DOI:10.22199/S07189753.1996.0001.00009

ADMISIBILIDAD JURIDICA DE UN ESTATUTO DIFERENCIAL PARA EL REGIMEN DE LAS AGUAS CONTINENTALES EN LA SEGUNDA REGION DE CHILE

ALBERTO TALA JAPAZ
Profesor de Derecho de Aguas
Profesor de Derecho de Minería
Profesor de Derecho Ambiental

DR. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ PIZARRO
Profesor de Historia del Derecho

Escuela de Derecho
Universidad Católica del Norte
Antofagasta

SUMARIO: PRIMERA PARTE: Marco general de análisis de la problemática jurídica de los estatutos diferenciales de aguas terrestres. I.- ¿En qué consiste la admisibilidad jurídica de un régimen diferencial de aguas terrestres? II.- Lineamientos de un proceso histórico de fijación del Derecho de Aguas, desde la perspectiva de los estatutos diferenciales. La situación en Canarias y Washington. 1.- Marco general. 2.- La fuente romana. 3.- La corriente francesa. 4.- La corriente alemana. 5.- La corriente española. 6.- La corriente sajona. III.- Las actuales tendencias internacionales acerca de los estatutos diferenciales de aguas. IV.- El principio de la unidad de la cuenca hidrográfica y la cuestión de los estatutos diferenciales de aguas terrestres. V.- Conclusiones. SEGUNDA PARTE: El proceso histórico de fijación del Derecho de Aguas nacional desde la perspectiva de los estatutos diferenciales para Antofagasta. I.- Las aguas terrestres en el marco de la precodificación hasta 1951. Derecho y realidad en el territorio nacional y regional. 1.- El Derecho Indiano en cuanto ordenamiento jurídico adecuado geográficamente. 2.- La regulación jurídica hidrológica indiana en el despoblado de Atacama. 3.- Antecedentes prelegislativos de aguas en la formación del Derecho Nacional. 4.- Normativa jurídica de aguas para Antofagasta a partir del siglo XIX. II.- Síntesis de la evolución del Derecho de Aguas nacional codificado, desde la perspectiva regional de Antofagasta. 1.- Aspectos preliminares. 2.- La bases del Código de Aguas de 1951. 3.- Las bases del Código de Aguas de 1969. 4.- Las bases del Código de Aguas de 1981. III.- Conclusiones. TERCERA PARTE: Diferenciales jurídico regionales en el uso sectorial de los recursos hídricos. I.- Uso hidrológico minero. II.- Uso hidrológico agrícola. III.- Uso hidrológico energético. IV.- Uso hidrológico sanitario. V.- Uso hidrológico ecológico. VI.- Conclusiones. CUARTA PARTE: Instrumentos de adecuación regional de un sistema unitario de Derecho de Aguas por la vía de la gestión hídrica por cuenca. I.- La planificación hidrológica. II.- Cargas a beneficio público en el aprovechamiento de aguas bajo sanción de extinción o caducidad del derecho. III.- Conclusiones. EPILOGO: Hacia un Derecho de Aguas de transición.

PRIMERA PARTE: MARCO GENERAL DE ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS ESTATUTOS DIFERENCIALES DE AGUAS TERRESTRES

I.- ¿En qué consiste la admisibilidad jurídica de un régimen diferencial de aguas terrestres?

La noción de desarrollo económico ecológicamente sostenible, lleva implícita la necesidad de adecuación de los modelos institucionales a las relaciones de los sistemas ecológicos (Bauer, 1993). En esos términos, el mejoramiento y profundización de la calidad de vida de las personas, debe integrarse a su entorno armónicamente, generando un equilibrio medioambiental en un amplio sentido, esto es, no sólo relativo a la conservación o preservación de los recursos y elementos naturales per se, sino además relativo a las condiciones de bienestar de la asentamientos humanos en un contexto geográfico dado, cuya composición, de hecho, puede ofrecer favorables condiciones de vida en mayor o menor medida, las que pasan en todo caso por el aprovechamiento de tales recursos (Martín Mateo, 1991).

