

JUAN CASTRO
SENADOR

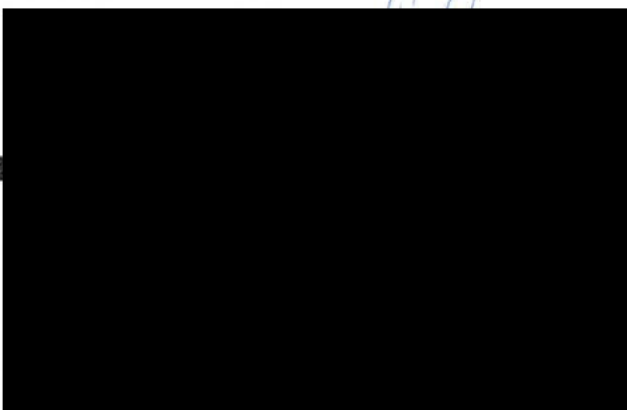

ASESORÍA TÉCNICA PARLAMENTARIA

EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA HÍDRICA EN CHILE
PRIMERA PARTE

**Primeras regulaciones, principales hitos de la ley, discusiones y
problemáticas abordadas (1819-1979).**

Informe preparado por
Juan José Valdés

Talca, Abril de 2024



Contenido

1. Justificación. 2. Primeras regulaciones dictadas por el Estado de Chile: DFL 1819. 3. Primer Código de Aguas (1855). 4. Ordenanza Municipal de 1872. 5. Leyes de Municipalidades de 1887 y 1891. 6. Código de Procedimiento Civil de 1902. 7. Ley N° 2139 de 1908. 8. Decreto de Ley 124 de 1924. 9. Proyecto de Código de Aguas de 1936. 10. Código de Aguas de 1948-1951. 11. Ley de Reforma Agraria N° 16.640 y el Código de Aguas 1967-1969. 12. Decreto de Ley N° 2.603 de 1979: Segunda Reforma al Código de Aguas.

1. Justificación

En medio de una sequía que, según se estima, ya es parte de nuestra realidad hídrica estructural, la discusión sobre la regulación del uso del agua seguirá siendo parte de la agenda nacional, tanto como materia de opinión pública, así como una bisagra para la minería, la industria energética y la agricultura, lo cual podría ejercer presión sobre el legislador en los años que vienen. Existe un factor sistémico determinado por el déficit de lluvias prolongado, que tiene como consecuencia la sequía severa que ha vivido el país que se prolonga desde hace 60 años, agudizada en los últimos 25.

Las señales se vienen dando desde hace décadas, como puede constatarse con la sequía de los años 1998 y 1999, que provocó una grave crisis energética, que puso en evidencia los vacíos de la regulación eléctrica, que, entre otros problemas, consideraba la sequía como “casos fortuitos”. Es importante considerar que las alarmas de sequía de las instituciones y la prensa solo se activan en los momentos en que el déficit alcanza las zonas urbanas, pero si llueve un poco la sequía es olvidada por la opinión pública y las autoridades. En las ciudades la sequía puede pasar desapercibida cuando el sistema de distribución funciona en orden. Mientras que la percepción de la sequía en las zonas rurales es diaria.

Por aquellas y otras razones, conocer la historia de la regulación constituye una herramienta que, bien aplicada, podría otorgar perspectiva al legislador ante los próximos desafíos.

2. Primeras regulaciones dictadas por el Estado de Chile: DFL 1819.

La primera normativa de la que se tiene registro es el Decreto Supremo de 18 de noviembre de 1819, dictada por Bernardo O'Higgins¹. En el decreto se establece, vagamente, el derecho de uso sobre una cantidad específica de agua, para ciertos usos determinados y limitados, ligados sobre todo al riego, los cuales podían ser objeto de compra y venta entre usuarios ligados a un cauce. En el Decreto “no se señala si esta venta o uso es a perpetuidad o si es por un tiempo determinado.”²

Luego, la Ley de Municipalidad dictada en 1854, establece regulaciones que dotan a las municipalidades de jurisdicción para administrar aguas consideradas comunes. También otorga al Gobernador la facultad de otorgar mercedes de agua. Entonces, para sacar agua de un cauce natural debía tenerse una merced y permiso para hacerlo³. De otro modo, se establecía la actuación de la policía.

