de ejercicio eventual una preferencia para su ejercicio, prefiriendo aquellos de mayor antigüedad sobre los más recientes, así señala en

el artículo 18 inciso final lo siguiente: “El ejercicio de los derechos eventuales queda subordinado al ejercicio preferente de los derechos de la misma naturaleza otorgados con anterioridad.”

Conforme a lo señalado en el artículo 16 del Código de Aguas, la regla general es que los derechos de aprovechamiento de aguas son de ejercicio eventual, pues requiere que expresamente se señale que es permanente el ejercicio.

### 3.4.- La clasificación de los derechos de acuerdo al tiempo de ejercicio.

Conforme a la relación entre el derecho de ejercido y el tiempo, el Código en su artículo 19 los clasifica de la siguiente forma:

1.- Derechos de Ejercicio Continuo. Son aquellos que permiten usar el agua en forma ininterrumpida durante las veinticuatro horas del día, señala el artículo 19. Estimamos que a ello deberíamos agregarle para completar este concepto, la posibilidad de ejercicio los trescientos sesenta y cinco días del año. Pues de otra forma podrían existir derechos continuos que solo puedan usarse las veinticuatro horas en determinados períodos.

Se presume que el derecho de aprovechamiento es continuo, en efecto el artículo 24 del Código de Aguas, señala que si el acto no indica otra cosa, se entenderá que su ejercicio es continuo.

2.- Derechos de Ejercicio Discontinuo. Son aquellos que permiten usar el agua durante determinados períodos. Creo que para completar esta definición debería agregarse que el uso del agua no es forma ininterrumpida, pues ello tipificaría de mejor forma la figura, toda vez que los continuos el elemento significativo es el uso ininterrumpido del recurso.

El título deberá consignar la o las oportunidades que se podrá usar el agua, señalando en forma precisa el o los períodos, ello podrá ser por hora, días, semanas, meses o épocas del año. El artículo 24 señala que si el derecho es discontinuo, el uso solo podrá efectuarse en la forma y tiempo fijado en dicho acto.

Debo hacer observación que esta última norma establece la posibilidad que en el título se indique además la manera, del uso del agua, vale decir se podría establecer que el agua pueda ser usada por un determinado fin, circunstancia que hasta la fecha ello no se ha implementado, pero la norma da la posibilidad que así sea, por ejemplo podría constituirse derechos discontinuos para hacer uso en determinado épocas del año, con fines recreacionales, por ejemplo. En este caso el titular del derecho, no solo estará sujeto a usar el agua en un determinado periodo sino que también a darle el uso que se señale en el título.

La cuestión que surge de inmediato como interrogante, es que sucede si no se respeta por parte del titular la época y modo de uso del agua. Este trabajo solo dará cuenta de esta circunstancia, pues no es el objeto.

Debo diferir de lo sostenido por don Gonzalo Arévalo Cunich, en su obra citada, al sostener que no existiría una presunción respecto de la calidad de continuo del derecho aplicable a los derechos establecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código y que habría que recurrir a las normas generales para demostrarlo, estimo que dicha afirmación es del toda errada, pues debemos aplicar en esta materia la presunción, por

cierto simplemente legal, contenida en el artículo 24, que señala "Si el acto de constitución del derecho del aprovechamiento no expresa otra cosa, se entenderá que es de ejercicio continuo". La norma en cuestión no distingue respecto de la oportunidad en que se constituyo el derecho, por consiguiente no es dable realizar esta diferenciación, el legislador cuando ha querido distinguir entre derechos constituidos conforme al Código en vigencia y títulos anteriores lo ha hecho, lo que no ocurre en este caso.

3.- Derecho de Ejercicio Alternado. Para el Código son aquellos en que el uso del agua se distribuye entre dos o más personas que su turnan sucesivamente.

Siguiendo en esto a Gonzalo Arevalo Cunich, (Ob.cit. pg.56) son requisitos de la esencia de este tipo de derecho los siguientes elementos:

- 1.- Que se trate de una misma agua.
- 2.- Que sobre esas aguas tengan derechos más de una persona.
- 3.- Que el título señale que el uso del agua sólo deberá efectuarse en la forma y tiempo fijado en el acto. Este elemento es a mi juicio como lo he formulado, y difiero del autor al que he seguido en esta materia, pues él solo señala para entender la concurrencia de este elemento que el título se precise el tiempo diario o semanal que cada titular podrá usar el agua. Por de pronto creemos que ello es absolutamente insuficiente, pues nada opta a que se establezca no un criterio de día o semana, podría ser de horas, de épocas en fin y además debe señalar la forma, toda vez que el artículo 24 del Código así lo expresa.

Un resumen se trata que se otorga el derecho de aprovechamiento respecto de una misma aguas a más de un titular y en el acto se debe señalara la forma y época en que se utilizará el recurso.

Estimo que la regla general es que los derechos de aprovechamiento de aguas sean de carácter continuo, y la excepción que sean de carácter discontinuo o alternado, llevo a esta conclusión, pues tratándose de estos dos últimos el título debe expresar esa calidad y más aún debe señalar la forma y tiempo en que se usará el agua, de tal suerte que si el título no contiene dichas menciones debemos concluir que es de ejercicio continuo.

3.5.- Clasificación de los Derechos según si se encuentran inscritos o no.

Esta clasificación está a la circunstancia si el derecho de aprovechamiento se encuentra inscrito en el registro de propiedad de aguas.

A partir de la entrada en vigencia del Código de Aguas, actual todos los derechos constituidos por la autoridad deben ser inscrito en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces. La materia se encuentra ampliamente desarrollada en los artículos 112 y siguientes del Código de Aguas.

El Código en sus artículos transitorios contiene diversos procedimientos a objeto que se inscriban los derechos de aprovechamiento de aguas en el Registro, así podemos señalar los artículos 1 y 2 transitorios. La idea del legislador es que todos los derechos de aprovechamiento de aguas se inscriban.

Es de toda lógica concluir que un número significativo de derechos no se encuentran inscritos, toda vez que con anterioridad a la entrada en vigencia del Código su constitución o transmisión o transferencia no requería tal solemnidad y el Código solo data

del 29 de octubre de 1981, fecha de la publicación del Código en el Diario Oficial, pero esto no puede significar que el derecho de aprovechamiento de aguas no exista, sería negar la historia de cinco siglos, lo que no es lógico, ni posible.

Este tesista además en un futuro, propone que el derecho también debe ser clasificado según el estado en que se encuentre el recurso, esto es si el derecho de aprovechamiento de aguas recaerá, en estado en aguas en estado sólido, líquido o gaseoso. Toda vez que estimo que esta materia no se encuentra reglada en forma alguna, y el desarrollo nos llevará a establecer esta regulación.

## CAPITULO III

### MODOS DE ADQUIRIR LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

#### 1.- Introducción

A continuación daremos cuenta de los modos de adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas, dando por establecidos que no es necesario entrar al análisis en detalle los modos de adquirir el dominio de todo tipo de bienes, pues esta materia ha sido abordada suficientemente por autores mucho más calificados que este.

Las normas que debemos tener presente para analizar esta materia la encontramos en los artículos 20 y 21 del Código de Aguas, que interpretadas de una manera armónica me lleva a concluir que el derecho de aprovechamiento de aguas puede adquirirse de diversas formas, resultando aplicable a su respecto todos los modos de adquirir consagrados en nuestra legislación civil y también la establecida en el Código de Aguas y que se encuentra consagrada en el artículo 20 y 22.

Ahora bien, atendida la especial particularidad que presenta la cosa objeto del modo de adquirir, esto es un derecho, vale decir una cosa inmaterial, o al decir de nuestro Código Civil una cosa incorporal, presentará particularidades de las que daremos cuenta y que por lo demás el legislador anticipa, al señalar en el artículo 21 que “ La Transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de lo derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo cuanto estén modificadas por el presente Código”.

Seguiremos en esta materia la clásica división en modos derivativos y modos originarios.

#### 2.- Modos Derivativos.

Sabemos que este tipo de modo supone la existencia de un antecesor en el dominio del derecho.

##### 2.1.- Sucesión Por Causa de Muerte.

No cabe duda que este es un modo idóneo de adquirir el dominio del derecho de aprovechamiento, y así aparece recogido en el Código de Aguas, al señalar respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas inscritos la obligación de practicar la correspondiente inscripción especial de herencia.

Ahora bien a igual conclusión debemos llegar por aplicación de las normas generales, pues se trata de un bien, un derecho, que se encuentra en el patrimonio del causante y que como tal se transmite a sus herederos.

La norma contenida en el artículo 114 No.6 del Código de Aguas, señala que “Deberán inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces: 6.- Los actos, resoluciones e instrumentos señalados en el artículo 688 del Código Civil en el caso de transmisión por causa de muerte de los derechos de aprovechamiento de aguas”.

Por su parte el artículo 688 del Código Civil, señala que “En el momento de deferirse la herencia, la posesión efectiva de ella se confiere por el ministerio de la ley al

heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer de manera alguna de un inmueble, mientras no proceda...”

Para este tesisista, el derecho de aprovechamiento de agua, es de carácter mueble y constituye un bien jurídico, consistente en una cosa incorporal, de ello se sigue que una vez producida la muerte del causante este bien pasa por el solo ministerio de la ley a la posesión del heredero, y ello ocurriría independiente que se practique la inscripción. Si esto es así para los bienes inmuebles, con mayor razón lo es para un bien mueble, como es el derecho de aprovechamiento de aguas, una cosa diversa será que el heredero de un derecho de aprovechamiento de aguas inscrito, quiera disponer de él, para estos efectos deberá efectuar la correspondiente inscripción, pero ésta no tiene la virtud de hacer nacer el derecho, solo existe para los efectos de su historia y publicidad.

Por el contrario, si el derecho de aprovechamiento no se encuentra inscrito, no nace para el heredero la obligación de inscribirlo, se incorpora a su patrimonio en forma directa y por ende podrá disponer de él sin mayores restricciones.

Creo pertinente a este respecto, tener presente la norma contenida en el artículo 1 transitorio del Código de Aguas, que permite la regularización de los derechos inscritos y que se encuentre utilizando por personas diversas. Esta norma dispone que podrá regularizarse mediante la inscripción de los títulos correspondientes desde su actual dueño hasta llegar a la inscripción de la cual proceden.

## 2.2- La Tradición.

En esta materia creo necesario distinguir también si el derecho de aprovechamiento de aguas se encuentra inscrito o no y si el acto o contrato se celebró con anterioridad o en forma posterior a la entrada en vigencia del Código de Aguas que nos rige.

Si el acto es posterior a la entrada en vigencia del Código de Aguas, cualquiera sea la situación que tenga el derecho, vale decir este o no inscrito, el título que le sirva de base a la tradición debe cumplir con cierta formalidad, como es que se otorgue por escritura pública los actos o contratos traslativos de dominio, como también aquellos que constituyan derechos reales sobre los derechos de aprovechamiento de aguas y los actos y contratos traslativos de dichos derechos. Vale decir si constituyo un usufructo sobre un derecho de aprovechamiento de aguas este o no inscrito, ese acto debe ser otorgado por escritura pública y si luego vendo ese derecho de usufructo, también debe ser por escritura pública.

Si el derecho de aprovechamiento de aguas se encuentra inscrito es necesario la correspondiente inscripción del acto traslativo de dominio o la constitución de algún derecho real sobre él. Así se señala expresamente en el artículo 117 del Código de Aguas, al establecer “La tradición de los derechos de aprovechamiento de aguas inscritos se efectuará por la inscripción del título en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces.” y agrega en su inciso final: “ La constitución y la tradición de los derechos reales constituidos sobre ellos, se efectuará por la inscripción de su título en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas del Conservador de Bienes Raíces

respectivo.” . Más aún agrega en el artículo 121, que le son aplicables a los derechos de aprovechamientos de aguas inscrito todas las normas relativas a los inmuebles inscritos.

Ahora bien, si el derecho de aprovechamiento de aguas no se encuentra inscrito rige la norma contenida en el Código en su artículo 113, vale decir es necesario que el acto o contrato se realice por escritura pública.

Respecto de los derechos adquiridos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código de Aguas, estimo que no rige la exigencia que el título conste por escritura pública, pues no existía en el sistema este requisito. Esta norma resulta aplicable solo a contar de la vigencia del Código de Aguas actual, pero no es exigible para los actos y contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del Código, a esta conclusión debemos llegar al aplicar en la materia el artículo 12 de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, que dispone: “Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra” Por consiguiente resultaría aplicable a los derechos de aprovechamiento de aguas objeto de tradición con anterioridad a la entrada en vigencia del Código actual, todas las formas de hacer la tradición de los bienes muebles, consagradas en el artículo 684 del Código Civil, con las particularidades que se trata de un derecho, y en este caso se hará la tradición mostrando los lugares de captación, o los medios para usar el agua, entregando las llaves de la bocatoma, etcétera.

Reforzando nuestra posición debemos citar al efecto la norma contenida en el artículo 115 del Código de Aguas, que faculta al dueño de un derecho de aprovechamiento de aguas a inscribirlo, si participa en una junta, pero no lo obliga, de ello se sigue que el legislador reconoce la existencia de derechos no inscritos y que en el devenir de los tiempos han experimentados diversas transferencias o transmisiones en el dominio de ellos.

