

INDICE GENERAL

<i>Prefacio</i>	9
-----------------------	---

INTRODUCCION GENERAL

EL DERECHO DE AGUAS ANTE LA HISTORIA Y LA LEGISLACION VIGENTE	11
--	----

1. Explicación preliminar	11
2. Objetivos generales de una investigación sobre derecho de aguas	13
3. Fundamentación teórica de una investigación en materia de aguas	15
4. Hipótesis de trabajo	15
5. Bibliografía más relevante en materia de aguas	17
6. Objetivos específicos del estudio del derecho de aguas	21
I. Reconstrucción histórica	22
II. Reconstrucción dogmática	23
7. Núcleo dogmático del derecho de aguas	23

PRIMERA PARTE

HISTORIA DEL DERECHO DE AGUAS

CAPITULO 1

FUENTES DE DERECHO ROMANO DE AGUAS	29
------------------------------------	----

I. Las aguas en el Derecho Romano Clásico	29
1. Dominio de las aguas	29
a) Marciano, D. 1, 9, 2, pr-1	30
b) Pomponio, D. 41, 1, 50	30
c) Ulpiano, D. 39, 2, 15, 2-9	30
d) Gayo, D. 1, 8, 5, pr-1	31
e) Marciano, D. 1, 9, 4, pr-1	32
f) Ulpiano, D. 43, 12, 1, 2	32
g) Ulpiano, D. 43, 12, 1.1	32
h) Ulpiano, D. 43, 1.1, pr- 1	33

i)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.8	33
j)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.6	33
k)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.5	34
l)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.4	34
ll)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.3	34
m)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.10	35
n)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.7	35
ñ)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.9	35
o)	Ulpiano, D. 43, 13. 1, pr-2	35
p)	Ulpiano, D. 43, 12. 1.11	36
q)	Paulo, D. 43, 12. 3, pr- 1 y 2	36
2.	El aprovechamiento de las aguas	36
a)	Papirio Justo, D. 8. 3. 17	37
b)	Neracio, D. 8, 2, 2, 3	37
c)	Ulpiano, D. 43, 12. 1, pr.	37
d)	Ulpiano, D. 43, 12. 1. 12, 13 y 14	38
e)	Pomponio, D. 43, 12. 2	38
f)	Ulpiano, D. 43, 15. 1. 1-6	38
II.	Las aguas en el Derecho postclásico	39
1.	Derecho de aguas teodosiano	39
a)	Dominio de las aguas	39
b)	Limpieza de los acueductos	40
c)	Sistema concesional	41
d)	Uso del agua	41
2.	Derecho de aguas justinianeo	42
a)	Las aguas en las Institutas	42
b)	Principios recogidos del teodosiano	43
c)	Nuevas disposiciones	44

CAPITULO 2

FUENTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO ESPAÑOL MEDIEVAL
DE AGUAS

Introducción	45	
a)	El concepto jurídico de regalía	45
b)	El Derecho Común	47
I.	Primer texto hispánico	48
a)	Su tenor y posterior recepción	48
b)	Trascendencia	50
II.	Las aguas en el Fuero Juzgo	51
III.	Las Siete Partidas	53
1.	Los derechos patrimoniales de los Reyes	54
a)	El Señorío de los Reyes	54
b)	La imprescriptibilidad y la inalienabilidad	55
2.	Condición jurídica de las aguas	58
a)	Dominio de las aguas	59
b)	Otorgamientos reales	62
c)	Derechos de aprovechamiento	66
d)	Comentario final	70

IV. El Ordenamiento de Alcalá	71
V. El derecho práctico	72
VI. Conclusiones	72
1. Dominio de las aguas	72
2. El sistema concesional	72
3. Los derechos de uso	72
4. Intervención administrativa	73
Apéndice: Las Siete Partidas. Tercera Partida	73
Leyes 3, 6, 7, 8, 9, 10, 26 y 31 del Título 28; Ley 7 del Título 29; Leyes 4 y 5 del Título 31; Leyes 15, 18 y 19 del Título 32, con las glosas (traducidas) de Gregorio López	