3. Primer Código de Aguas (1855)

El marco normativo sobre aguas era parte del primer cuerpo legal codificado que tuvo Chile: el Código Civil de 1855, el cual incorporó un Código de Aguas. En este, se establece una clasificación respecto a la propiedad de las Aguas⁴:

- Aguas comunes a todos los hombres,
- Aguas nacionales de uso público, y

¹ https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28051/2/Minuta_Derechos_de_Agua.pdf

² Memoria de Grado, U. de Chile, Facultad de Derecho. Paula Ugarte. 2014.

³ Evolución de la legislativa en materia de aprovechamiento de aguas.

⁴ https://leyes-cl.com/codigo_civil/1885.htm

- Aguas de dominio privado.

El principio rector para gozar de propiedad de las aguas era el siguiente: “Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público”. “Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstas a los herederos y demás sucesores de los dueños”.⁵

En cuanto a las aguas subterráneas, apenas mencionadas, se entiende que son de dominio privado del propietario del terreno⁶.

Sin embargo, en el Código de 1855, no existía ningún artículo que aludiera a la enajenación de por parte del Estado de las aguas clasificadas como públicas, pues los bienes nacionales se consideran ajenos al comercio.

Se establece una clasificación que distingue tres tipos de derechos sobre las aguas que podían ejercer los particulares:

- Derechos legalmente adquiridos con anterioridad al Código Civil.
- Uso que podía hacer el dueño de una heredad por la que corría o era bordeada por un curso de agua público, es decir, uso riberano.
- Uso o aprovechamiento por parte de aquellos que estuvieran en posesión de una merced o concesión otorgada por la autoridad respectiva.

4.Ordenanza Municipal de 1872

El Código de Aguas de 1855 no establece medidas para regular conflictos entre municipalidades por las cuales atravesara el mismo río. El primer esfuerzo por mediar este tipo de conflictos está en la ordenanza dictada por el Presidente Errázuriz en 1872, en cuanto a la distribución de las aguas que dividen provincias o departamentos.

⁵ https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28051/2/Minuta_Derechos_de_Agua.pdf

⁶ Pedro Lira y Lorenzo de la Maza, 1940.

La ordenanza se activaba en casos de escasez y en ella se aprecia que los canalistas abordaban la controversia en igualdad de derechos, sin mediar volúmenes de consumo. La distribución se hacía la forma más equitativa posible⁷.

5.Leyes de Municipalidades de 1887 y 1891

En 1887 se modifica el reglamento mediador de conflictos cambiando. En adelante se considera que los ríos “corren” por los territorios, más no los “dividen”⁸. En 1891, se modifican las atribuciones presidenciales, traspasando atribuciones al Juez letrado más inmediato al río en cuestión.

6.Código de Procedimiento Civil de 1902.

Dictado por Manuel Montt, la ley 1552 incorpora un procedimiento para tratar la distribución de los cursos de aguas públicas. De esta forma, se establecen procedimientos para fijar repartos con efectos no permanentes de derechos de agua para comuneros; procedimientos para resolver conflictos por medio de un juez letrado, en el caso de haber varios dueños de aguas en un mismo cauce; definía la jurisdicción del tribunal respecto de los cauces que corrían por varios departamentos⁹.

7.Ley N° 2139 de 1908

Regula las comunidades de regantes, estableciendo las normas de su funcionamiento, de acuerdo a las aguas existentes y su proyección en el futuro. Es relevante en cuanto permite que se organicen comunidades de canalistas con personalidad jurídica. Con esto, los Directores de las Asociaciones, tuvieron potestad de resolver las cuestiones relativas a

⁷ Memoria de Grado, U. de Chile, Facultad de Derecho. Paula Ugarte

⁸ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=200630>

⁹ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740>

derechos y reparticiones entre los accionistas, siendo los directores quienes resolvían problemas que antes eran responsabilidad de los tribunales ordinarios.

8. Decreto de Ley 124 de 1924

Se considera como el primer intento de hacer un registro preciso de los derechos de agua existentes. Se ordenó inscribir los derechos, concesiones y mercedes de agua en el llamado Registro de Mercedes de Agua, sin tener demasiado éxito en la práctica dadas las dificultades para constatar efectivamente la veracidad de las inscripciones y las omisiones por parte de los usuarios¹⁰.