También vemos este criterio a propósito de la hipoteca, pues en el artículo 110 y 111 realiza el distingo entre derechos de aprovechamiento de aguas inscrito y no inscrito, disponiendo que respecto de los primeros es menester, su inscripción en el Registro de Hipoteca de Aguas del Conservador, exigiendo escritura pública como título de la tradición.

El legislador señala que es posible constituir un derecho de hipoteca en forma independiente del predio al cual se encuentra destinado el derecho de aprovechamiento. Pero señala como limitante respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas no inscrito, que ellos solo pueden ser hipotecados en forma conjunta con el predio. De esto se sigue que es factible en consecuencia que se constituyan derechos reales sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, pese a que no se encuentre inscrito.

Tan evidente es la situación que precisamente los artículos 1 y 2 Transitorios del Código de Aguas, establecen un procedimiento destinados a que los derechos de aprovechamiento de aguas que no se encuentren inscrito, ya sea, porque no lo fueron nunca o ya sea por que se omitieron actos e inscripciones que den cuenta de las diversas mutaciones en el dominio de ellos, puedan ser incorporados en la actualidad al sistema registral mediante su inscripción, pero ello no es obligatorio según podemos colegir de la expresión podrán empleadas en ambas disposiciones. De esta forma el legislador reconoce que el derecho de aprovechamiento de aguas, no requiere para su existencia una inscripción

registral y que para su transmisión o transferencia deba hacerse mediante la inscripción en el Registro de Propiedad.

Cosa diversa es que a contar de la entrada en vigencia del Código de Aguas que nos rige, se exija respecto de los derechos inscritos que la tradición se efectúe por medio de la inscripción registral.

Hay autores como Guzmán y Ravera, que en esta materia distinguen si el derecho de aprovechamiento de aguas se encuentra inscrito o no, y a su vez si es de carácter mueble o inmueble, este tesisista no comparte tal distinción, pues es de la opinión que el derecho de aprovechamiento de agua es de carácter mueble, toda vez que es un derecho que recae sobre una cosa esencialmente mueble y que en forma excepcional podría ser catalogado de inmueble.

Un distingo interesante para abordar esta materia relativa a si es necesaria la inscripción respecto de los derechos no inscritos, la realiza Francisco Segura Ravera, el distingue en los derechos no inscritos, dos tipos; derechos constituidos conforme a la antigua legislación y los derechos presumidos en el Decreto ley No.2.603. y al respecto señala que en el primer caso la situación respecto si es necesaria la inscripción para realizar la tradición señala que es discutible, por una parte tenemos la norma del artículo 311, que obligaría al transferirlo ajustarse a las normas actuales y para los que sostiene la tesis contraria cita en su apoyo la norma del artículo 121, norma que establece que los derechos inscritos se deben ajustar a la disposiciones que rigen la propiedad raíz, por lo que sólo regiría respecto de los derechos inscritos y no respecto de los no inscritos.

Respecto de los derechos presumidos en el Decreto ley No.2.603, también señala que existen argumentos en uno y otro sentido, el estima que por una parte esa situación de la presunción no sería transferible o trasmisible, pues no se podría independizar del hecho en que se fundamenta, que es el uso de las aguas, y cita en apoyo la norma del artículo 181 del Código de Aguas, que establece el amparo de aguas, la norma distingue entre el titular del derecho de aprovechamiento y la situación de la presunción del 2.603. Para otros, si la ley presume la existencia del derecho, nada impediría que se transfiera, pues es un bien que se encuentra dentro del patrimonio del titular y no existe norma que prohíba su disposición.

El Decreto ley 2.603, señaló en su artículo 1 transitorio que estos derechos para ser transferido debían inscribirse, esta norma en nuestro Código actual no existe, de lo que se sigue que no requieren inscripción pues de otra forma se habría exigido como se hizo con anterioridad.

### 3.- Modos Originarios.

Estos modos serán los que el derecho nace en forma originario para el titular de él, sin que exista un predecesor de él.

Para abordar esta materia debemos tener presente la naturaleza de la cosa que es objeto de la adquisición, que es una cosa inmaterial, el derecho de aprovechamiento de aguas.

A continuación analizaré los diversos modos de adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas, en las que nace para su titular de una manera original, vale decir sin que exista un predecesor en el dominio y sin que medie una transferencia o transmisión.

### 3.1.- Ocupación.

Este modo descansa sobre la base que medie un apresamiento material de la cosa que se adquiere, lo que puede existir es un apresamiento material de las aguas, pero ello no significa el apresamiento del derecho de aprovechamiento, que es lo que por otra parte las aguas son bienes nacionales de uso público, por ende tampoco concurre el elemento que no exista dominio sobre ella o que se desconozca su titular, las aguas son de toda la nación, de esta forma no se concurre un elemento que se encuentra en la definición dada por el legislador en el artículo 606 del Código Civil, al señalar que "Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición...". Por estas mismas razones es que tampoco cabe sostener que existe la situación establecida en el artículo 624, la invención o el hallazgo, que se encuentra concebida como una forma de ocupación por la cual una cosa inanimada que no pertenece a nadie se adquiere su dominio apoderándose de ella.

Alguien podrá sostener que cuando cavo un pozo y encuentro aguas y luego extraigo estas para usarlas, estamos en la situación señalada del hallazgo, pero estimo que en tal caso, sólo luego de haber usado esas aguas por un espacio de tiempo se adquiere el derecho de aprovechamiento de las aguas. Pero esto no es producto de haber encontrado las aguas y de haberlas capturado, y que como consecuencia de esos actos, en forma inmediata nazca en el sujeto activo de esas acciones, el derecho de aprovechamiento de aguas. En este evento a mi juicio operará otro modo de adquirir el dominio del derecho de aprovechamiento, como lo desarrollaré en el siguiente capítulo. En todo caso debo consignar que la doctrina estima que puede existir discusión al respecto como lo consigna Guzman y Ravera (Ob. Cit., pag. 76). Para otra parte de la doctrina, lo niega absolutamente como ocurre con Francisco Segura, respecto de las situaciones posteriores a la entrada en vigencia del actual Código, pero si lo acepta para antes reconociéndole el efecto de ser título para adquirir la posesión (Ob.Cit. pag.114)

### 3.2.- La Accesión

Respecto del modo de adquirir accesión, este tesista es de la opinión que tampoco es procedente, como lo sostenemos a continuación.

La accesión conforme a lo señalado en el artículo 643 del Código Civil, es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella

Podríamos estimar que las aguas son un fruto natural, pues lo da la naturaleza ayudada o no de la industria humana. Efectivamente las aguas son un producto que nos brinda la naturaleza, pero no el derecho de aprovechamiento de aguas, las aguas son dadas por la pacha mama a todos los habitantes de este planeta y en el caso concreto a todos los habitantes de nuestro país, no así el derecho de aprovechamiento de ellas, vale decir la potestad de usarlas en forma exclusiva, esto solo lo obtendré por otros modos de adquirir,

pues la simple circunstancia de cavar un pozo y extraer las aguas que me produce, más bien, me otorga la tierra donde he cavado, no por ello adquiero en forma inmediata el derecho de usar dichas aguas.

Puede que alguien sostenga que existe una accesión de una cosa mueble a inmueble, en la figura que otorga al propietario ribereño derechos de aprovechamiento de aguas respecto de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas, de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad.

En este caso estimo que no existe tal accesión, pues el agua no se junta con la tierra, y no existe una cosa principal y una cosa accesoria, el agua no se incorpora al predio con el que deslinda, más aún aunque se mezclara, no nace por ello el derecho de aprovechar dichas aguas.

Lo que existe en esta situación como modo de adquirir es la ley. En efecto en este caso es título y modo la norma legal que dispone que el dueño ribereño tiene derechos de aprovechamiento de agua sobre las aguas que componen el lago, la laguna o el pantano, materia de la que daremos más adelante en este trabajo.

La doctrina en esta materia es unánime en sentido que no operaría este modo de adquirir el derecho de aprovechamiento de agua.

### 3.3.- La Ley.

Este modo de adquirir opera toda las veces en las cuales una norma legal, señala que se adquiere el dominio del derecho de aprovechamiento de aguas, en tales eventos es título y modo de adquirir.

Podemos identificar a nuestro juicio los siguientes casos:

1.- La situación señalada en el artículo 20 del Código de Aguas, recién señalado, esto es el derecho de aprovechamiento de aguas que tiene el dueño de la propiedad ribereña a un lago no navegable por embarcaciones superiores a cien toneladas; a una laguna o a un pantano.

Nos surgen algunas inquietudes respecto de esta situación, pero que nos las desarrollaremos, por de pronto que pasa si existe alrededor del lago o laguna distintos dueños, se constituirá una comunidad dueña de esos derechos de aprovechamiento de aguas, por el solo ministerio de la ley ?. Como se determinarán la cantidad sobre las cuales se ejercerá el derecho de aprovechamiento de aguas, bueno en fin surgen una serie de interrogantes.

2.- Los derechos de aprovechamiento, sobre las aguas de una vertiente que nace y muere en una misma heredad. Estamos en presencia de la existencia de un punto de afloramiento de aguas, que se sitúa en un inmueble y que luego escurren y que no salen de la predio donde nacen. El derecho de aprovechar esta agua nace por el solo ministerio de la ley para el dueño de la finca donde nacen y mueren dichas aguas.

3.- La situación conocida como "Las Aguas del Minero".

El Código de Minería en su artículo 110, señala: "El titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas

en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión y se extinguirán con ésta”.

Este tema resulta de suma importancia atendida la vocación minera de nuestro país, pero estimo con creces escapa al objeto de este trabajo, materia que algún día me gustaría desarrollar con la profundidad necesaria para dar cuenta de ella. Por de pronto diré que se trata de un derecho que permite usar las aguas que se producen con el desarrollo de la actividad minera, la que por cierto usa en todo el proceso productivo una gran cantidad de aguas, toda vez que los equipos son hidráulicos.

El Código para no dejar duda, señala que este derecho de usar las aguas es por el sólo ministerio de la ley y que estos derechos son inseparables de la concesión minera, de tal suerte que al extinguirse ésta desaparece el derecho de aprovechamiento.

La norma contenida en el artículo 110 transcrito aparece reiterada en el artículo 56 inciso segundo del Código de Aguas.

#### 3.4.- Las Aguas de los Pozos Domésticos.

Nos encontramos en la situación señalada en el artículo 56 del Código de Aguas, que dispone que “Cualquiera puede cavar en suelo propio para las bebidas y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabo se el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo”.

Bueno lo primero, que debo comentar es que consagrar la facultad de cavar en suelo propio, por consiguiente no opera en suelo ajeno, salvo que cuente con autorización para ello del dueño. El segundo comentario es que se adquiere el derecho de aprovechamiento, pero respecto de las aguas destinadas a la bebida y uso doméstico, por ende debemos descartar cualquier otro uso de las aguas, aquí el legislador está recogiendo a mi entender, el derecho humano al agua y saneamiento, derecho que por cierto estimo que es exigible en nuestro sistema jurídico, es a mi entender una manifestación de este derecho humano, el derecho de tener acceso al agua necesaria para la subsistencia humana.

Cualquier otro uso de las aguas y más aún en la parte que excede a lo necesario para la subsistencia humana, no queda cubierto con este modo de adquirir que es la ley y por ende deben operar los otros modos, así se desprende por lo demás de lo dispuesto en el artículo 57 del Código de Aguas, al señalar que “El derecho de aprovechamiento de las aguas subterráneas para cualquier otro uso se regirá por las normas del Título III de este Libro y por los de los artículos siguientes”.

#### 3.5.- Aguas Pluviales

En esta materia debo distinguir las siguientes situaciones que establece el Código:

### 3.5.-1.- Aguas que caen dentro del Predio.

El dueño de un inmueble adquiere el dominio de los derechos de aprovechamiento de las aguas que precipitan en el interior del predio, y puede hacer uso de ellas. Ahora bien, ello operará mientras se encuentren en la finca y no caigan a cauces naturales de uso público.

El dueño del inmueble podrá capturar las aguas y almacenarlas.

Este derecho se encuentra establecido en el artículo 10 del Código de Aguas que lo consagra de la siguiente forma: “ El uso de las aguas pluviales que caen o se recogen en un predio de propiedad particular corresponde al dueño de éste, mientras corran dentro de su predio o no caigan a cauces naturales de uso público.

En consecuencia, el dueño puede almacenarlas dentro del predio por medios adecuados, siempre que no perjudique derechos de terceros”.

Esta última condición que establece la norma, invade todo el derecho de aguas, siendo un principio que deberíamos agregar dentro de la dogmática del derecho de aguas, que el ejercicio del derecho de aprovechamiento, no irrogue perjuicio a un tercero. Ahora bien, cuesta trabajo imaginar que situación es la podría generar perjuicio a los derechos de un tercero, si el propietario de un predio capta las aguas lluvias y luego las utiliza, creo que es una materia que requiere un análisis más profundo.

### 3.5.2.- Aguas Lluvias del Camino.

A esta situación se refiere el artículo 11 del Código de Aguas, al señalar lo siguiente: El dueño de un predio puede servirse, de acuerdo con las leyes y ordenanzas respectivas, de las aguas lluvias que corren por un camino público y torcer su curso para utilizarlas. Ninguna prescripción puede privarle de este uso.”