CAPITULO 3

FUENTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO ESPAÑOL MODERNO Y DECIMONONICO DE AGUAS

I. El derecho moderno de aguas	83
1. Las Ordenanzas Reales de Castilla (ORC)	83
2. Leyes de la Nueva Recopilación	84
a) Dominio de las aguas	84
b) El sistema concesional	86
c) Derechos de los particulares	87
d) Intervención de la Administración	87
3. Las leyes de la Novísima Recopilación	88
a) Dominio y concesiones de aguas	89
b) Intervención administrativa	90
II. El derecho de aguas español decimonónico	92
1. El dominio de las aguas	93
a) Aguas pluviales	93
b) Aguas vivas, manantiales y corrientes	93
c) Aguas muertas o estancadas	94
d) Aguas subterráneas	94
2. Procedimiento concesional	94
3. Los derechos de aprovechamiento	96
4. Intervención administrativa	96
5. Conclusiones	97

CAPITULO 4

FUENTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INDIANO DE AGUAS

Introducción	98
I. El estado de la cuestión	100
II. La existencia de unos “principios generales”	104
III. El dominio de las aguas	105
1. Las capitulaciones del siglo XVI	106
2. El derecho supletorio	108

3. Los textos indianos	109
4. La doctrina	111
IV. Las mercedes de aguas	114
1. Los textos indianos	114
2. Procedimientos administrativos	116
3. Concepto de “merced”	117
V. Los derechos de uso y aprovechamiento	118
1. Los textos indianos	118
2. Los nuevos repartimientos	120
3. Naturaleza jurídica	120
VI. La intervención administrativa	121
VII. Conclusiones	123
Apéndice: Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias	124
Ley 63 del Título II; Leyes 3, 4, 5, 7, 8 y 11 del Título XII; Leyes 5, 7, 9 y 11 del Título XVII, Libro III	

CAPITULO 5

FUENTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTEMPORANEO
DE AGUAS 128

Primera Parte: Legislación Nacional de Aguas desde 1818 hasta 1951

I. El Derecho Nacional de Aguas antes del Código Civil (1818-1856)	129
1. La legislación vigente luego de la Independencia	129
2. El primer texto patrio: Senado-Consulta de 1819	129
3. La crítica posterior	132
a) Un artículo anónimo de 1846	132
b) La publicación en Chile de la voz “Agua”, de la enciclopedia de Arrazola	134
4. Artículo 118 de la Ley de Municipalidades, de 1854	137
II. El Derecho de Aguas en el Código Civil (1857)	139
III. Legislación de aguas desde 1857 hasta fin de siglo	144
1. La Ordenanza sobre la distribución de las aguas, de 1872 ...	144
2. Ordenanzas de 1875 y de 1880	149
3. Ley de Régimen Interior, de 1885	152
4. Leyes de Municipalidades de 1887 y 1891	154
5. Un procedimiento concesional para las aguadas, en 1893 ...	155
IV. Legislación de aguas desde principios de siglo, hasta antes de la codificación	157
1. Panorama legislativo desde principios de siglo hasta 1950 ...	158
2. Principios fundantes de la legislación precodificada	161
a) El dominio público de las aguas	161
b) El procedimiento concesional. Las mercedes de aguas ..	163
c) Los derechos de uso o aprovechamiento de aguas	168
d) Intervención administrativa	176

Segunda Parte: El Derecho de Aguas Codificado

I. El Código de Aguas de 1951	178
1. Estructura general	178

2. Principios dogmáticos del Código de Aguas de 1951	180
3. Derogación orgánica de la legislación precodificada	183
II. La Ley N° 16.640 y un “nuevo” Código de Aguas, en 1967	183
1. El dominio de las aguas	185
2. El procedimiento concesional	187
3. Los derechos de aprovechamiento de aguas	187
4. Administración de las aguas	188
III. Disposiciones constitucionales y legales desde 1976 a 1980	188
IV. Colofón	191

CAPITULO 6

HISTORIA DE LA CODIFICACION DEL DERECHO DE AGUAS 192

I. El derecho nacional de aguas precodificado	192
II. Los proyectos de codificación rural (1875-1887)	193
1. Proyecto de Código Rural de 1875	194
a) Origen y contenido del proyecto	195
b) Reacciones al proyecto de Lastarria	197
2. Proyecto de Código Rural de 1884	200
3. Proyecto de Código Rural de 1886	204
4. El fracaso de los proyectos de Código Rural	206
III. Los primeros proyectos de Código de Aguas	206
1. Antecedentes	206
2. Proyecto de Código de Aguas de 1927, de Rafael Moreno Echavarría	209
a) Contenido general del Proyecto de Código de Aguas de 1927	209
b) Influencias	211
c) Los principios generales del proyecto	214
3. Comisiones revisoras y proyectos posteriores	216
a) Proyecto de Código de Agua de 1928	216
b) Proyecto de Código de Aguas de 1930	217
c) Origen del concepto “derecho de aprovechamiento”	219
d) Proyecto de Código de Aguas de 1936	220
IV. Discusión parlamentaria del Código de Aguas (1936-1951)	221
1. En la Cámara de Diputados (1936-1938)	221
a) Mensaje de 1936	222
b) Retiro intempestivo del proyecto	224
c) Moción de varios diputados	225
d) Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	226
e) Discusión general y aprobación del proyecto	227
2. En el Senado (1938-1945)	230
a) Ingreso del proyecto	230
b) Informe de la Comisión	230
c) Discusión y aprobación del proyecto	231
3. Trámites finales en ambas cámaras (1945-1947)	231

