

**Consideraciones 303****Agua, ¿Derecho o Recurso? Parte 3.**El Agua en el Ordenamiento Jurídico Chileno  
Raúl Osorio H.

## ÍNDICE

## 1. EL AGUA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

- 1.1. [Evolución del marco jurídico del Agua en Chile](#)
- 1.2. [El derecho al saneamiento del Agua](#)
- 1.3. [Reforma al Código de Aguas](#)
- 1.4. [Desalinización, Modelos de Propiedad del Recurso](#)

## 3. EL AGUA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

En nuestro sistema normativo, debemos distinguir diversas áreas que se relacionan con los enfoques o dimensiones que puede tener el agua:

- El Derecho de aguas como tal está tratado de manera orgánica en el Código de Aguas y sus reglamentos, y rige sobre cuestiones de derechos de utilización de aguas para consumo humano, agricultura y también su uso industrial,
- El Derecho al medio ambiente está regido por su legislación propia.
- El Derecho a la salud incide sobre la higiene, es por esta razón que el derecho al saneamiento juega un rol fundamental sobre la prevención de enfermedades.
- El Derecho sanitario, que trata y distingue particularmente las cuatro fases del agua para su utilización doméstica: la producción y la distribución de agua potable y la recolección y tratamiento de las aguas servidas.

**ÍNDICE**

## 3.1. Evolución del marco jurídico del Agua

## 3.1.1. Síntesis

En nuestra historia legislativa, el Marco Jurídico de las Aguas se relaciona directamente con el régimen jurídico de la tierra.

La corona española concedía la propiedad de tierras a particulares con los “Títulos de Merced”, el Estado chileno reconoció estos títulos, dándoles carácter de dominio absoluto e individual a los beneficiarios.

La regulación del agua y sus cauces asume los criterios del Derecho Español, adoptando conceptos de dominio como el “uso, goce y disposición”, de aplicación en el actual Código de Aguas, el que aparece en el Código Civil de 1855, que da a la tierra, el carácter de un bien económico determinado y transable.

La Ley Nº 9.909 de 1951, considerada el “Primer Código de Aguas”, se mantiene sin modificaciones hasta la Ley de Reforma Agraria de 1967, norma que introduce la idea de función social de la propiedad, provocando cambios en el concepto de propiedad, hasta 1973.

De esta manera en durante el período entre 1951 y 1973, se establece, con modificaciones en la Constitución Política, el Código de Aguas y el Código Civil, que *“todas las aguas son bienes nacionales de uso público”*, que los dueños continuarán usándola en calidad de *“titulares de un derecho de aprovechamiento”*, de esta forma el Estado tiene un rol determinante en la asignación y administración del recurso.

“El derecho de aprovechamiento se obtiene por la vía de una concesión administrativa, cuyo otorgamiento estaba adscrito a un destino especial (objeto, ubicación, cabida de terreno) y el peticionario debía garantizar el aprovechamiento efectivo del agua dentro del plazo fijado en la concesión.”<sup>1</sup>

En este modelo de administración la potestad administrativa de la Dirección General de Aguas (DGA) le entregaba al peticionario amplias facultades de planificación sobre el recurso y poder de caducidad de la concesión.

Estos derechos de aprovechamiento no se podían ceder o comercializar; y el agua con la tierra estaban jurídicamente asociadas.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1980, la dictación del Código de Aguas (1981) y la derogación de la ley de Reforma Agraria, se introducen grandes modificaciones

- El derecho de aprovechamiento de aguas ya no es considerado una merced o concesión, y su otorgamiento, a través de un acto administrativo, incorpora al patrimonio o dominio de su titular el uso, goce y disposición en conformidad con la ley.
- Aparece así una nueva relación de “propiedad individual” sobre el agua, separada de la tierra.
- La introducción de esta nueva idea de propiedad permite al titular de un derecho de aprovechamiento comercializar ese derecho (enajenar, hipotecar, arrendar, etc.).
- Ya no es el Estado quien determina las necesidades de agua, ni cuál es su uso racional, sino los particulares.
- De esta manera se genera un “mercado del agua”, donde el titular de un derecho de aprovechamiento debe inscribirlo en un registro, al igual como se inscriben los bienes raíces u otros bienes.