Se trata de aguas, que por cierto son un bien nacional de uso público, que precipitan en un bien nacional de uso público, como es un camino público, y en esto debemos marcar la diferencia, ya que en la situación anterior, precisamente la circunstancia que las aguas escurrieran hacia un cauce natural de uso público, determinaba la pérdida del derecho, aquí no, pero debe tratarse de un camino público. Le es permitido al dueño del predio efectuar las obras necesarias para capturarlas, debiendo respetar las normas legales y reglamentarias del caso.

Este derecho estimo es inherente al dueño del predio en el que las aguas son utilizadas, no pudiendo separarse de éste.

En la parte final se consagra la imprescriptibilidad de este derecho, cuestión sobre la que volveremos más adelante al analizar la prescripción como modo de adquirir.

### 3.6.- Expropiación

Por cierto no estamos refiriéndonos al modo de adquirir, que opera del Estado o de sus entes cuando utiliza este mecanismo, en virtud del cual puede privar total o parcialmente del dominio de un cosa a un particular. Me refiero a la situación prevista en el artículo 27 del Código de Aguas, en la parte, que obliga a dejar una cantidad de aprovechamiento de aguas a favor del expropiado, estimo que en ese evento el modo en que adquiere el expropiado los derechos para satisfacer sus necesidades domésticas, es por el solo ministerio de la ley y constituye un reflejo del derecho humano al agua. Esta conclusión se desprende al analizar la norma en cuestión que dispone: “Cuando sea necesario disponer la expropiación de derechos de aprovechamiento para satisfacer menesteres domésticos de una población por no existir otros medios para obtener agua, deberá dejarse al expropiado la necesaria para iguales fines”.

### 3.7.- Aguas Indígenas

La Ley No. 19.253, en su artículo 64, dispuso, que serán consideradas bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en terrenos de la comunidad. Más aún la norma establece una prohibición de otorgar nuevos derechos respecto de fuentes que surtan las aguas de la comunidad.

La norma en cuestión nos merece los siguientes comentarios:

- 1.- No se establece un dominio individual respecto de estas aguas,
- 2.- Se trata de aguas que existan en predios de la comunidad.
- 3.- Es un reconocimiento al uso consuetudinario que los indígenas han hecho de las aguas, vale decir le está otorgando el dominio por haber adquirido por prescripción esta agua.
- 4.- Se otorga el dominio y uso de las aguas. Al parecer el legislador quiso otorgar no solo el derecho de aprovechamiento de las aguas, sino el dominio de las mismas.

#### 4.- El Acto de Autoridad.

Este es el modo por esencia regulado en el Código de Aguas, y así expresamente se indica en el artículo 20 al señalar: “El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad”, por su parte el artículo 22 dispone que: “La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar o menoscabar derechos de terceros, y considerando la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas, en conformidad a lo establecido en el artículo 3°”.

Creo conveniente resaltar un par aspectos que no entrega la norma recién señalada, y que son los siguientes:

1.- Es la autoridad la que debe constituir el derecho. Esta autoridad es el Director General de Aguas o un delegado de este facultado para esos efectos. También puede dictar la resolución el Presidente de la República, en el caso previsto en el artículo 148 del Código de Aguas.

2.- La norma señala que el derecho nace originalmente por un acto de autoridad, resaltando de esta forma el rol que le compete a la autoridad en la administración del recurso.

3.- La actividad de la autoridad reconoce dos límites:

A.- Que el derecho debe constituirse sobre aguas en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso.

B.- Que no puede menoscabar ni perjudicar derechos de terceros.

4.- Debe considerar el concepto de cuenca definido en el artículo 3 del Código, vale decir debe tener en cuenta la relación entre las aguas superficiales y subterráneas, como un todo. Estableciendo que dos son las vías por las cuales la autoridad puede constituir el derecho:

4.1.- Conforme al Procedimiento establecido en los artículos 140 y siguientes del Código de Aguas.

4.2.- Mediante Remate. A continuación daremos brevemente cuenta de las dos vías que tiene la autoridad.

#### 1.- Procedimiento de Constitución.

##### A.- Solicitud

El procedimiento se inicia por medio de una solicitud que debe cumplir con los requisitos del artículo 140 del Código de Aguas, esto es:

1.- Individualización del Solicitante.

2.- Individualización del Alveo de las aguas, con indicación de si son superficiales o subterráneas, corrientes o detenidas y la provincia en que se encuentran ubicadas. Si son aguas subterráneas se indicará además el área de protección.

3.- La Cantidad de agua expresada en medida métricas y de tiempo. Si son aguas subterráneas se expresará además la cantidad de agua a extraer e un instante y la cantidad anual en metros cúbicos que se extraerá.

4.- El o los puntos de captación de las aguas. Si son aguas subterráneas se indicará las coordenadas en UTM y la comuna del punto de captación. Por su parte si se captará mediante un embalse, o barrera ubicada en el álveo, se entenderá como punto de captación, la intersección entre el nivel máximo de dichas obras con la corriente natural.

5.- Si son derechos no consuntivos se debe indicar el punto de restitución de las aguas y la distancia y desnivel entre el punto de captación y restitución.

6.- El modo de extraer las aguas.

7.- La naturaleza del derecho que se solicita. Debe indicar si es consultivo o no; si es permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado.

8.- En el evento que se solicite un volumen de agua superior a 100 litros por segundo en las regiones Primera a Metropolitana ambas inclusive y de 500 litros por segundo en las demás regiones, respecto de derechos no consuntivos y respecto de los consuntivos superior a 10 litros por segundo en las regiones primera a metropolitana ambas inclusive y 50 litros en las demás. Deberá acompañarse una memoria explicativa que indique la cantidad de aguas a extraer según el uso que se dará a las aguas.

#### B.- Presentación.

Esta solicitud se presenta ante la Dirección Regional de Aguas o ante la Gobernación provincial, respectiva si no existiera oficina de la primera en el lugar para ante la Dirección General de Aguas.

#### C.- Publicidad.

Se debe publicar extractada mediante avisos en el Diario Oficial los días 1 o 15 de cada mes o en el día siguiente hábil; en un diario de Circulación Nacional y del lugar donde se encuentre el punto de captación, además deben efectuarse tres avisos de difusión radial. Sin perjuicio de lo anterior también se puede disponer la notificación personal de los presuntos afectados.

#### D.- Oposición.

Los terceros que se sientan afectados con la solicitud tienen el plazo de 30 días para formular oposición, contados desde la última publicación. De la oposición se dará traslado al solicitante quien tiene el plazo de 15 días para contestar.

#### E.- Tramitación.

La Dirección General de Aguas, a petición de parte o de oficio, podrá solicitar las aclaraciones, decretar las inspecciones oculares o informes que estime pertinente, a objeto de resolver la controversia, emitiendo un informe técnico al efecto.

#### F.- Recursos.

En esta materia distinguimos dos recursos:

##### 1.- Reconsideración.

Las resoluciones que se libren pueden ser objeto de un recurso de reconsideración, para el cual existe un plazo de 30 días contados desde la notificación de la resolución respectiva.

##### 2.- Reclamo

Las resoluciones que se dicten pueden ser objeto de un reclamo ante la Ilustres Corte de Apelaciones respectiva, dentro del plazo de 30 días contados desde la notificación de la resolución o desde la notificación de la resolución que resuelva el recurso de reconsideración.

#### G.- Resolución.

El derecho se constituirá por resolución dictada por la Dirección General de Aguas, o por decreto del Presidente de la República en los casos señalados en el artículo 148, lo que tiene lugar en casos excepcionales y de interés general.

La resolución que acoja la solicitud lo hará si se cumplen dos condiciones copulativas:

- a) Existencia de aguas disponibles.
- b) La solicitud fuera legalmente procedente

La Dirección General de aguas, puede mediante resolución fundada limitar el caudal, si manifiestamente no hubiere equivalencia entre la cantidad de agua que necesita extraer, y los fines señalados.

También existe la posibilidad para la Dirección, con acuerdo del interesado al no existir el recurso en la cantidad solicitada, concederlo en cantidad y condiciones distintas a las solicitadas.

La resolución que concede el derecho deberá contener:

- 1.- La individualización del adquirente.
- 2.- El nombre del álveo o individualización de la comuna en que se encuentre la captación de las aguas subterráneas que se desea aprovechar y el área de protección.
- 3.- La cantidad de agua que se autoriza a extraer, expresado en volumen por unidad de tiempo.
- 4.- El o los puntos precisos donde captará el agua y el modo de extraerla.
- 5.- El desnivel y puntos de restitución de las aguas si se trata de usos no consuntivos.
- 6.- Las características del derecho, esto es si es consuntivo o no consuntivo; de ejercicio permanente o eventual; continuo o discontinuo o alternado.
- 7.- Otras especificaciones técnicas relacionadas con la naturaleza especial del respectivo derecho y las modalidades que lo afecten, con el objetivo de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros.

#### H.- Formalidades.

La resolución que otorga el derecho debe reducirse a escritura pública, en la que comparece el interesado y el Director Regional de Aguas, facultado para esos efectos.

Luego esta escritura debe inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces donde se encuentren el punto o los puntos de captación y la Dirección General de Aguas, deberá registrar en el Catastro Público que debe llevar.

#### 4. 2.- Mediante Remate.

En el evento que en el plazo de seis meses desde la presentación de la primera solicitud se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hubiere suficiente recursos para ello, la Dirección General de Aguas dispondrá el remate de estos derechos.

La citación para la constitución de nuevos derechos la efectuará la Dirección General de Aguas, esta citación la efectuará mediante carta certificada enviada a los domicilios de los interesados, señalando las bases del remate, el día, hora y lugar de la subasta.

Los interesados pueden concurrir a la subasta, pero también lo puede hacer el Fisco y las instituciones del sector público, en las mismas condiciones. Ahora si se trata de aguas superficiales puede concurrir a la subasta cualquier interesado.

El objeto de la subasta es el derecho de aprovechamiento de aguas, esto es materia de discusión, pues se estima que el derecho de aprovechamiento no existe aún, y que lo subastado sería el derecho preferente para adquirir el derecho de aprovechamiento de agua, Francisco Segura. Ob. cit. pg. 79.

El derecho se dividirá en unidades no superiores a las solicitadas y se adjudicará al mejor postor. Terminada la subasta el funcionario encargado de ella levantará acta de lo obrado en la que se dejará constancia expresa del acuerdo entre el adjudicatario y la Dirección General de Aguas. Esta acta se incorporará a la resolución que constituye el derecho y que tendrá que cumplir los requisitos ya señalados.

## CAPITULO IV

### LA PRESCRIPCIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

La prescripción es un modo de adquirir el dominio establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no es el objeto de este trabajo dar cuenta de esta institución en términos generales, sino solo en la medida que ella resulte aplicable como modo de adquirir el dominio del derecho de aprovechamiento de aguas.

#### 1.- Reseña Histórica de la Prescripción como Modo de Adquirir.

En el Capítulo primero de alguna forma, dimos cuenta de la evolución histórica que ha tenido este modo de adquirir en el devenir de los tiempos, así hemos podido constatar que la Ley Española de fecha... se refería a la materia reconociendo a la prescripción como modo de adquirir, pese a que se estimaba las aguas como bienes que pertenecían a la Corona.

Para entrar al análisis de esta materia en nuestro sistema actual, forzoso resulta referirse a la regulación que este modo ha tenido en nuestro sistema en los últimos sesenta años.

El Código de Aguas del año 1951, contemplaba este modo de adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas, regulándolo en un título completo, y así señalaba el plazo de cinco años para la prescripción ordinaria y de quince para la extraordinaria. Ahora bien, este modo de adquirir solo operaba entre particulares, lo que resultaba del análisis de los artículos 23 y 25, el primero disponía que el derecho de aprovechamiento de aguas solo se podía adquirir en virtud de una merced concedida por el Presidente, en la forma señalada en el Código y agregaba que ni aún el goce inmemorial bastará para constituirlo. Por su parte el artículo 25 disponía que la adquisición y disposición del derecho entre particulares se regía por el Código Civil, salvo en lo que estuviere modificado.

Con posterioridad al dictarse la Ley No. 16.640, este modo fue prohibido en términos absolutos, en efecto el artículo 94 inciso final dispuso “No se podrá adquirir por prescripción el dominio de las aguas ni el derecho a usarlas”

Este cambio de criterio planteó diversos problemas, pues que pasaba con las personas que a la época de vigencia no habían completado el plazo de prescripción que establecía el Código del año 1951. Creo que la respuesta la encontramos en el artículo 26 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de la Ley, que señala “Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiere principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autoriza la prescripción”. Respecto de los que había cumplido el plazo, estimo que el derecho de aprovechamiento había sido adquirido por prescripción, siempre que ésta se hubiere declarado en los términos que establecía el Código.

Al respecto sostengo que esta situación se mantuvo hasta la dictación del Decreto Ley No.2.603, toda vez que en su artículo 7 establece presunciones de dominio del derecho de aprovechamiento, pese a que no exista un acto de autoridad o inscripción en que se funde.