4. Veto del Presidente de la República (1947-1948)	232
5. Polémica y dificultades posteriores (1948-1951)	233
V. Epílogo	235

SEGUNDA PARTE

PRINCIPIOS DEL DERECHO DE AGUAS VIGENTE

CAPITULO 7

EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA CORRIENTE EN EL DERECHO DE AGUAS 239

Introducción: Algunos conceptos generales de hidrología	241
1. El ciclo hidrológico	241
2. El agua terrestre: los ríos	242
I. Historia legislativa de la unidad de la corriente	244
II. Implicancias jurídicas del concepto de la unidad de la corriente	248
1. Seccionamiento de los ríos y unidad de la corriente	249
a) Seccionamiento para la organización de Juntas de Vigilancia	249
b) Seccionamiento y extraordinaria sequía	252
2. Unidad de la corriente y manejo integrado de cuencas	253
3. Unidad de la corriente y regulación de caudales	254
III. Conclusiones	255

CAPITULO 8

EL PRINCIPIO DE LA LIBRE TRANSFERIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE AGUAS 257

I. La creación y transferibilidad de los derechos de aguas	259
1. Antecedentes sobre el “mercado de aguas”	261
a) Antecedentes prelegislativos	262
b) Conceptos económicos sobre el “mercado” de aguas	264
2. El sistema de derecho de aguas vigente	266
a) Definición y protección de los derechos de aguas	267
b) Libertad de uso de las aguas	269
c) Gratuidad de la obtención de derechos	270
d) El papel del Estado	271
II. Obstáculos y facilidades legales del sistema chileno de transferibilidad de derechos de aguas	272
1. Eficacia y resultados del “mercado” de derechos de aguas chileno	272
2. Obstáculos a la libre transferibilidad de los derechos de aguas	276
a) Las “externalidades”: las ambientales y el perjuicio a derechos de terceros	278
b) Obstáculos de certeza jurídica en los títulos	281

b.1) Derechos consuetudinarios no catastrados	281
b.2) Definición y conceptualización de los derechos de aguas	283
c) Obstáculos administrativos (rigidez de la infraestructura)	284
d) Obstáculo propiamente económico: falta de un valor o precio del no uso del recurso	288
III. Conclusiones	291
Bibliografía citada	293

TERCERA PARTE

DOGMATICA DEL DERECHO DE AGUAS VIGENTE

CAPITULO 9

ESTATUTO JURIDICO, TIPOLOGIA Y PROBLEMAS ACTUALES DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS. EN ESPECIAL DE SU REGULARIZACION Y CATASTRO	307
--	-----

Introducción: lo público y lo privado en materia de aguas ante la historia jurídica	308
1. Del derecho romano al sistema concesional del siglo XIX: lo público	308
2. Los derechos de aprovechamiento de aguas: lo privado	311
I. Estatuto y tipología de los derechos de aguas en Chile	313
1. La legislación general de aguas a partir de 1979-1981	314
a) Principales características del sistema original	314
b) Modificaciones posteriores al sistema original	318
2. Tipología de los derechos de aguas	321
a) Los derechos de aprovechamiento de aguas “constituidos”	322
a.1) Derechos de aguas constituidos a partir de 1981	323
a.1.1) Contenido y características esenciales de los derechos de aprovechamiento de aguas	323
a.1.2) Inscripción de los derechos de aprovecha- miento de aguas	325
a.2) Derechos de aguas constituidos antes de 1981	326
b) Los derechos de aprovechamiento de aguas “reconocidos”	327
b.1) Los usos consuetudinarios de aguas reconocidos como derechos por la ley	327
b.1.1) El uso tradicional e inmemorial de las aguas	327
b.1.2) Estatuto legal y constitucional de los usos de aguas consuetudinarios	329
b.2) Los usos mínimos o limitados reconocidos como derechos por la ley	333
b.2.1) Pozos domésticos	334
b.2.2) Aguas que nacen, corren y mueren en una misma heredad	335
b.2.3) Lagos menores	335
b.2.4) Aguas halladas en las labores mineras	335
b.2.5) Límites a los usos mínimos	336