### 3.1.2. Resumen de la legislación chilena en materia de derechos de aprovechamiento de aguas.

A continuación, sintetizaremos el cuadro Resumen de la legislación chilena en materia de derechos de aprovechamiento de aguas, documento extraído de las Asesorías Parlamentarias y elaborado por Eduardo Baeza Gómez<sup>2</sup>

Etapa previa al Código Civil de  
1855

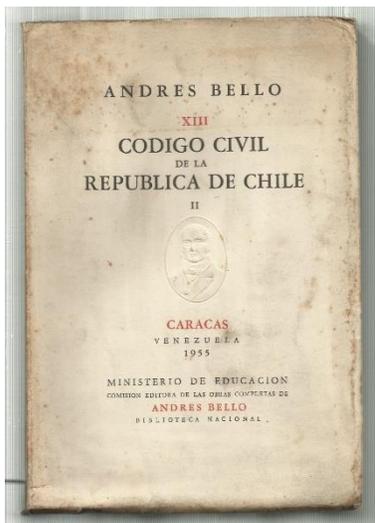
El Decreto Supremo del 18 de noviembre de 1819 fue la primera disposición legal promulgada por la República de Chile sobre las aguas, la que podría interpretarse como una forma de

<sup>1</sup> <http://www.chilesustentable.net/wp-content/uploads/2010/02/Marco-Jur%C3%ADdico-para-la-gesti%C3%B3n-del-agua-en-Chile-Diagn%C3%B3stico-y-Desaf%C3%ADos.pdf>

<sup>2</sup> Asesoría Técnica Parlamentaria. Octubre 2019. Evolución de la legislación chilena en materia de derechos de aprovechamiento de aguas. Eduardo Baeza Gómez.



Código Civil de 1855



*Dudaría la razón que, en una sola vida, un solo hombre pudiera saber tanto, hacer tanto y amar tanto.*

Ignacio Domeyko

Disposiciones posteriores al Código Civil de 1855

enajenar una parte de la corriente de agua conducida por un río, como si se tratara de una compraventa con un valor definido, o bien, que solo se trata de un derecho de uso determinado de una cantidad específica de agua. No obstante, no se señala si esta venta o uso es a perpetuidad o temporal.

La Ley de Municipalidades de 1854 señalaba en su artículo 118 que las mercedes o permisos para sacar agua de un río o estero corresponden al jefe del Departamento en que se ubica la toma de agua, sin que en virtud de estas mercedes se adquiera más derecho que el que corresponda por las leyes comunes (no especificadas en el texto), atendidas la antigüedad y preferencia en la merced entre los interesados. Esta ley autoriza a extraer agua de un río a titulares de una merced o permiso para tales efectos.

Fue el primer cuerpo de ley codificado del país que estableció regulaciones en materia de aguas.

Establecía tres clases de agua:

- Comunes
- Nacionales de uso público y
- De dominio privado.

En su artículo 595 se señala para el caso de aguas superficiales que “*los ríos y todas las aguas que corren por cursos naturales, son bienes nacionales de uso público*”, exceptuando las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, cuya propiedad, uso y goce de dichas aguas pertenecen a los dueños de las riberas y sus herederos. Para el caso de aguas subterráneas, se acepta que estas son de dominio del dueño del terreno donde afloran a la superficie.

Este Código reconocía tres tipos de derechos que los particulares podían tener sobre las aguas públicas de la Nación:

- 1) Derechos legalmente adquiridos con anterioridad al Código Civil (se mantienen, su adquisición debe ser demostrable);
- 2) Uso Riberano: Uso que podía hacer el dueño de una heredad por la que corría o que era bordeada por un curso de agua público, se reconoce el uso de esas aguas públicas, pero se debe devolver el sobrante al curso natural en la salida del fundo o predio) y;
- 3) Uso o aprovechamiento por quienes tengan posesión de una merced o concesión otorgada por la autoridad competente. La merced autorizaba al concesionario para usar y gozar de las aguas, sin mayores trámites ni formalidades, dentro de los términos de su merced y que no afecte derechos anteriormente adquiridos sobre las mismas aguas (no se precisan en la ley los usos, plazos, condiciones ni las autoridades competentes que otorgan la merced).

El Código de Procedimiento Civil de 1902 incorporó un procedimiento especial para tratar el tema de la distribución de las aguas de los cursos de aguas públicas, promoviendo la formación de una junta de vigilancia o el nombramiento de un



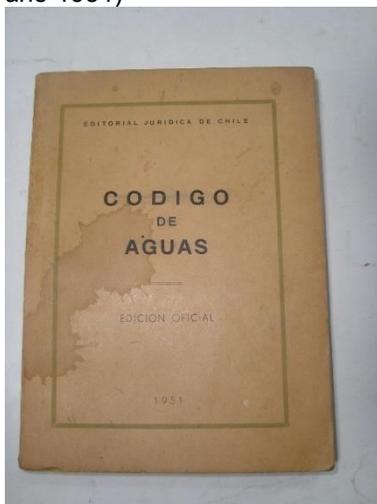
delegado de la comunidad para llevar a efecto las medidas y resoluciones tomadas en reunión de comuneros.