En efecto y siguiendo al profesor Alejandro Vergara Blanco ( ob. cit. pag. 331) es la base del reconocimiento de los usos consuetudinarios, y por ende de la posesión de los derechos de aprovechamiento de aguas y de la adquisición de los mismos por medio de la prescripción. Así el profesor Vergara señala “ En el fondo, en el artículo 7 del D. L. 2603, encuentra su fundamento el procedimiento de regularización de aguas consuetudinarios. Tal artículo, además de establecer una poderosa presunción de “dominio del derecho de aprovechamiento de aguas” ( y que por lo tanto origina una aplicación inmediata del artículo 19 No.24 inciso 10 de la Constitución, y de tu su entramado sustantivo y procedimental)” y luego agrega “y es central para comprender el espíritu del procedimiento de regularización de derechos de aguas establecidos en el artículo 2º transitorio del Código del ramo”.

Este Decreto ley de fecha 23 de abril de 1979, vino a complementar el Acta Constitucional No.3, que en lo pertinente para estos efectos dispuso, agregar a ella en el No.16 del artículo 1, antes del inciso final, el siguiente nuevo inciso: “Los derechos de los particulares sobre las aguas reconocidos o constituidos en conformidad a la Ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos. Esta norma con algunas variaciones de redacción es la que existe en nuestra actual constitución en el artículo 19 no. 24 inciso 11 al disponer “ Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Pero este Decreto además estableció una presunción de dominio en su artículo 7, al señalar “Se presumirá dueño de derechos de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentra actualmente utilizando dichos derechos.

En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentra actualmente haciendo uso efectivo del agua”.

Esta norma se encuentra vigente y no ha sido derogada en ninguna forma, por lo que resulta plenamente aplicable, más aún nuestra Código realiza una remisión expresa a esta norma, al disponer en su artículo 181, que es procedente el amparo judicial a la situación del artículo 7 del Decreto Ley No.2.603. Esto también ha sido recogido por la Jurisprudencia tanto de nuestro más alto Tribunal en la causa caratulada “Sociedad Colectiva Civil Administradora de Agua Pampa Algodonal con Director General de Aguas” ( Ver Revista de Minas y Aguas Volumen III y Volumen VI )

Luego se dicta el Código de Aguas de 1981, que es el actual vigente, este cuerpo legal establece en diversas normas la procedencia de este modo de adquirir, así por ejemplo señala en su artículo 21, al establecer que la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento de aguas, se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil.

El artículo 310 No.3 del Código de Aguas señala que subsistirán los derechos de aprovechamiento reconocidos por sentencia ejecutoriada a la fecha de promulgación del Código y los que emanen de prescripción.

También podemos establecer siguiendo el método a contrario sensu, que es procedente este modo de adquirir, al señalar el Código en su artículo 11, que el dueño de un predio puede servirse de las aguas lluvias que corren por un camino público, y declarar que ninguna prescripción puede privarla de ella. O la norma contenida en los artículos 54 y 55 del Código de Aguas, el primero declara que el uso de los derrames o drenajes por un tercero, son actos de mera tolerancia, que no confieren posesión ni dan fundamento para la prescripción y el segundo al establecer que los derechos, gravámenes o servidumbres sobre derrames y drenajes, no se pueden constituir por el goce inmemorial de ellos.

En consecuencia creo que no existe duda que el modo de adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas por medio de la prescripción es del todo procedente al amparo de nuestra actual legislación.

## 2.- Los Elementos de la Prescripción del Derecho de Aprovechamiento de Agua.

El artículo 2498 del Código Civil, que resulta aplicable a la materia, toda vez que el Código de Aguas, señala en su artículo 21 que la adquisición o pérdida por prescripción se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el Código de Aguas, la norma señala de nuestra legislación civil dispone: "Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales" y agrega en su inciso segundo que " Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados"

Los elementos de la prescripción son en consecuencia los siguientes:

- 1.- Una cosa susceptible de Adquirirse por Prescripción.
- 2.- La Posesión de la Cosa.
- 3.- Transcurso del Tiempo.

A continuación analizaremos estos elementos respecto del derecho de aprovechamiento de aguas.

### 2.1.- La Cosa.

El primer elemento que resulta procedente señalar es que la cosa que se adquiera sea susceptible de adquirirse por prescripción. Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del Código de Aguas, el derecho de aprovechamiento de aguas se define, como un derecho real, que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el Código señalado.

Agrega en su inciso segundo, que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas, es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.

Debemos a este respecto tener absoluta claridad, respecto a la diferencia entre el derecho de aprovechamiento de aguas y las aguas mismas, toda vez que estas últimas son bienes nacionales de uso público y por consiguiente se encuentran fuera del comercio humano y no son susceptible por consiguiente de adquirirse por prescripción, ya que su dominio le pertenece a la nación toda.

También resulta pertinente tener en cuenta el giro que experimenta nuestra legislación en cuanto a la filosofía que la inspira, toda vez que se crea un mercado de las aguas y el derecho de aprovechamiento de aguas, pasa desde un derecho de carácter administrativo, a tener un contenido patrimonial, en buenas cuenta pasa a ser un factor económico más, sujeto a las leyes del mercado. Esto viene a reforzar que el derecho de aprovechamiento de aguas, es susceptible de adquirir por prescripción, toda vez que es un bien económico, como cualquier otro.

Sea establecido este este criterio, corresponde determinar por los efectos que de ello se deriva, que calidad jurídica tiene este bien, esto es si es un bien mueble o inmueble.

Esta materia ha sido objeto de debate en la doctrina y también en la jurisprudencia. Este tesista se inclina, por estimar que el derecho de aprovechamiento de aguas es un bien mueble, primero, pues por esencia lo es, las aguas, son un bien mueble y por ende los derechos que puedan constituirse respecto de ellas serán muebles.

Por lo demás, el propio Código si bien no califica el derecho de aprovechamiento de aguas, sí establece que las aguas son bienes muebles en su artículo 4 y señala que son inmuebles cuando se encuentran destinados al beneficio y cultivo de un inmueble. Ahora bien, si por este hecho, cambiara la naturaleza de las cosas, deberíamos llegar a situaciones absurdas en que una pala o cualquier elemento de labranzas de un predio, por estar destinados al beneficio y cultivo de él, debería en su enajenación observar, todas las formalidades de la enajenación de los bienes inmuebles, el derecho no puede darle la espalda a la realidad de las cosas, las aguas son bienes que se transportan de un lugar a otro.

Comparto plenamente el criterio del profesor René Ramos Pazos, quien en forma categórica afirma que el derecho de aprovechamiento de aguas es mueble, y para los efectos de fundar su afirmación señala "El que las aguas sean muebles por destinación no le quita su naturaleza mueble, pues los motivos de la ficción que constituyen los inmuebles por destino son de orden práctico, Trátese de evitar que con la separación de esas cosas se menoscabe la utilidad do productividad económica del inmueble principal." Según lo afirma en su obra Adquisición y pérdida del derecho de aprovechamiento de aguas por prescripción, en la Revista de Derecho Universidad de Concepción (No.176, Julio - diciembre de 1984, pag. 104-105).

Para parte de nuestra doctrina e incluso para la jurisprudencia el derecho de aprovechamiento de aguas sería inmueble, cuando se encuentran destinadas las aguas al beneficio y cultivo de un predio (Arévalo Cunich, Gonzalo 2011: "Las aguas y su naturaleza jurídica generalmente inmueble" en Código de Aguas Comentado (Santiago, Abeledo Perron) T.I. pg.10 y siguientes).

Para otros (Escudero Ahumada, Bernardino, ob.cit. p.39) es necesario realizar un distingo entre el derecho de aprovechamiento de aguas muebles y un derecho de aprovechamiento de aguas inmuebles. Así será mueble, cuando las aguas no se encuentren destinadas al servicio de un inmueble y será inmueble cuando lo están. Sostiene ello, por cuanto el Código de Aguas en su artículo 4, no califica la naturaleza del derecho de aprovechamiento de aguas, y si lo hace respecto de las aguas mismas, y por consiguiente debemos aplicar la norma 580 del Código Civil, en ausencia de una norma especial sobre la materia.

Así también, en la doctrina extranjera existe la opinión unánime que las aguas son bienes muebles, dada su naturaleza. (Ver ob. cit. Francisco Segura Rivero, pg.41).

El derecho de aprovechamiento de aguas es un bien mueble, incluso cuando el agua se destina al beneficio de un inmueble, pues el agua desaparece cuando se le utiliza, se consume. A este respecto Patricio Agurto Tapia, señala: "En el caso de los predios agrícolas, no puede ser inmueble por destinación las aguas que desaparecieron por su aplicación al riego y bebida. Las que están por extraerse de la fuente, aún no se destinan a aplicar al uso, cultivo o beneficio del predio, pues cuando se utilicen también desaparecerán, siendo reemplazadas por otras distintas de las anteriores y así sucesivamente" (Agurto Tapia, Patricio, Comentarios al proyecto de ley sobre inscripciones de derechos de aguas, (Artículo 118 del Código de Aguas) Revista de Derecho de Agua, Volumen 6, año 1995, pag 215.).

Como es sabido, la regla general es que se pueda adquirir por prescripción, todo tipo de bienes. Existen derechos de aprovechamiento de aguas, que el legislador niega expresamente que se puedan adquirir por prescripción, estos derechos son los que recaen en:

- 1.- Las aguas lluvias que corren por un camino público, que el dueño de un predio torce su curso para utilizarlas de acuerdo a las leyes y ordenanzas, artículo 11 del Código de Aguas.
- 2.- Las aguas de derrames o drenajes que un tercero usa, artículo 54 del Código de Aguas.
- 3.- Los derechos, gravámenes o servidumbre sobre derrames y drenajes.

Que es la cosa susceptible de adquirir por prescripción, resulta el tema relevante a dilucidar, establecido que sea, que existe unanimidad en la doctrina que este modo de adquirir operaría entre particulares, al decir del Código de Aguas del año 1951, pero que ocurre respecto de este modo de adquirir respecto de los derechos que no han sido otorgado por la Autoridad, esto es que no han ingresado al mercado de las aguas por el modo originario al que no hemos referido como acto de autoridad. Entones es necesario plantearse ¿Es posible que se adquiera de un modo originario el derecho de aprovechamiento de aguas por prescripción adquisitiva?

Ahora bien, es posible que se adquiera el derecho de aprovechamiento de aguas, cuando éste ha sido concedido por la autoridad y se encuentra debidamente inscrito por su titular?

Seguiremos con el análisis de los demás elementos que integran la prescripción para luego volver sobre estos dos temas.

## 2.2.- Posesión.

Se discute si es posible la posesión sobre los bienes incorporeales, y para algunos esto no es posible, toda vez que faltaría la corporalidad que involucra la posesión, y se estima que lo que existiría sería una cuasi posesión.

Trataremos de dar cuenta de que si es posible la posesión del derecho de aprovechamiento de aguas, y desde ya diremos que ello es absolutamente procedente y así lo debemos concluir al realizar un análisis exegético del Código de Aguas, que nos rige. En efecto, el Código indica en su artículo 6 inciso segundo dispone: El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él, en conformidad a la ley.”, Resulta claro que el titular del derecho se le concede la posesión del derecho, toda vez que puede usar, gozar y disponer de él.

El artículo 181 del Código Aguas, al establecer el amparo judicial, lo hace procedente respecto de aquellos que gozan de la presunción del artículo 7 del Decreto Ley No.2603, dentro de los cuales existen los poseedores.

El Código establece el Título IX, a las acciones posesorias, las que tienen por objeto no las aguas, sino la protección del derecho de aprovechamiento de ellas.

También se refiere a ello, cuando niega la posibilidad que exista posesión del derecho de aprovechamiento de las aguas de los derrames o drenajes, al señalar expresamente en su artículo 54, que estos usos son actos de mera tolerancia y que no dan posesión.

Para parte de nuestra doctrina, no es posible una posesión del derecho de aprovechamiento de aguas, sino como he dicho anteriormente existiría una cuasi posesión, pues se sostiene que no se podría usar, gozar y disponer de él, a esa conclusión arriba el profesor Alejandro Guzmán Brito, en su obra, Las Cosas Incorporeales en la Doctrina y en el Derecho Positivo, Editorial Jurídica.(primera edición 1995, pag. 203).

Otro autor importante en la materia, don Berbardino Escudero Ahumada, (Ob. cit.pag.38). Da cuenta que no existen reglas especiales para la adquisición de las cosas incorporeales, pero que haciendo aplicación de la normativa relativa a los bienes corporales, con la dificultad que sugiere respecto a que no existe un cuerpo sobre el cual se ejerza, es posible la posesión del derecho de aprovechamiento de aguas por actos que lo revelen, señalando: “ Así la posesión del derecho de aprovechamiento se manifiesta a través de obras aparentes como bocatomas, canales, servidumbres y la actividad desplegada por el poseedor, quién actúa como titular del derecho de aprovechamiento usando y gozando las aguas en él comprendidas. El aprovechatario es poseedor del derecho pero respecto de las aguas es mero tenedor, pues no puede ignorar que su dominio pertenece a la nación toda”. Este autor realiza un distinguo en la materia estableciendo diferencias si el derecho es mueble o inmueble o si se encuentra inscrito o no lo está, para la adquisición, conservación y pérdida del derecho.