3. Otros usos y derechos antiguos reconocidos por la ley	337
II. Problemas actuales de los títulos de aguas	338
1. Formalización de derechos de aguas, reconocidos o constituidos, cuyos títulos no indican su contenido ni sus características esenciales	339
a) Presunción de características esenciales de los títulos de aguas	341
b) Una necesaria evolución jurídica respecto de los usos del agua	344
2. Regularización de derechos de aguas	345
3. Necesidad de regulación reglamentaria para el Catastro Público de Aguas	350
a) Consagración legal y contenido del Catastro Público de Aguas	351
b) Objetivos y necesidad actual del Catastro Público de Aguas	353
c) Características del Catastro Público de Aguas	357
4. Conclusión: Necesidad de dictar el Reglamento del Catastro Público de Aguas	362
Bibliografía citada	363

CAPITULO 10

**REGIMEN JURIDICO DE LA UNIDAD DE MEDIDA DE LOS
DERECHOS DE AGUAS. SU ESENCIAL CONEXION CON LA
DISTRIBUCION DE AGUAS SUPERFICIALES** 368

Introducción	368
I. La unidad de medida ante la historia legislativa y el derecho vigente	371
1. Historia legislativa de la unidad de medida	371
a) Durante el siglo pasado	371
a.1) Primera definición legal en 1819: el “regador”	371
a.2) Los “marcos” del Canal San Carlos	372
a.3) Del “regador” o “marco” a la repartición proporcional del agua	374
b) En el siglo XX	376
b.1) La Ley N° 2.139, de 1908	376
b.2) En la historia prelegislativa y en el texto del Código de Aguas de 1951	377
b.2.1) La historia prelegislativa del Código de Aguas de 1951	377
b.2.2) El texto del Código de Aguas de 1951	379
b.3) La unidad de medida en la modificación de 1967	380
2. Régimen vigente de la unidad de medida de los derechos de aguas	380
a) La unidad de medida en los derechos constituidos	381
a.1) Los derechos constituidos a partir de la vigencia del Código de Aguas de 1981	382
a.2) Los derechos constituidos antes de la vigencia del Código de Aguas de 1981	383

b) Unidad de medida de los derechos reconocidos	385
II. Unidad de medida y distribución de las aguas	387
1. Ejercicio de los derechos de agua y la “cantidad de agua” usada	388
a) El uso individual de las aguas	389
b) El uso colectivo de las aguas	389
2. ¿Quién realiza el reparto de la “cantidad de aguas” que le corresponde a cada derecho?	390
a) El reparto usual de las aguas	390
b) Estatuto jurídico de la organización de usuarios	392
3. Forma tradicional de reparto: distribución alícuota o turnal: origen de la “cantidad de agua” de cada derecho	393
4. El régimen de distribución de aguas autorizado por la ley ...	395
5. Posibilidad de conversión de sistema de reparto: desde una unidad variable a una fija	398
6. Otros aspectos relativos al caudal de las aguas, y al uso efectivo y normal de las aguas	401
a) Efectos del no uso de los derechos de aguas	401
a.1) Posibilidad de extinción de un derecho de aguas por no uso de las aguas que le corresponden	402
a.2) Otros efectos del no uso de las aguas	404
b) Relación de las acciones o derechos con las aguas de los ríos	405
7. Conclusiones	407
Bibliografía citada	409

CAPITULO 11

CONSTRUCCION DE OBRAS HIDROELECTRICAS Y DE RIEGO 412

Introducción	412
I. Aspectos geográficos e históricos de las obras hidráulicas	413
1. Características geográficas de Chile	413
2. Necesidad de obras de riego	414
3. Excurso histórico	415
4. Conveniencia de las obras hidroeléctricas. Breve excurso histórico	417
5. Resumen	418
II. Régimen jurídico de las obras hidroeléctricas	419
1. Características generales del sector eléctrico y, en especial, de la generación de energía eléctrica	419
2. Servicio público y electricidad	421
3. Publicatio parcial del servicio eléctrico de Chile	423
4. La concesión eléctrica está dirigida a ampliar la esfera jurídica de los privados que la obtengan	425
5. Régimen de la construcción de obras de generación eléctrica	426
III. Régimen jurídico de las obras para riego	428
1. Aspectos generales	428
2. Obras financiadas directamente por los particulares	431
3. Obras financiadas parcialmente por los particulares, con un subsidio estatal (Ley N° 18.450, de 1985)	433