Además, se crearon varias medidas, entre las que destacan:

- Decreto del 08 de febrero de 1907 que regulaba la concesión de mercedes de agua en ríos y esteros para fines industriales.
- Decreto reglamentario que regulaba las mercedes otorgadas para fines de regadío sobre aguas públicas que corrieran por más de un territorio municipal.
- Decreto Ley N° 160, de 1924:
  - Obligaba a los solicitantes de mercedes para regadío, fuerza motriz y usos industriales a pagar de acuerdo con la cantidad de agua pedida (pago por los derechos de concesión que debía renovarse cada diez años).
  - Concesión caducaba por no pago o cambio de uso de las aguas definido.
  - El derecho no se podía transferir ni ceder, sin autorización previa del gobierno.
  - Ordenaba inscribir los derechos, concesiones o mercedes de aguas en un plazo de cinco años en el Registro o Rol de Mercedes de Aguas, lo que no prosperó.

Código de Aguas de 1948 (vigencia suspendida hasta el año 1951)

En Chile, proyecto de 1936, después de una larga tramitación fue promulgado en 1948 (Ley 8.940) su vigencia fue suspendida hasta 1951.



En 1948, el Código de Aguas definía el derecho de aprovechamiento de aguas como un “derecho real” que consiste en el uso, goce y disposición de las aguas en conformidad a lo establecido en el texto legal. Además, el ejercicio del derecho debía hacerse por medio de obras aparentes, aunque su uso no fuera continuo ni se empleara la mano del hombre.

En el Código de 1951, se modifica la definición de derecho de aprovechamiento de aguas, indicando que es un derecho real que “recae sobre las aguas de dominio público”. Aunque se mantuvo la distinción de aguas públicas y privadas que consagraba el Código Civil, la idea era reducir el campo de las aguas de dominio privado, aumentando las que deben ser de control por parte del Estado.

Los particulares podían adquirir derechos de aprovechamiento sobre las aguas de dominio público a través de una merced concedida por el Presidente de la República. Este derecho de aprovechamiento consistía en las facultades de uso, goce y disposición de las aguas, lo que hizo que se asimilara al derecho de propiedad, por el hecho de tener características similares al dominio: exclusividad y facultad de disposición.

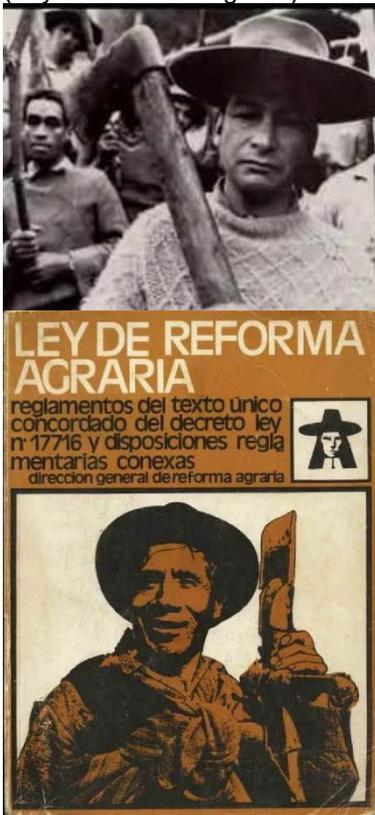
Las características del Derecho de Aprovechamiento eran:

- Se trata de un derecho real,



- Gratuito,
- Ilimitado en el tiempo,
- De libre comercio,
- Se podía utilizar para los fines que fue concedido, de lo contrario se requería de la autorización correspondiente,
- Podía adquirirse en virtud de una merced otorgada por el Presidente de la república,
- Es originario y, por lo tanto, no era susceptible de adquirirse por prescripción, cuando las aguas pertenecían a cauces naturales,
- Estaba sujeto a causales de caducidad por el incumplimiento de las obligaciones legales de su titular y,
- Comprende la posibilidad de hacer uso de todos los medios necesarios para el ejercicio del derecho, regulando la afectación a un tercero.