No cabe duda que existe posesión del derecho de aprovechamiento de aguas, se encuentre o no inscrito, pues el código en diversas materias se reconoce la posesión de derechos no inscrito, así lo hace en el artículo 181 al hacer procedente el amparo judicial,

sin que exista inscripción; en el artículo 122, expresamente lo reconoces al señalar que la Dirección General de Aguas deberá llevar un Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas No Inscrito; al establecer con motivo de la hipoteca, en el artículo 110 al permitir la hipoteca de las aguas no inscrita y por supuesto en los artículos primero y segundo transitorio. Además como lo hemos sostenido con anterioridad en este trabajo, debemos tener presente la vigencia del artículo 7 del Decreto Ley No.2.603, que no solo reconoce la existencia de la posesión de derechos de aguas no inscritos, sino que establece además presunción de dominio a su respecto.

Para este tesista, no cabe duda que el derecho de aprovechamiento de aguas, es una cosa mueble, por lo que no compartimos la división que el autor mencionado realiza, en materia de posesión del derecho, en mueble o inmueble.

Nuestra jurisprudencia en un fallo importante relativo a la venta de las aguas de la Municipalidad de Santiago, acepto la teoría que se trataba de un bien mueble (Corte Suprema 20 de noviembre de 2002, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 99 No.4 sección 5, pag.38), le otorga la calidad de bienes muebles. En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Talca, en fallo de 7 de mayo de 1913. (G. 1913, No.323, p.1.033)

### 2.3.- Plazo.

Este es el tercer elemento que constituye la prescripción, como ya lo hemos sostenido el derecho de aprovechamiento, atendido lo dispuesto en el artículo 21, se adquiere conforme a las reglas del Código Civil, por consiguiente siendo un bien mueble, bastará el plazo de dos años para que opere la prescripción, si estamos en presencia de un poseedor regular y diez años cuando es un poseedor irregular. Pero también, existen fundadas razones para estimar que este plazo puede ser de cinco años, según analizaremos más adelante en este trabajo.

## 3.- PARTICULARIDADES QUE PRESENTA EL MODO.

Es innegable que este modo de adquirir respecto del derecho de aprovechamiento de aguas, presenta algunas particularidades de las cuales nos haremos cargo en esta parte.

### 3.1.- En cuanto a la Cosa.

#### 3.1.1- La Prescripción y la Clasificación del Derecho de Aprovechamiento de Aguas.

Siguiendo el orden anterior relativo a los elementos que la integran, daremos cuenta de las particularidades que presenta el modo, respecto del derecho de aprovechamiento de aguas, a este respecto seguiremos la clasificación que se realiza del derecho de aprovechamiento de aguas, que se encuentra regulado en el Código del ramo, que dice relación con aguas terrestres y en su estado líquido, aunque el Decreto Supremo No.1220, que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas, y que incorpora los glaciares en

el artículo 23, pero en definitiva no da ninguna norma sobre ellos, solo se refiere que existirá un registro que los contemple, pero sin desarrollar en forma alguna la materia.

El derecho de aprovechamiento de aguas, puede ser de distinta especie. La primera clasificación es la relativa a si se trata de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas o superficiales, resulta claro que respecto de ambos tipos de derecho resulta procedente, pues se puede poseer el derecho por actos posesorios visibles en ambos casos.

Por otra parte, existe derechos de aprovechamientos, consuntivos o no consuntivos, a juicio de este tesisista el modo resulta procedente respecto de ambos, pues se pueden poseer ambos, en uso del primero se consume las aguas, por lo que existe actos posesorios constatables fácilmente y por el segundo se utilizan y luego se restituyen, por lo que también existen actos concretos de uso.

Los mismos comentarios nos merecen los restantes tipos de derecho de aprovechamiento de aguas, pues en todo ellos es posible ejercer actos de posesión sobre ellos, así para los derechos continuos otorgan la posibilidad de ejercer el derecho en forma ininterrumpida en el tiempo, para los discontinuos se ejercerá conforme lo que señale el título, respecto de su uso y los alternados, se turnaran entre los distintos titulares.

En cuanto a los derechos permanentes, no existe duda que pueden ser objeto de prescripción, pues ellos habilitan a su titular para usar el agua en la dotación que en ellos se indican, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente, en tal caso se ejercerán en proporción alícuotas.

Donde puede existir algún problema es respecto de los derechos eventuales, toda vez que ellos habilitan a su titular para ejercerlo solo cuando existe el recurso, cuando existan sobrantes del caudal matriz y una vez abastecidos los derechos de ejercicio permanente. Aquí el problema, se puede presentar, pues podríamos estimar que no existiría una posesión ininterrumpida, no existiría continuidad en la posesión del derecho y por consiguiente no se podría ganar por prescripción. Podría estimarse que existiría una interrupción natural, a la que se refiere el artículo 2502 en el No.1 del Código Civil, pues se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, sin haber pasado ésta a otras manos, toda vez que no existirías las aguas para su aprovechamiento.

Estimo que ello, no es dable de sostener, pues si bien pueden no existir un ejercicio continuo e ininterrumpido del derecho, éste se ejercerá cuando el caudal matriz tenga los suficientes recurso para su ejercicio, y ello podrá ocurrir en forma no continuado, pero ello no significa que se deje de ser poseedor ininterrumpido de derecho, este se ejercerá cuando exista la cantidad suficiente de recursos hídricos que permitan el abastecimiento de los derechos permanentes y luego los eventuales.

### 3.1.2. La Prescripción y la Clasificación de los Derechos conforme a su Inscripción

En esta parte del trabajo, volveremos sobre un tema que quedo enunciado, a saber es posible la adquisición en forma originaria del derecho de aprovechamiento de aguas, por medio de la prescripción, en buenas cuentas siguiendo a la doctrina tradicional que distingue entre derechos inscrito y no inscrito, es posible la adquisición de un derecho no inscrito por medio de la prescripción.

#### 3. 1.2.1.- Derechos de Aprovechamiento de Aguas No Inscritos

Es del todo procedente la prescripción respecto de los derechos no inscritos, encontramos normas en el Código que hacen procedente este modo de adquirir, respecto de los derechos no inscritos, es así como se señala en el artículo 310 No.3, los derechos de aprovechamiento reconocidos por sentencia ejecutoriada a la fecha de promulgación de este Código, y los que emanen: 3.- De prescripción. El Código no distingue en esta materia si se trata de derechos inscritos o no, por consiguientes resulta procedente respecto de los derechos no inscritos.

El artículo 20 del Código de Aguas, señala que: “El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituido se adquiere por la competente inscripción. Vale decir el derecho de aprovechamiento, en forma originaria se constituye por acto de autoridad, pero es ese tipo de derecho de aprovechamiento y no otro. Y cuanto a la posesión y su relación con la inscripción, ésta se aplica solo respecto de los derechos generados de esta forma. Más aún la propia reconoce que existen otra vía de constituir los derechos de aprovechamientos, diversa del acto de autoridad, como son las que corresponden a las vertientes que nacen y mueren en un misma heredad y otros a los que no hemos referidos en parte de este trabajo.

Debemos consignar que a diferencia del Código de Aguas del año 1951, en nuestro actual Código no existe la prohibición que contemplaba el anterior, pues el artículo 23 equivalente al 20 actual, señalaba que las normas del derecho sólo eran aplicables entre particulares.

La voluntad del legislador es incorporar al sistema registral todos los derechos de aprovechamiento, incluidos los no inscrito, así ha dispuesto que éstos sean catastrados en un Registro Públicos que debe llevar la Dirección General de Aguas, según reza el actual artículo 122, por ende existe un reconocimiento efectivo de la existencias de esos derechos, sin que medie el acto de autoridad y que éstos se encuentren inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces.

Más aún existe un reconocimiento constitucional a tales derechos, pues el artículo 19 No. 24 inciso once se refiere expresamente a ellos, al disponer la protección constitucional sobre los derechos de los particulares reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, obviamente con la norma se esta estableciendo que existe una vía diversa del acto de autoridad, que es el procedimiento que contempla el Código.

Debemos en esta materia volver a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Ley No.2.603, que no solo establece una presunción de posesión, sino de dominio, respecto de derechos que no han sido creados por la vía de la autoridad, y que se encuentran actualmente siendo utilizados, por los propietarios de predios. Más aún hace aplicable la presunción de dominio, respecto de quien se encuentre utilizando las aguas, independiente quien sea el propietario del predio.

El artículo 114 No.7 del Código de Aguas, señala que: “Deberán inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces: 7 Las resoluciones judiciales ejecutoriadas que reconozcan la existencia de un derecho de aprovechamiento.” De esta forma resulta claro que no es el acto de la autoridad administrativa la única vía de constituir el derecho de aprovechamiento de aguas de un modo originario, la sentencia solo tiene carácter declarativa no es constitutiva, el modo que opera es la prescripción.

Por último debemos señalar que el artículo 2 Transitorio, establece que es posible regularizar los derechos de aprovechamiento de aguas que no hayan sido inscrito con anterioridad al concurrir los requisitos que en la norma señala, pero debemos reiterar, que no se constituye el derecho por esta vía, solo se contempla un mecanismo procesal para su inscripción, pero no hace nacer el derecho, éste nace por la prescripción de ellos. En este sentido se pronuncia Muñoz Escudero Gonzalo, 2011, “Regularización de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, en Código de Aguas comentado (Santiago, Abeledo Perrot) T.I.,p.116, al decir “En efecto, el objeto fundamental del inc.2 del art.2 transitorio CA es el regularizar o normalizar la situación de los derechos de aprovechamiento no inscritos reconocidos por el DL No.2.603, de 1979 y por el art.19 No.24, inc final de la CPR. El artículo 2 transitorio es una normal procesal substantiva, que tiene por objeto regular la forma de inscripción de un derecho de aprovechamiento no inscrito, no de constituirlo, porque ese derecho, como se ha señalado ya existe.”

Los supuestos de la norma en análisis nos llevan a la conclusión que el modo que ha operado es la prescripción adquisitiva del derecho de aprovechamiento, pues en buenas cuentas requiere posesión del derecho, con ciertas condiciones y el transcurso del plazo. Así, tenemos que los requisitos exigidos son los siguientes:

- 1.- utilización de las aguas libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno.
- 2.- Debe efectuarse la solicitud a la Dirección General de Aguas, y tramitarse de conformidad a lo señalado en el artículo 131 y siguientes del Código de Aguas.
- 3.- Los terceros que se sientan afectados podrán deducir oposición
- 4.- La Dirección General de Aguas debe una vez vencidos los plazos enviarlo al Juzgado de Letras en lo civil competente, quien conoce y falla de acuerdo al procedimiento sumario.

También debemos considerar que el legislador recogiendo una situación histórica, como es que la comunidades indígenas existían en nuestro país, antes de la llegada de los españoles, y que estas personas eran dueños de las tierras y también de las aguas, que utilizaban antes que cualquier normativa, ha debido reconocer el dominio y el uso de esas aguas a favor de las comunidades indígenas. Creo que esto es la consagración a declarar

que en forma indiscutida los derechos de aprovechamiento de aguas, no inscritos, pueden ser adquiridos por medio de la prescripción adquisitiva de dichos derechos, pues de otra forma no se explicaría que el legislador chileno, el 5 de octubre de 1993, haya declarado que las aguas que se encuentran en terrenos de comunidades indígenas les pertenecen y pueden hacer uso de ellas, solo es posible entender ello, si aceptamos que la prescripción en esta materia es por esencia el modo de adquirir el derecho de aprovechamiento de agua.

Para parte de la doctrina es improcedente la adquisición de los derechos de aprovechamiento de aguas no inscritos, vale decir consideran que no es posible constituir el derecho de aprovechamiento de aguas en forma originaria, por medio de la prescripción, entre otros Alberto Guzmán Alcalde y Ernesto Ravera Herrera, (ob.cit. pg. 64 y 65), los argumentos que dan para sostener su posición son los siguientes:

1.- Las aguas son bienes nacionales de uso público y por lo tanto son de dominio de la nación toda.

De la afirmación anterior se sigue que las aguas son intransferibles, inapropiables e imprescriptibles. “Sobre ellas se otorga a los particulares un derecho real de aprovechamiento que supone la existencia de un acto administrativo o jurisdiccional por el cual una persona es investida legalmente como el titular de ese derecho de aprovechamiento”. Agregan luego “este derecho de aprovechamiento sólo le corresponde constituirlo a la Nación, a través de sus autoridades administrativas o judiciales.”

Estiman que el solo hecho que una persona se sirva de un caudal no altera el dominio de la nación sobre las aguas y sostendrán que “Para que exista un derecho de aprovechamiento, se requerirá siempre de un acto de la autoridad que desafecte las aguas de su carácter de bienes nacionales de uso público”.

2.- El artículo 20 del Código de Aguas debe entenderse en su real sentido, el sentido sería claro, la única vía de constituir el derecho de aprovechamiento de agua, es por acto de autoridad, su nacimiento es exclusivamente administrativo.

3.- También cita en su apoyo la norma del artículo 23 del Código de Aguas, que señala claramente cual es el procedimiento de constitución del derecho de aprovechamiento, el que se encuentra establecido en los artículos 140 al 150 del cuerpo legal señalado. Por consiguiente si alguien desea constituir un derecho debe someterse a lo dispuesto en el artículo 23.