Modifica los trámites para conseguir una merced. En él, se consideran solicitantes para riego, fuerza motriz y usos industriales, distinguiendo cantidades de agua y valores a pagar según el volumen solicitado. El pago se renovaba cada 10 años y en caso de no pagar, el Estado podía establecer la caducidad de la concesión. Lo mismo si el concesionario modificaba el uso del agua destinado en un principio. También se establecía que el concesionario no podía transferir el título de su derecho sin autorización previa del Estado.

*

Entre 1819 y 1924 se establecieron normas confusas y dispersas, pero una tendencia a regular conflictos, establecer tipologías de uso y, en buena parte, a va determinando la naturaleza de la propiedad de las aguas, así como a distinguir las privadas de aquellas de uso público. En el curso de este periodo, vemos como el Estado se va haciendo responsable de las regulaciones y la administración, antes entregadas a las autoridades territoriales.

¹⁰ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5805;;;>

9. Proyecto de Código de Aguas de 1936

Este cuerpo legal fue aprobado por la Cámara de Diputados, pero no logró entrar en rigor ya que fue constantemente modificado dadas sus imprecisiones durante 12 años, hasta llegar a la promulgación del primer Código de Aguas de 1948.

10. Código de Aguas de 1948-1951

El primer Código de Aguas “moderno” en Chile fue aprobado en 1948 (Ley N° 8944), para luego ser modificado en 1951 (Ley N° 9896). Es el hito jurídico donde se estipula con claridad la propiedad privada del agua. En la modificación se establece y acuña el “derecho de aprovechamiento de aguas”¹¹.

Si bien limita la privatización, privilegiando la potestad estatal sobre las aguas, se considera justificadamente como el antecedente a lo estipulado por el Código del 81, que inaugura un mercado de las aguas, a través del libre traspaso de los derechos de aprovechamiento.

Define el derecho de aprovechamiento como una merced entregada por el Estado que permite a su titular usar las aguas. Una vez otorgadas, las mercedes pasan a ser propiedad privada y pueden ser transadas libremente, con algunas limitaciones arbitradas por el Estado. De esta forma, concedía derechos de aprovechamiento de aguas a los privados, previa justificación. Lo definía de la siguiente manera en su artículo 12: "El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas en conformidad a las reglas que prescribe este Código"¹². Tales regulaciones se establecían, a modo general, en los siguientes puntos centrales: los titulares (antes concesionarios) no podían cambiar el uso del

¹¹ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=125715>

¹² https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28051/2/Minuta_Derechos_de_Agua.pdf

aprovechamiento sin previa autorización de Estado, y estaban obligados a devolver los derechos que no habían sido utilizados en un periodo de 5 años¹³.

Se crea un ente administrador, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, que es el mismo conocido actualmente como la Dirección General de Aguas (DGA). El Código mantiene la distinción entre aguas públicas y privadas, cuestión consagrada en Código Civil, dándole poca relevancia a las privadas. Aquí, se interpreta que el objetivo era reducir la cantidad de aguas de uso privado, de forma de aumentar aquellas dentro del control del Estado. El Código señala: “En lo que atañe al dominio de ellas se mantiene y precisa el sistema del Código Civil, instituyendo al Estado como dueño de todas las aguas y de la energía o fuerza motriz que producen, salvo excepciones de escasa importancia; pero se les otorga a los particulares el "aprovechamiento de aquellas".

En cuanto al aprovechamiento de las aguas subterráneas, la determinación sobre la explotación queda entregada al libre arbitrio de los particulares: el dueño de los terrenos y aquellos que hicieran uso del agua, generalmente para bebida y uso doméstico, dada la tecnología de la época. Para adquirir derechos de aprovechamiento sobre aguas de dominio del Estado, el Artículo 23 establecía que la merced solo podía ser concedida por el Presidente de la República. Este derecho concedido facultaba el uso, goce y disposición de las aguas. Estas características –exclusividad y facultad de disposición– son propias del dominio y se asimilaron en la evolución del Código al derecho de propiedad¹⁴.