Código de Aguas 1967-1969  
(Ley de Reforma Agraria)



DL N° 2.603 El Decreto Ley N° 2.603, de 1979,

La ley N° 16.640 de Reforma Agraria cambió toda la estructura que tenía el derecho de aprovechamiento en el Código de 1951, transformando su naturaleza jurídica. Se declaró que el derecho de aprovechamiento era un derecho real administrativo (titular debe atenerse a las normas de derecho público). En su concesión y reglamentación, se establece en favor de la colectividad y se le otorga y conserva al particular en la medida que este cumpla con la finalidad para la cual se le concedió (prima la función social del derecho).

Las características principales del derecho de aprovechamiento de aguas son:

- Es un derecho real administrativo;
- Operan bajo el principio de bien de utilidad pública (todas las aguas pasan a ser públicas), por tanto no comercializables;
- No transferibles, se excluye la disposición (se otorgan y deben ser usadas) y;
- Numerosas causales de caducidad (imputables al titular o por razones de interés público);

Reconoce a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas la propiedad sobre estos (uso, goce y disposición), reformulando la naturaleza jurídica de este derecho. Es decir, se restituyó el derecho de propiedad sobre estos derechos y se facultó al Presidente de la República para dictar las normas de un nuevo régimen al respecto. Se restableció la comerciabilidad de los derechos. Se establece la presunción de que es titular

del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua. Se señala que los actos y contratos que transfieran el dominio de inmuebles agrícolas, industriales, minero u otro, que requieran de aguas, deberán expresar si se incluyen o no los derechos de aprovechamiento de agua. Por último, se consignaron normas relativas al otorgamiento por escritura pública de los actos y contratos celebrados sobre el derecho de aprovechamiento (Conservador de Bienes Raíces y otros).

### Código de Aguas de 1981



Las principales características del Código de Aguas de 1981 (DFL N° 1.122) son:

- Énfasis en la propiedad privada de los derechos de aprovechamiento de aguas (fundamento del libre mercado);
- Se priva al Estado de potestades para el manejo y desarrollo de este recurso natural;
- Se reconoce que el agua es un bien nacional de uso público, pero se concede a los particulares un derecho de aprovechamiento para disponer, usar y gozar de ellas (derecho real);
- Se define el agua como un bien principal, ya no accesorio de la tierra o industria para las que estaba destinada;
- No existía la obligación de usar los derechos de aprovechamiento de aguas (ninguna sanción por no uso). Con la reforma del año 2005 se incluyó una sanción por no uso (Pago de Patente), llegando a la extinción del derecho;
- No existe un orden de preferencia en relación con los diversos usos del agua. En el actual proyecto de reforma al Código de Aguas se incluye la prelación de uso, primando el consumo humano (función de subsistencia);
- Los derechos de aprovechamiento son otorgados gratuitamente por el Estado a los particulares que lo solicitan. En el actual proyecto de reforma se señala que los derechos serían temporales.
- El cambio de uso del agua queda entregado al exclusivo arbitrio del titular del derecho, situación que se espera modificar con el actual proyecto de reforma.

En consecuencia

- Define el recurso hídrico como “bien nacional de uso público” pero al mismo tiempo como “bien económico”.
- Autoriza la privatización del Agua a través de la concesión de derechos de aprovechamiento gratuitamente y a perpetuidad (no fija límites a la concesión de derechos de uso) y separa la propiedad del agua del dominio de la tierra, permitiendo su libre compra y venta.

- Establece un sistema de redistribución del agua a través de transacciones entre privados, creando así un Mercado del Agua, y favorece la concentración de la propiedad sobre este recurso.

El derecho de uso se otorga a los particulares según las disposiciones establecidas en el Artículo 5 del Código de Aguas. En la legislación chilena, dicho derecho es un bien jurídico definido como un derecho real; es decir, un derecho que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas por parte del titular, con los requisitos y en conformidad a las reglas que establece el Código de Aguas).

## ÍNDICE

### 3.2. El derecho al saneamiento del Agua

El derecho al saneamiento comprende un conjunto de derechos y obligaciones de las empresas, los usuarios, y los poderes públicos en relación con:

- La producción y la distribución de agua potable,
- La recolección, evacuación y eliminación de las aguas servidas
- para asegurar un nivel de vida adecuado y la salud pública.

El “derecho al saneamiento” como tal no está aún reconocido oficialmente como exigible, pero existen diversas normas que están ligadas a él:

#### 2.1. Constitución Política

- Artículo 19 N°1 “*El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica*”. La vida humana y su protección están en la base de toda organización social y legal, en que el acceso al agua y al saneamiento son aspectos esenciales para proteger la dignidad humana.
- Artículo 19 N°8 garantiza “*El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación*”.
- Artículo 19 n°24 inciso final de la Constitución garantiza “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*”.