4.- El artículo 114 No.7 del Código de Aguas, no confiere al juez facultades creativas de derechos de aprovechamiento de aguas. Así señalan: “El juez al dicar una sentencia en que se reconoce un derecho de esta naturaleza, lo único que hace es reconocer un derecho que ya antes existía por haberse cumplido con los requisitos que una ley exige para su existencia”.

Nos haremos cargo de estos argumentos:

1.- No existen discusión alguna que las aguas son bienes nacionales de uso público y que por ende su dominio es de la nación toda. Pero ello no tiene nada que ver con el derecho de aprovechamiento de aguas, son cosas distintas, no se adquiere el dominio de las aguas se adquiere el dominio del derecho de aprovechamiento de agua.

2.- El artículo 20 del Código de Aguas, debe efectivamente dársele el alcance que tiene. El antiguo Código de Aguas de 1951, en forma tajante rechazaba que se adquiriera el derecho de aprovechamiento de aguas por un modo distinto que el acto de autoridad, artículo 23 de dicho cuerpo legal, en cambio el actual no establece que no se pueda adquirir de otra forma.

El artículo 21 del Código de Aguas, a diferencia de la norma anterior contenida en el artículo 25, no distingue entre particulares y autoridades o Estado, como si lo hacía el artículo 25, que hacía aplicable la prescripción solo entre particulares, esa norma hoy no existe. En consecuencia si el legislador no distingue, no es dable al intérprete distinguir, por consiguiente la prescripción corre en contra de todo tipo de personas, por lo demás es la aplicación de lo señalado en el artículo 21 en relación con el artículo 2497 del Código Civil.

El artículo 122 del Código de Aguas, reconoce la posibilidad que se posean derechos de aprovechamiento de aguas sin inscripción, tanto así que dispone la creación de un Registro Público de ellos, por consiguiente es posible adquirir esos derechos por medio de la prescripción adquisitiva y no ha mediado a este respecto ningún acto de autoridad que los desafecte. Igual criterio se sigue por el legislador en el artículo 165, al crear el rol provisorio y reconocer la existencia en él de derechos de aprovechamiento no inscritos.

3.- El artículo 23 efectivamente señala el procedimiento aplicable para la constitución del derecho, pero ello no obsta a que existan otras vías de adquirirlo, por lo demás en el propio Código de Aguas se establecen otros procedimientos, como es en el caso concreto el artículo 2 Transitorio, el que permite regularizar un derecho de aprovechamiento de aguas, sin que se aplique el artículo 23 del cuerpo legal señalado. De esta forma queda claro que no es la única forma de adquirir el derecho, pues el propio reconoce la pertinencia de otra vía, como es en el caso del artículo 1 y 2 transitorio la prescripción.

Merece mencionar en esta materia, la norma contenida en el artículo 115 del Código de Aguas, pues se trata de un procedimiento simplificado que permite inscribir un derecho de aprovechamiento de aguas, cuando éste ha sido considerado en la constitución de una Junta de Vigilancia, por medio de la emisión de un simple certificado emanado de la Dirección General de Aguas. Aquí la autoridad no está constituyendo el derecho, sólo está reconociendo su preexistencia, estableciendo un mecanismo simple para lograr su inscripción.

4.- El artículo 114 No. 7 del Código de Aguas, dispone que deben inscribirse las resoluciones judiciales ejecutoriadas, que reconozcan la existencia de un derecho de aprovechamiento de aguas. Bueno resulta evidente que dentro de las posibilidades que existen es que la sentencia declare la existencia de un derecho y ello lo hará precisamente tomando como fundamento para ello la prescripción adquisitiva del derecho, solo reconocerá una situación preexistente.

### 3.1.2.2.- Derechos de Aprovechamiento de Aguas Inscritos.

La norma contenida en el artículo 21 del Código de Aguas, no admite duda respecto de la procedencia de la prescripción como modo de adquirir el dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas, toda vez que en forma expresa realiza una remisión a las normas del Código Civil, respecto de la adquisición o pérdida por prescripción del derecho.

La doctrina en esta materia en forma mayoritaria se inclina por estimar que es procedente la adquisición del derecho.

Ahora bien, en lo que existe discusión es respecto de la adquisición de la posesión que permita adquirir el derecho por medio de la prescripción, pues para algunos (Bernardino Escudero Ahumada, ob. cit. pg.65 y siguientes) la posesión se adquiriría solo mediante la correspondiente inscripción registral, toda vez que hace aplicable toda la normativa existente respecto de los inmuebles el artículo 121 del Código de Aguas, por ende sólo la posesión inscrita habilitaría para prescribir.

No comparto en absoluto la posición del mencionado autor, por las consideraciones siguientes:

1.- El artículo 20, señala que la posesión de los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados por la autoridad, se adquiere por medio de la correspondiente inscripción, en consecuencia la adquisición de la posesión que no sea por vía de autoridad se puede realizar por otros modos.

2.- La norma del artículo 121 del Código de Aguas, no tiene el alcance de hacer aplicable todo el estatuto de los inmuebles inscritos, para los derechos de aprovechamiento de aguas, lo que persigue es evitar repetir normas (René Ramos Pazos, ob. cit.pg. 105).

3.- Bastará para adquirir la posesión, que concurren los elementos de toda posesión, vale decir el corpus y animus. Ello se reflejará en actos que denoten que se ha comenzado a poseer el derecho de aprovechamiento con ánimo de señor y dueño, como será con las obras necesarias para usar las aguas. En esta materia cito a Guzmán y Ravera (Ob.cit.pg. 87) "No existe en materia de aguas una disposición que consagre explícitamente el momento en que se entiende comienza la posesión, pero si hay normas que lo sugieren. Tal es el caso de los artículos 8,9 y 25".

El artículo 21 en relación con el artículo 121 ambos del Código de Aguas, hace aplicable la normativa de los inmuebles inscritos a los derechos de aprovechamiento de aguas, ahora bien, esto es en lo que no se encuentre modificados. En esta materia si existe modificación en orden a que es posible la posesión sin que exista una inscripción que la ampare, a esta conclusión debemos llegar al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 y 2 Transitorio del Código de Aguas, que en resumen permiten la prescripción contra título inscrito, lo que supone que la inscripción no es la única vía de poseer el derecho de aprovechamiento de aguas. Son de esta opinión varios autores (Ver René Ramos Pazos, ob. cit. pga.105 y Gonzalo Arevalo Cunich, "De los Modos Derivativos de Adquirir el Dominio y de la Prescripción del Derecho de Aprovechamiento de Aguas", en Código de Aguas Comentado ( Santiago, Abeledo Perrot) T.I. pg.87) .

Para Francisco Segura Riveiro, (Ob. cit.110), no existe posesión sino existe inscripción, así afirmará “La prescripción requiere de posesión inscrita. La posesión material no habilita para prescribir”

### 3.2.- La Posesión y las facultades del aprovechamiento de agua

Contrario a lo que sostiene parte de la doctrina, el derecho de aprovechamiento de aguas, pese a que es un derecho real, permite que su poseedor lo use, goce y disponga de él.

El profesor Guzman Brito, (Ob.Cit. pg. 203) estima que existe una cuasi posesión del derecho de aprovechamiento de aguas y que originariamente ésta se adquiere por medio de la inscripción, aunque admite que el Código permitiría una cuasi posesión sin que medie inscripción.

Este mismo autor considera que no es posible el uso y goce del derecho de aprovechamiento, por estimar que no es que se use el derecho sino la cosa sobre que recae el derecho real. No compartimos el criterio del profesor Guzmán, al menos respecto del derecho de aprovechamiento de aguas, en efecto, el derecho de aprovechamiento de aguas, lo usamos cuando en uso de él utilizamos las aguas a que tenemos derecho, pero si no fuéramos titular de dicho derecho no podríamos usar esas aguas, pues ellas son un bien nacional de uso público, por consiguiente lo que realmente estamos usando es nuestro derecho de aprovechamiento de aguas.

Ahora en cuanto al goce, estimamos que es absolutamente factible tratándose del derecho de aprovechamiento de aguas, su goce, así pues podemos arrendar el derecho de aprovechamiento de aguas, como lo señala el artículo 116 del Código de Aguas.

Pero también este tesista estima que se goza del derecho cuando por medio de él es posible la constitución de servidumbres que posibilite el ejercicio de él, así el artículo 25 y 26 le otorgan al titular del derecho la facultad de imponer las servidumbres que sean necesarios y la concesión de los terrenos públicos que permiten su ejercicio. Esto es una expresión del goce del derecho de aprovechamiento de aguas.

Si entendemos que el goce de una cosa es disfrutar o hacerse dueños de los frutos que ella produce, tanto corporales como incorporales. Coincidiremos con el profesor Guzmán en orden a que una cosa incorporal, como es el derecho real de aprovechamiento de aguas, no puede producir una cosa corporal, pero ello no puede significar que dejemos por ello de gozar el derecho de aprovechamiento de aguas, pues éste si bien no producirá frutos materiales si puede producir cosas incorporales, como son los frutos civiles, como es el hacerse dueño del crédito que genera el contrato de arrendamiento, que es la renta o precio del mismo. Por otra parte, también nos genera el derecho, cosa incorporal, de imponer a terceros servidumbres, vale decir otro derecho real y más aún nos da el derecho de obtener una concesión de terrenos de dominio público, según se establece en los artículos 25 y 26 del Código de Aguas.

Sin perjuicio de lo anterior debemos consignar que el artículo 6 del Código de Aguas, señala expresamente que el derecho de aprovechamiento de las aguas es de dominio de su titular, quien puede usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley, de esta forma el Código en forma expresa reconoce la facultad de usar y gozar.

Resulta ilustrativo en esta materia un artículo elaborado por el abogado don Víctor Morales Cortés, Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama, denominado "Uso y Goce del Derecho de Aprovechamiento de Aguas y de la Concesión Minera". En este trabajo, sostiene que se usa el derecho de aprovechamiento de agua y la concesión minera, cuando no uso el derecho y especulo con él para evitar que nuevos empresarios ingresen al mercado; cuando lo hipoteco o doy en otra garantía para obtener crédito con él; cuando soy un corredor de derechos de aprovechamiento de aguas y espero mejores precios internacionales y así gano mejores comisiones; cuando como acreedor de un agricultor o de un minero pido su quiebra y cuando interrumpo una prescripción"

Esto lo llevará afirmar "De lo expuesto es posible concluir que el derecho de aprovechamiento de aguas así como la Concesión Minera, constituyen una excepción a la teoría general que se ha venido formulando por la doctrina nacional respecto de las cosas incorporales" y agregará "el derecho de aprovechamiento de aguas, así como la concesión minera si genera frutos civiles, ganancias patrimoniales que derivan del derecho mismo y no de las aguas o minas propiamente. Asimismo, el derecho real de aprovechamiento de aguas y la concesión minera pueden ser usados, considerados como derecho en si mismo, independiente del bien sobre que recae."

### 3.3.- Plazo.

Este tesista considera que respecto del plazo, debemos estar a la calidad de bien mueble que tiene el derecho y por ende el plazo para adquirir por prescripción el derecho de aprovechamiento de aguas será de dos años, toda vez que se aplican a este respecto las normas contenidas en el Código Civil sobre la materia.

Ahora bien, estimo que este plazo es el aplicable, en cuanto el derecho de aprovechamiento de aguas hubiera sido adquirido mediante escritura pública y luego inscrita en el Registro de Propiedad de Aguas, estaríamos en consecuencia ante una prescripción ordinaria.

Pero estimo que respecto de la prescripción extraordinaria el plazo no es de diez años, como lo señala el Código Civil, sino de cinco años.

En efecto del análisis de la normativa que regula la materia forzoso es llegar a esta conclusión, pues el artículo 312 en su número 5 del Código de Aguas, señala que se reputan derechos de ejercicio permanente, los derechos ejercidos con la calidad de permanentes, durante cinco años, sin contradicción. Por su parte el artículo 3131 No. 3 del Código de Aguas, por su parte establece que se reputan derechos de aprovechamiento consuntivo, los derechos ejercidos con la calidad de consuntivo durante cinco años, sin contradicciones de terceros.

El artículo 2 transitorio señala que pueden regularizarse los derechos de aprovechamiento de aguas que se encuentren inscritos a nombre de terceros distintos de los que los usan y los derechos de aprovechamiento de aguas que no se encuentren inscritos, si han cumplido cinco años de uso ininterrumpido contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo y concurriendo las demás condiciones que señala la norma.

Estimo que en esta materia el Código de Aguas fija normas diversas de las establecidas por el Código Civil y que por especialidad debe ser aplicadas con preferencias, si bien estimo que el plazo de prescripción que indica el Código de Aguas es de cinco años, ello no acontece por tener la calidad de una cosa inmueble, sino porque el legislador en las materias en que hace procedente la prescripción ha fijado este plazo en forma expresa, apartándose con ello a la normativa establecida en el Código Civil.