4. Obras financiadas íntegramente por el fisco, con reembolso posterior de los particulares	436
IV. Conclusiones	439
a) En cuanto a obras hidráulicas para generar energía eléctrica	439
b) En cuanto a obras hidráulicas para riego	440
Bibliografía citada	441
a) Chile	441
b) España y Francia	442

CAPITULO 12

CONSTITUCION DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE
AGUAS SOBRE DERRAMES. EL CASO DE LAS AGUAS DEPOSITADAS
POR UN CONCESIONARIO SANITARIO EN FUENTES
NATURALES

444

Introducción	444
I. Titularidad de las aguas que escurren por las instalaciones sanitarias	447
1. Los bienes afectos a la concesión de servicios sanitarios	448
a) Bienes afectos a la producción de agua potable	449
b) Bienes afectos a la distribución de agua potable, recolección y tratamiento de aguas servidas	450
c) Concepto de bienes afectos	450
2. Instalaciones sanitarias	451
a) Propiedad de las instalaciones sanitarias	451
b) Naturaleza de las instalaciones sanitarias	453
3. Titularidad de las aguas que escurren en las instalaciones de los concesionarios sanitarios	455
a) Propiedad del agua durante la producción	455
b) Propiedad del agua durante la distribución	456
c) Propiedad del agua durante el consumo particular	457
d) Propiedad del agua durante la recolección	457
e) Propiedad de las aguas después de la recolección: derrames	458
II. Derrames de aguas servidas y creación de derechos sobre ellas	459
1. El abandono de las aguas servidas por los concesionarios sanitarios: derrames	459
a) Naturaleza jurídica del abandono de aguas servidas	460
b) Características de los derrames “sanitarios”	461
2. Concesión sobre aguas de derrame	463
a) Validez de la concesión de derechos de aguas sobre derrames	463
b) Consecuencias jurídicas de un acto concesional sobre aguas de derrame	466
1º Nulidad del acto	466
2º Inoponibilidad frente a terceros	467

CAPITULO 13

CONSTITUCION DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO EN
AGUAS EMBALSADAS POR UNA CENTRAL HIDROELECTRICA 470

I.	Antecedentes	470
1.	Derechos anteriores para embalsar aguas	471
2.	Autorizaciones para la construcción de obras (presa)	471
3.	Operación de las centrales hidroeléctricas y embalses	472
4.	Solicitud de un particular interesado	473
II.	Consecuencias jurídicas de un embalse	473
III.	Creación de nuevos derechos de aprovechamiento por la autoridad, para ser captadas las aguas desde un embalse	477
IV.	Conclusiones	478

CUARTA PARTE

PROSPECTIVA DEL DERECHO DE AGUAS

CAPITULO 14

ENTRE LO PUBLICO Y LO PRIVADO, ¿QUIEN ES EL DUEÑO
DE LAS AGUAS? 483

I.	Una mirada histórica	484
II.	El derecho a las gotas de lluvia	486
III.	¿Al alcance de todos?	488

CAPITULO 15

CONFLICTIVIDAD JUDICIAL SOBRE RECURSOS HIDRICOS
EN UN SISTEMA DE MERCADO DE DERECHOS DE AGUAS 492

I.	Causas de las disputas de aguas en Chile	493
II.	Antecedentes históricos de la legislación de aguas chilena	494
III.	La conflictividad judicial de aguas en medio de un mercado de los derechos de aguas	496
1.	La legislación de aguas de 1979-1981	496
2.	Causas de conflictos y resultados en medio del mercado	498
IV.	Conclusión final	499
	Bibliografía citada	500

CAPITULO 16

PERFECCIONAMIENTO LEGAL DEL MERCADO DE
DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS 502

I.	El principio de la libre transferibilidad de los derechos de aguas	502
II.	Arreglos institucionales necesarios en un mercado de derechos de aguas	503

III. “Externalidades” del mercado de derechos de aguas	505
IV. El problema de los derrames o flujos de retorno	507
V. Catastro e inscripción de los derechos de aguas. Su falta de formalización	509
VI. Definición y conceptualización inadecuada de los derechos de aguas	511
VII. Infraestructura y trabas administrativas	512
 Nota final	 515