2.2. Ley N° 19.300 de 1994, de Bases del Medio Ambiente estipula que: “*El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia*” (Art. 1).

Asimismo, prescribe que “*Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:...Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos*” (Art. 10 o).

#### 2.3. DFL 382 de 1989

2.4. Código Sanitario que reglamenta el desarrollo y la protección de la Salud de sus habitantes. El derecho al saneamiento se desprende del derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación y del derecho al respecto de la dignidad humana, que están ambos reconocidos explícitamente en la Constitución.

## ÍNDICE

### 3.3. Reforma al Código de Aguas

- Se aprobaron una serie de disposiciones **que dejan como prioridad el agua para el consumo humano y también la necesidad de proteger los ecosistemas.**
- Se establece la temporalidad de los **nuevos derechos de agua con un plazo de 30 años para los derechos consuntivos y de 20 años para los no consuntivos**, pero renovables en la medida que se cumpla con los requisitos que establece la ley.
- Creación de un **panel de expertos que va a tener incidencia en los planes estratégicos de manejo de cuencas y también la existencia de un fondo para investigación y educación en materia de recursos hídricos.**

## ÍNDICE

### 3.4. Desalinización, Modelos de Propiedad del Recurso

A continuación se plantea el problema no abordado de la Desalinización, lo cual hace patente los vacíos y obsolescencia del sistema chileno del agua y permite comparar Modelos de Propiedad del Recurso.

País	Régimen de propiedad del agua desalada
Chile	<p>En general, es posible considerar que la <b>pérdida de salinidad del agua de mar provoca su desnaturalización y, por consiguiente, su desafectación</b> al régimen propio de los bienes públicos.</p> <p>Inexistencia de disposiciones específicas éste es el régimen vigente, al menos por la aplicación de las reglas generales previstas por el Código Civil relativas a la adquisición de muebles.</p> <p><i>“cuando de la materia perteneciente a una persona, hace otra persona una obra o artefacto cualquiera”</i> (artículo 662 del Código Civil).</p> <p>De este modo, la producción de agua desalada seguiría un curso similar al aprovechamiento de otros bienes naturales, como los bienes mineros, donde el especificante pasa a adquirir por sus labores, sin perjuicio que en principio dichos elementos se encuentren excluidos del régimen de propiedad, por aplicación del artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República.</p>

España	Actualmente la ley en España es tajante al considerar que “el agua desalada es demanial <sup>3</sup> en todo caso” (disposición final primera del artículo 2 de la Ley 11/2005, del 22 de junio, por la que se modifica el Plan Hidrológico Nacional).
Argelia	La Ley N° 5-12 del 4 de agosto de 1995, relativa al agua, artículo 5, señala que sólo forman parte del dominio público las aguas desaladas y las aguas submarinas desmineralizadas afectas a un fin de utilidad pública. Esta referencia final permite mantener el régimen de propiedad privada respecto del agua que no se encuentra sujeta a dicha afectación, lo que en general ocurre mediante la especificación privada <sup>4</sup> .
Estados Unidos de Norteamérica	Aquellos estados que siguen un régimen de propiedad sujeta al <i>public trust</i> , doctrina que consagra deberes de conservación para los poderes públicos, característica que se opone a la variación de la propiedad. Conforme a este razonamiento, una propiedad pública deberá seguir siendo pública, sin perjuicio de los esfuerzos del desalinizador. La doctrina considera la posibilidad de otorgarle comisiones <sup>5</sup> al desalinizador, sin que por ello pueda ser considerado como propietario privado <sup>6</sup> . Esta teoría ha sido aceptada en materia de aguas por algunas sentencias de la Corte Suprema
Israel	La legislación señala que todas las fuentes de agua (no diferencia si son marinas o continentales) son públicas. Por otra parte, las instalaciones para la desalinización de agua son consideradas como “infraestructura nacional”, cuando estas son declaradas de “importancia nacional”, circunstancia que permitiría derivar que el agua desalada es “agua pública”.
Australia (Estado de Victoria)	Las actividades de desalinización son desarrolladas por Melbourne Water y otras empresas del gobierno del Estado de Victoria encargadas del suministro de agua potable y reciclada, y de la gestión de las cuencas de abastecimiento de las ciudades (se deriva que el agua desalada es agua pública). Sin embargo, en periodo de extraordinaria crisis hídrica (2007-2010) se impulsó la construcción de una planta con inversión público-privada.

---

<sup>3</sup> De Dominio Público,