#### 4.- Tipo de Prescripción.

Este tesista sostiene que es dable adquirir tanto por prescripción ordinaria como extraordinaria, y no existe normas que establezcan reglas diversas de las señaladas en la legislación común, a excepción del plazo que estimo que debe ser en todo caso de cinco años, tanto para la ordinaria como la extraordinaria, a esta conclusión debo llegar al analizar el artículo 2<sup>a</sup> Transitorio, que incluso permite adquirir contra título inscrito.

#### 5.- Función de la Inscripción.

Este autor sostiene que en materia de derecho de aprovechamiento de aguas, el régimen no es exactamente el mismo que el aplicable a los inmuebles en esta materia, lo que es de toda lógica pues por esencia es un bien mueble.

Ahora bien, hemos señalado en diversas partes de este trabajo, que el legislador reconoce la existencia de derecho de aprovechamiento de aguas no inscrito, más aún acomete a la Dirección General de Aguas el llevar un Registro Público con Derechos de Aprovechamiento de Aguas no inscrito (art.122 del Código de Aguas) y otro tanto hará en el artículo 165 para la formación de roles provisionales de usuarios. Cabe en consecuencia preguntarse cuál es el rol que cumple el Registro de Propiedad de Aguas o más bien la inscripción en si en él.

A diferencia de lo que ocurre en materia de inmuebles, el rol del Registro y de la inscripción, solo es de prueba de la posesión del derecho, más no da por si la posesión del derecho, pues de otra forma no se entendería que el legislador reconozca la existencia de derechos no inscritos, si ello es así es porque el legisladores reconoce la posesión de derechos de aprovechamiento sin que exista inscripción.

Por otra parte, el propio Código en los artículos 1 y 2 Transitorio admite la posesión del derecho de aprovechamiento de aguas, sin que existe una inscripción que la avale, más aún establece un mecanismo a objeto de obtener la regularización de esos derechos, creando un sistema expedito para su incorporación en el Registro de Propiedad.

Asimismo debemos tener presente, que el sistema diseñado en el actual Código de Aguas, no hace obligatorio la inscripción así se desprende de los artículos ya mencionados, que señalan “podrá”, lo mismo acontece con la norma contenida en el artículo 115, que posibilita la inscripción de un derecho, cuando éste ha sido considerado en la formación de una Junta de Vigilancia, señala “podrá”, igual comentario nos merece la norma del artículo 116 también del Código de Aguas.

El Registro solo establece una presunción de posesión, y digo presunción, pues es posible la posesión sin inscripción y más aún es posible adquirir el derecho por medio de la prescripción pese a que exista título inscrito, y esto es una modificación que el Código de Aguas establece y que marca la diferencia respecto de los inmuebles, sin perjuicio de estimar que respecto de estos últimos también el tema admite discusión.

En la doctrina este tema es objeto de discusión, así para Bernardino Escudero Ahumada (Ob. cit. pg.66) la inscripción cumple igual rol que en materia de inmueble, esto lo lleva a expresar “La inscripción en materia de aguas, viene en cumplir el rol que la inscripción conservatoria cumple en el Código Civil”.

Para el profesor Alejandro Blanco Vergara, la inscripción es una garantía probatoria, así afirmará: “La inscripción, que es, entonces, una garantía probatoria, por lo tanto, no tiene una estrecha relación con la existencia misma del derecho” (Alejandro Vergara Blanco, ob. cit. Tomo II, p.325).

## 6.- LA PRESCRIPCIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

### 6.1 Jurisprudencia Nacional

Este tesista estima que la jurisprudencia ha recogido de una manera plena este modo de adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas, son numerosos los fallos que podemos citar en apoyo a esta posición, desde causas tramitadas suscritas ante los Tribunales de la Región como es la causa seguida ante el Juzgado de Letras de Limache caratuladas “Kubat y otros con Tercera Junta de Vigilancia del Río Aconcagua” Rol N° C-48378-2009 por la cual la sentencia dictada en dichos autos acoge la solicitud de regularización de los derechos de aprovechamiento de un conjunto de pobladores de la localidad de Tabolango, comuna de Limache, hasta causas emblemáticas, como son a las que me referiré a continuación.

Así por ejemplo, cabe señalar el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, 9 de marzo de 1995 Luisa de los Lourdes del Carmen Emaldia Alvarado y otros con Mario Molina Ramwel, sobre regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, que sienta diversos criterios de importancia relativos a la prescripción, al afirmar por ejemplo “ Esta normativa en extremo singular, desborda incluso el régimen inscrita, habilitando a sus titulares para preferir el aprovechamiento contra terceros para regularizar el aprovechamiento de los no inscritos” ( Fallo publicado en la Revista de Derechos de Aguas, Volumen 6, 1995, p.255).

La Corte Suprema, ha admitido en forma expresa que la prescripción ordinaria es un modo de adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas, falló de 27 de Abril de 2005 causa Rol No.2948-2004. Así mismo ha sentado el criterio que no basta que se alegue la prescripción como defensa, sino se alega también como acción, (Corte de Santiago 7 de mayo de 1990, G. J., 1990, No.119, p.41 en igual sentido Corte Suprema 26 de junio 2003 Rol 1906-2003).

Recogiendo lo planteado por este tesista, respecto que la prescripción adquisitiva es un modo adquirir, la Corte de Apelaciones de Valdivia ( Fallo ya citado en Revista de Derechos de Aguas, Volumen 6, año 1995, p. 225 y siguientes) ha sostenido: “ El error surge al no hacer la distinción, ya que lo que realmente se adquiere por prescripción es el derecho de aprovechamiento que se concede sobre ellas. Es errado sostener entonces que la prescripción sólo opere frente a los derechos ya concedidos por acto de autoridad, esto es por la DGA, que concede el título originario. Es lícito a nuestro entender que también puede operar la prescripción adquisitiva aun antes del nacimiento o constitución de un derecho de aprovechamiento, porque el Código de Aguas ha modernizado la institución e innovado ante el Código Civil, al decir en el artículo 20 del Código de Aguas que el derecho de aguas se constituye originariamente por acto de autoridad, y que la posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción. En consecuencia, cuando el legislador se refiere con ella a “los derechos así constituidos” parece lógico inferir que hay otras formas de constituir este derecho”. Más adelante agregará el fallo señalado, “ El siguiente artículo 21 del Código de Aguas en una interpretación extensiva, permite concluir que la prescripción opera como modo de adquirir y más aún de constituir un derecho de aprovechamiento”

Nuestra jurisprudencia no sólo ha reconocido la procedencia de la normativa contenida en nuestro Código de Aguas, sobre la materia, sino que además ha hecho aplicación del artículo 7 del Decreto Ley No.2.603, que establece una presunción no solo de uso, sino de dominio del derecho de aprovechamiento. A esta conclusión debemos llegar cuando la Corte Suprema, con fecha 4 de abril de 1995, (Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de julio de 1991, publicada en Revista de Derechos de Minas y Aguas, Volumen III 1992, p.321 y siguientes), sienta la doctrina que la Dirección General de Aguas no puede desconocer los derechos que han sido presumidos de dominio de sus titulares, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto Ley 2.603 ( Recurso de Queja, causa caratulada Sociedades Civiles Colectivas Administradoras de Aguas Pampa Algodonal y Tres Cruces con Director General de Aguas, publicado en Volumen 6 , 1995, Revista de Derecho de Aguas, p.262)

A continuación daremos cuenta de dos fallos en que hace procedente el modo de adquirir, pero que además tiene en cuenta la Ley Indígena, Ley 19.253, que a juicio de este tesista es el reconocimiento de la prescripción como modo de adquirir las aguas por nuestros pueblos originarios.

El primer caso se trata del juicio denominado Comunidad Atacameña Toconce con Essan S. A.. La comunidad solicitó la regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, por un caudal de 100 litros por segundo de aguas, superficiales y corrientes, todo

de ello de conformidad al artículo 2 Transitorio del Código de Aguas,. A esta solicitud se opuso la empresa Essan S. A..

El fallo de primera instancia, concedió a la comunidad un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales, corrientes, de uso consuntivo y de ejercicio permanente y continuo por 30 litros por segundo. De esta sentencia ambas partes apelaron.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, con fecha 16 de enero de 2003, confirmó la sentencia impugnada, pero con declaración que los derechos de aprovechamiento de aguas que se otorgaba a la comunidad eran por cien litros por segundo.

De esta sentencia Essan S. A., recurrió de casación en la forma y en el fondo, por resolución de fecha 12 de Agosto de 2003, la Excelentísima Corte Suprema declaró inadmisible el recurso de casación en la forma.

Respecto del recurso de Casación en el fondo, este fue fallado con fecha 22 de enero de 2004, en los autos Rol No.986-2003, quien declaró “La autoridad ha optado por reconocer los usos ancestrales en el caso de las comunidades indígenas, exigiendo sólo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico. Conforme a lo antes señalado, los jueces de la especie claramente señalaron que el procedimiento contemplado en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, en el caso de que se trata, no tiene por finalidad constituir derechos de aprovechamiento, sino únicamente regularizarlos e inscribirlos”.

Otra sentencia pronunciada en igual sentido es la de fecha 25 de noviembre de 2009, dictada en los autos Rol 2.840-08, caratulada” Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama de Iquique”, también se trataba de un procedimiento de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas iniciada por la comunidad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley No, 19.253, a la que se formuló oposición por Agua Mineral Chusmiza S. A.. Esta oposición fue rechazada en primera instancia por el Juzgado de Pozo Almonte y luego por la I Corte de Apelaciones de Iquique. Se interpusieron recursos de casación en el fondo y en la forma, los cuales fueron rechazados. Para los efectos de este trabajo, cabe tener presente lo que la Corte Suprema señala en el considerando Sexto, al establecer lo siguiente: “ La tesis propuesta por el impugnante, que mientras dure la inscripción del derecho de aprovechamiento de aguas a favor de su representada es imposible admitir que la comunidad puede adquirir la posesión de esos derechos, amén de partir de un supuesto fáctico no acreditado, cual es que la presente regularización verse los mismos derechos de lo que su partes es titular, en caso de ser acogida, implicaría exigir a la comunidad indígena probar el uso ancestral de las aguas cuya regularización impetra, sólo mediante la respectiva inscripción de dominio a su favor, situación que resulta absolutamente impracticable en la hipótesis del inciso segundo del artículo 2º Transitorio del Código de Aguas aplicada en la especie”. Dentro del mismo considerando más adelante agregará: “En todo caso esta alegación resulta también contraria a la situación reglada en el inciso en el inciso primero de la indicada disposición transitoria, pues en ésta justamente se posibilita la regularización de derechos inscritos utilizados por personas distintas de un titular, cuando se compruebe el uso ininterrumpido por parte de

estos últimos durante un lapso de cinco años anteriores a la entrada en vigencia del Código del ramo, siempre que se haya realizado libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno, todo lo cual implica necesariamente que es admisible la prueba de la posesión de los derechos que se regularizan, aunque exista una inscripción a favor de terceros...”

Creo que estos dos fallos marcan una pauta, no tan solo en lo que dice relación con el amparo y protección a las aguas de los pueblos originarios, sino que fijan la correcta interpretación y alcance de la normativa existente, la que sin lugar a dudas contempla como de adquirir el dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas, a la prescripción.

## 6.-2.- Jurisprudencia Internacional.

A continuación citaré en apoyo de lo argumentado, tres fallos pronunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que el agua y el uso de ella, lo que hemos denominado derecho de aprovechamiento de aguas, en nuestro sistema es reconocido como un derecho humano y que se puede adquirir por medio de la prescripción adquisitiva. En efecto, los fallos a los que me refiero, se basan en reconocer que el derecho de aprovechamiento de aguas, es adquirido por el uso ancestral de las aguas por parte de comunidades indígenas, las que por lo demás muchas veces se encuentran fuera del sistema jurídico que rige en los distintos países, pero ello no importa o no significa que puedan ser privados de un derecho que ha sido adquirido por la prescripción.

El caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni / Nicaragua. Este proceso versa básicamente en que el estado de Nicaragua, otorga en concesión a una empresa forestal un sector de la costa Atlántica del país, donde se emplaza un grupo de 142 familias indígenas Mayagna. Luego de agotadas las instancias internas, sin obtener reconocimiento a que no solo el territorio sino que los recursos naturales existentes en él, dentro del cual por cierto se encuentra el agua, deciden llevar el asunto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1996, la que luego de constatar la vulneración de derecho, formuló dos años después la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual el 31 de agosto dicta sentencia y acoge la pretensión en razón de existir una vulneración al artículo 21 de la Convención, en ella se reconoce que para las comunidades indígenas su territorio y los recursos naturales que en ellos existen, no es solo una cuestión económica, sino es parte de su identidad cultural, espiritual, así señalo “La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra deben ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, vida espiritual, integridad y supervivencia económica” (Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto del 2001, párrafo 149).

En el mismo sentido posteriormente la misma Corte, resolverá en el Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa con Paraguay, al establecer que el estado paraguayo desprotegió al pueblo indígena pro la demora excesiva de los procedimientos internos de reivindicación de sus territorios, los que habían sido calificados como res nullis y entregados a inversionistas extranjero, en el sector de l Chaco americano. La Corte declaró: “La ocupación de un territorio no se restringe al simple núcleo de casas de los indígenas. Por el contrario, el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casa, recursos naturales,

cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural”. ( Caso Comunidad Yakye Axa v/s Paraguay , Consideraciones Previas párrafo 52c). Este mismo criterio se establece por la Corte en el caso Saramaka versus Suriman.