11.Ley de Reforma Agraria N° 16.640 y el Código de Aguas 1967-1969

La Reforma Agraria está enmarcada en una Reforma Constitucional, y viene a quebrar la tendencia que se venía observando en cuanto a la exclusividad y disposición de titulares privados sobre derechos de aguas¹⁵. Esto se refleja en el Código de Aguas que la

¹³ Op Cit

¹⁴ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=125715>

¹⁵ <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45903/1/HL16640.pdf>

acompaña, el cual introduce nuevas doctrinas y transforma la naturaleza jurídica que el derecho de aprovechamiento venía mostrando.

Se modificó, entre otros, el artículo N° 10 de la Constitución: "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, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción¹⁶".

Considera que las facultades que entregaba el Código anterior eran demasiado amplias. Estimó que el agua, en su calidad de bien de uso público, debía permanecer inalienable, y por lo tanto se reñía con la facultad entregada a particulares para disponer de las aguas.

Así, la Reforma Agraria establece que el derecho de aprovechamiento como un derecho real administrativo. (Añade el concepto "administrativo" al artículo 12 del Código, limitando la libre disposición y enajenación de las aguas, devolviendo al Estado la potestad sobre las mismas).

En tal sentido (función social de un derecho) se expresa el Mensaje de la Ley N° 16.640: "el régimen como el descrito permite al Estado ejercer una efectiva fiscalización sobre la conservación y máxima utilización de las aguas en beneficio de la comunidad". El citado Artículo 12, tras su modificación, dispone: "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 del presente Código." (Incluye luego de "derecho real" el concepto "Administrativo" y quita los conceptos de "goce" y "disposición")¹⁷

¹⁶ <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/45903/1/HL16640.pdf>

¹⁷ Op Cit.

“El que sea un derecho real administrativo, significa que el derecho de aprovechamiento recae sobre bienes del Estado, bienes nacionales de uso público y 67 que su titular debe atenerse a las normas de derecho público, lo que implicaría una vigilancia por parte del organismo administrador del recurso.” (Manríquez y Muñoz, 1978)

También se suman a las causales de caducidad del derecho de aprovechamiento contenidas en el Código de 1951, numerosas causales nuevas, divididas en causales imputables al titular y no imputables al titular, relacionadas éstas últimas a cuestiones de interés público, en orden al uso eficiente del recurso. Siguiendo esta lógica, en disputas entre varios solicitantes para un mismo caudal se resolvía priorizando según el interés público.

12. Decreto de Ley N° 2.603 de 1979: Segunda Reforma al Código de Aguas.

El DL N° 2.603, modificó en su artículo N°1 el Acta Constitucional N° 3, reconociendo nuevamente la propiedad de los derechos de aprovechamiento a los titulares de estos. Con esto vuelve reformularse la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento, restituyendo la propiedad de estos a sus titulares y facultando al Presidente de la República para dictar modificaciones totales y parciales al Código de Aguas y a otras normativas relacionadas con la materia¹⁸.

En virtud de lo anterior se dictó el Decreto con Fuerza de Ley N° 1-2603, del Ministerio de Agricultura. En su artículo 1° se define el derecho de aprovechamiento como " un derecho real que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas, en beneficio particular, con los requisitos y en conformidad a las disposiciones de esta ley." (antes el Artículo 12 del Código de 1951)

¹⁸ DECRETO LEY 2603 MODIFICA Y COMPLEMENTA ACTA CONSTITUCIONAL N° 3; Y ESTABLECE NORMAS SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y FACULTADES PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN GENERAL DE LAS AGUAS. 1979.

Entre otras críticas, los primeros debates sobre el DL N° 2.603, abordaron supuestos errores de redacción, que en su Artículo 7, daban pie a que un usurpador de tierras pasara a ser titular de derechos. Así también, en su Artículo 8, la no inclusión de derechos de aprovechamiento en un contrato de transferencia de dominios agrícolas, industriales o mineros, derivaba en la nulidad del contrato¹⁹. Tal envergadura en la sanción, fue muy criticada.

¹⁹ DECRETO LEY 2603 MODIFICA Y COMPLEMENTA ACTA CONSTITUCIONAL N° 3; Y ESTABLECE NORMAS SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y FACULTADES PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN GENERAL DE LAS AGUAS