No hemos analizados situaciones jurisprudenciales de otros países, en primer lugar por cuanto el sistema nuestro es único en nuestro continente y además porque escaparía al pequeño alcance que tiene este trabajo.

## 7.- LA PRESCRIPCION Y EL MERCADO DE LAS AGUAS

Siguiendo el modelo neoliberal a partir del Código de Aguas se crea un mercado de las aguas, sin que sea el objeto de este trabajo diremos que esto significa que el derecho de aprovechamiento de aguas se privatiza, tiene un significado económico y se posibilita la libre circulación de ellos. Esto implica que, los derechos de aprovechamiento de aguas, pueden ser enajenados en forma independiente del predio al que pudieran estar destinados; también que los derechos de aprovechamiento de aguas, pueden ser destinados a cualquier fin.

Por otra parte será el mercado el encargado de darle un valor al derecho de aprovechamiento de aguas, y este variara de acuerdo a las características que tenga y la zona en que se encuentre.

Ahora bien, para algunos autores este mercado de las aguas no han tenido el resultado esperado, así para Carl J Bauer (Contra la Corriente, privatización, mercados de agua y el Estado en Chile, traducción de Juan Pablo Orrego, primera edición, Ediciones Terram; resources, 2002, p 174.). Este autor afirmará “Definir los derechos de propiedad asociados a recursos naturales simplemente como mercancías es pisotear temas difíciles”.. Agrega (ob.cit.p.172) que “ Los incentivos del mercado no han llevado a inversiones privadas en tecnologías más eficientes con el propósito de vender el agua ahorrada, ni han hecho disponibles aguas adicionales para nuevos usuarios.”

Otros tendrán otra visión acerca de los problemas que tiene el mercado de las aguas en Chile, pero todos serán de la opinión que existe una deficiencia técnica jurídica que afecta el buen funcionamiento.

Ahora bien a juicio de este tesista uno de los problemas que presenta el mercado de las aguas, dice relación con que se desconoce cuántos derechos de aprovechamiento de aguas existen realmente en el mercado, y que por consiguiente puedan ser adquiridos. Esta materia acerca del cuanto, también tendrá importancia para fijar el valor del derecho, toda vez que si existen muchos derechos lo más probable es que su precio no sea significativo en el mercado y a la inversa operará si existen pocos.

Estimo que en la incertidumbre viene dada, pues pueden ingresar al mercado de las aguas derechos de aprovechamientos no inscritos, por medio de la prescripción adquisitiva del derecho, lo que impactará la oferta y con ello el precio. Al contrario, sino

existen más derechos que incorporar el mercado tendrá un volumen determinado y podrá en ese marco asignarle el valor al derecho de aprovechamiento de aguas.

Este tema es abordado en profundidad por el profesor Alejandro Vergara Blanco y lo llevará a afirmar que existe obstáculos de certeza jurídica en los títulos, así señalará “Según los economistas, dentro de los requisitos del mercado, los derechos de aprovechamiento deben estar formalizados, (vid. Donoso, 1995, p.15), lo que asegura su funcionamiento como asignador eficiente del recurso hídrico.

Existe, al respecto, un doble inconveniente. Una realidad de títulos antiguos y nuevos no catastrados y con indefiniciones y una deficiente definición legislativa..

## CONCLUSIONES

A través de este trabajo hemos querido dar cuenta que históricamente y por un largo periodo de tiempo, el uso del derecho de aprovechamiento de aguas ha sido reconocido y se la asignado un valor.

Esta situación es la que llevará a nuestro constituyente a darle amparo constitucional a estos derechos de aprovechamiento de aguas, que existen, pero que no han sido formalizados.

Nuestra legislación persigue que todos los derechos de aprovechamiento de aguas sean formalizados e inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas de los Conservadores de Bienes Raíces. Sin perjuicio de ello y consiente de la realidad existente en orden a que no todos los derechos de aprovechamiento se encuentran inscritos, sea creado un Catastro Público, que llevará la Dirección General de Aguas y existirá un Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas inscritos, pero también existe un Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas no inscritos susceptibles de regularización conforme a lo dispuesto en el artículo segundo transitorio del Código de Aguas.

Los titulares de estos derechos de aprovechamiento de aguas, son dueños de ellos por medio del modo de adquirir denominado la prescripción adquisitiva, y deben ser incorporados al sistema registral, aunque ello signifique que deba hacerlo el Estado, pues esta labor es de interés de toda la nación.

Urge que exista certeza respecto de la cantidad de derechos de aprovechamiento de aguas que existen, que involucre a todos, por ello es necesario que se establezca o más bien se aplique los procedimientos que el propio Código contempla para formalizar e inscribir esos derechos. Esto es una cuestión de la más alta importancia, no podemos pretender un desarrollo económico sustentable sin saber cuántos son los recursos hídricos con los que cuenta el país.

Más aún es obligación del Estado, que se determine la cantidad del recurso que existe disponible, pues el derecho al agua, ha sido elevado a la categoría de derecho humano, por ende es obligación de Estado de Chile asegurar a todos los habitantes ese derecho, como también establecer reserva para poder generar la posibilidad.

Para finalizar, volviendo a citar al poeta catalán: "El agua es vida, río, espuma, lluvia, niebla, nube, fuente, hielo, mar. Agua, barro en el camino, agua que esculpe paisajes, agua que mueves molinos, Cuidala como ella cuida de ti".

## BIBLIOGRAFIA.

### Libros:

- 1.- Alessandri, Somarriva y Vodanovic : *Tratado de los Derechos Reales*. , Tomo I, Sexta Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile.
- 2.- Kiverstein H, Abraham (1993): *Síntesis del Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas La Ley, tercera edición.
- 3.- Guzmán Brito Alejandro (1995): *Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en derecho positivo*. Primera edición , Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile.
- 4.- Vergara Blanco Alejandro (1998): *Derecho de Aguas*. tomos I y II, primera edición. Editorial Jurídica de Chile, Snatiago Chile
- 5.- Stewart. Daniel L. (1970) : *El Derecho de Aguas en Chile*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile
- 6.- Guzmán Alcalde, Alberto y Ravera Herrera, Ernesto (1998): *Estudio de las Aguas*. Segunda Edición Corregida. Editorial Juridica Congreso.
- 7.- Escudero Ahumada. Bernardino (1990): *La Posesión del derecho de aprovechamiento de aguas*. Editorial Ediar- Cono Sur Ltda. Santiago Chile
- 8.- Lira Ovalle Samuel (1956) *El Derecho de Aguas ante la Catedra*. Colección de Manual de Estudios N° 1 Universidad Católica de Chile. Santiago Chile .
- 9.- Rendic Veliz Dinko Tomislav. (2011) *Librotecnia. Derechos de Aguas y Pueblos Indígenas*. Primera edición . Santiago Chile
- 10.- Guzmán Alcalde Alberto, Ravera Herrera Ernesto. (2007) *Estudio de las Aguas*. Editorial Jurídica Congreso, Chile
- 11.- Carvajal Pérez, Luis. *Historia de la Lucha por los Derechos del Agua de los Pueblos Chusmiza y Usmagama, Crónicas*. Oñate Impresores y Cia Ltda. Iquique Chile
- 12.- Yáñez Nancy, Molina Raúl. (2008) *La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile*. Editoria LOM. Santiago de Chile
- 13.- Carl J. Bauer (2002) *Contra la corriente. Privatización, mercados de agua y el Estado en Chile*. Ediciones LOM. Santiago Chile. Traducción de Orrego S. Juan Pablo. *Against The Current ; privatization water markets and the state in Chile*.

.14.- Segura Riveiro Francisco,(2009) *Derecho de Aguas.Cuarta Edición*.Editorial Legal Publishing Chile. Santiago. Fondo de Publicaciones de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la U. de Concepción.-

15.- Humberto Santelices Narducci. (2002) *Medida del Derecho de Aprovechamiento de Aguas* (La expresión cuantitativa del Derecho de Aprovechamiento en el sistema del Código de Aguas de 1981). Editorial Metropolitana. Chile

16.- Elliott M.Simon (2010) *El río y la forma, Introducción a la Geomorfología Fluvial*. RiL. Editores. Primera Edición. Chile

17.- Peñailillo Arévalo Daniel (2010) *Los Bienes*, Editorial Jurídica, edición 2010 Santiago Chile.

18.- Randolph, Brewer Allan (1976) *Derecho de la Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables*. - Carias. Colección Derecho y Desarrollo N° 2, Facultad de Derecho/ Universidad Central Venezuela. Caracas Venezuela

19.- Lira Urquieta, Pedro y de la Maza,Lorenzo (1940) *Regimen Legal de las Aguas en Chile*, Editorial Nacimiento, Santiago Chile

.20.- Yáñez Nancy, Molina Raul (2011) *Las Aguas Indígenas en Chile*.Ediciones LOM. Primera Edición. Santiago de Chile

#### **Artículos**

21.- Victor Morales Cortés (2005) “Uso y Goce del Derecho de Aprovechamiento de Agua y de la Concesión Minera.”.*Ponencia de Diciembre de 2005, Seminario de Derecho de Aguas y Minería*, Universidad de Atacama. Chile

22.- “La propietarización de los derechos”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaiso*. Vol 14.

23.- Alejandro Vergara Blanco 1995. “Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas sobre derrames”. “El caso de las aguas servidas depositadas por un concesionario sanitario en fuentes naturales”.. *Revista de Derecho de Aguas*, Vol. VI .

24.- Alejandro Blanco Vergara. “Estatuto Jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas. En especial su regularización y catastro”. *Estudios Públicos*, N° 69.

25.- Alejandro Blanco Vergara. “El catastro público de aguas. Consagración legal, contenido y posibilidades de regulación reglamentaria”. *Revista de Derecho de Aguas*, Vol. VIII .Instituto de derecho de minas y aguas de Universidad de Atacama

26- Carl Bauer "Régimen Jurídico del Agua. La experiencia de Estados Unidos". *Revista de Derecho de Minas y Aguas*. Vol. III. Instituto de derecho de minas y aguas de Universidad de Atacama

27.- Carl Bauer.(1891) " Los derechos de aguas y el mercado: efectos e implicancias del Código de Aguas chileno de 1981". *Revista de Derecho de Aguas*, Vol IV

28- "Análisis Crítico de la Institucionalidad y del marco regulatorio del recurso hídrico continental". *Revista de Derechos de Aguas*, Vol V. Instituto de derecho de minas y aguas de Universidad de Atacama

29.- 1992 "¿A quien pertenece el agua?" en *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, Vol. III Instituto de derecho de minas y aguas de Universidad de Atacama

#### **Revistas:**

30.- *Revista de Derecho de Aguas*, Instituto de Derecho de Minas y Aguas Universidad de Atacama. Volumenes de I al IX.

31.- *Revista de Derecho n° 176* año LII Julio.- Dic. 1984, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

32.- Gutierrez Gonzalez Nelson (1996) "Una reforma ineludible en materia de aguas" *Revista Colegio Abogados de Concepcion* pag 26

33.- Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Vol. 5, N° 14, 2006. Cultura del Agua . . - Pinochet Méndez, Cesar Mauricio. *Los Turnos de Aguas ante la Jurisprudencia Indiana*. Revista de Derecho de Agua , Vol, 9 , pags 125 y siguientes.

-

#### **Varios:**

34.- Código de Aguas, en sus diversas versiones.

35- Decreto Ley N° 2.603.

36.- Ley 20.017

37.- Resolución N° 452, DGA 6 de Abril de 2008.

38- Decreto Supremo N° 1220

39- Decreto ley N° 3.557

40.- Código Civil

41.- Repertorio del Código Civil y Código de Aguas.

- 42.- Ley N° 16.640
- 43.- Sociedad del Canal Maipo 180 años 1827-2007.
- 44.- El Agua, pasado, presente y futuro. Fernando Moraga. Bicentenario Chile 2010.
- 45.- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código de Aguas.(2010)Segunda Edición , Circulo Legal Editores.Editorial Jurídica de Chile.
- 46.- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Editorial Juridica de Chile.
- 47.- Varios Autores (2011) Código de Aguas Comentado. Coord.Canonni Mandujano, Nicolás y Noguera Pantoja, Camila, Editorial Abeledo Perrot.Legal Publishing Chile
- 48.- Aguas, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia. Circulo Legal Editores.
- 49.- Revista Colegio de Abogados de Concepción. Año III- N° 3, Diciembre 1996.
- 50.- Ley No.19.253.
- 51.- Síntesis de Derecho de Aguas, Edugal 1958, Universidad de Chile, Escuela de Derecho.

Universidad de Valparaíso  
Chile



00418134

**MAG      CB. 00418134**  
**Z61p     RU. 284709**  
**2011     Zett Urzúa, Abraham Alexi**  
**La prescripción adquisitiva del derecho**  
**de aprovechamiento de aguas**

NOMBRE DEL LECTOR	Fecha devol.

**MAG      CB. 00418134**  
**Z61p     RU. 284709**  
**2011     Zett Urzúa, Abraham Alexi**  
**La prescripción adquisitiva del derecho**  
**de aprovechamiento de aguas**