Existe en ello, por cierto, una perspectiva global asociada con la pervivencia de la humanidad y su entorno en el mañana, lo que ha generado el llamado "paradigma transpolítico". Pero, es importante destacar, desde un ángulo más focalizado, que todo proceso de desarrollo socioeconómico está, en la práctica, además, condicionado -y, en ocasiones, casi determinado- por la vocación total de su contexto geográfico. Dadas ciertas vinculaciones e influencias de poder, relacionadas con la preservación o consecución de las ventajas naturales de ese medio geográfico o con la supresión o corrección de sus desventajas, lo expuesto suscita una consideración geopolítica (Martín Mateo, 1982).

Por consiguiente, el Derecho emerge como un instrumento que fija aquellas concepciones dominantes de los órganos de poder soberanos, los que expresan el plexo valórico de las sociedades con tradición histórica, económica, política y cultural, comunes -es decir, naciones-, y también ecológicamente contextuadas. O sea, también condicionadas por las características de su entorno, y por la disponibilidad de recursos naturales, que las impulsan hacia la ejecución de unas aptitudes económicas específicas en vez de otras, de manera tan evidente que no es necesario pormenorizar aquí.

De lo dicho se desprende, en primer lugar, que el tratamiento jurídico del régimen de aprovechamiento y gestión de los distintos recursos naturales, no puede ser parcializado en compartimentos-estanco; como sería, por ejemplo, regular las aguas con total prescindencia de las minas o de los terrenos agrícolas, toda vez que la adecuación ecológicamente sustentable de los modelos de desarrollo económico impone un referente conceptual unitario, al mismo tiempo que no es posible prescindir -fundamentalmente en el caso de las aguas, que tienen incidencia en todos los procesos- del régimen de un recurso natural al estatuir el relativo a otro, porque ello produciría contradicciones antisistémicas de perjudiciales consecuencias prácticas.

Con todo, fueron las características físicas y cinéticas del agua las que, originalmente, provocaron desde los más remotos orígenes una regulación especial para este elemento, que no se dejaba fácilmente asir por una concepción propietista, en los mismos términos que otros bienes. "Así como es movediza y caprichosa en sus

manifestaciones naturales, es a veces casi intangible para los conceptos jurídicos y otras difíciles de someter a regímenes de Derecho" (Aldunate, 1903. Lira-De la Maza, 1940).

Sin embargo, lo dicho no significa la ausencia de un genuino Derecho de Aguas en la historia, hoy lúcidamente reconstruido para España -y para todos los países tributarios de su tradición- por Gallego Anabitarte, Menéndez Rexach y Díaz Lema (1986), tarea aún pendiente para Chile. Dentro de dicha reconstrucción, cabe destacar desde luego la existencia de ciertas constantes derivadas de los modelos históricos de regulación (que abordamos en el apartado siguiente), resaltando aquella caracterizada por la existencia de una relación inversamente proporcional entre la menor disponibilidad del recurso hídrico y la correspondiente mayor intervención de la autoridad administrativa o judicial. Pese a que el título de dicha intervención, en cada modelo, es diferente.

En efecto, a veces dicho título competencial de la autoridad se define como dominio público de las aguas -de naturaleza aún hoy discutida- en la tradición española; o como regulación autoritativa de la utilización "razonable y provechosa" de las aguas riberanas en la vertiente sajona; o como limitaciones exorbitantes a la propiedad privada sobre cosas públicas, en la vertiente alemana; o, incluso más marcada aún, en la doctrina de la "afectación al dominio público" de las aguas, en la corriente francesa.

Vale la pena señalar que cada uno de los cuatro sistemas de regulación de las aguas referidos (que consideramos los más relevantes para los efectos de este informe, aunque es posible encontrar otros, que en cierto modo son mixturas de ellos, en Spota, 1941), son el resultado de una particular tradición jurídica; pero, curiosamente, todas arrancan del Derecho Romano. En cierto sentido, entonces, son regulaciones especiales adecuadas para cada Estado como unidad geopolítica-organizacional, receptora de especiales influencias jurídicas, económicas y realidades climáticas.

No obstante, los modelos referidos no son diferenciales en el sentido de esta investigación, por cuanto constituyen los sistemas de general aplicación en el ámbito estatal correspondiente. Aunque cabe plantearse en qué medida esas evoluciones jurídicas a nivel nacional, que originaron Derecho de Aguas propio para cada uno de ellos, ponen de manifiesto la existencia de cierta relación entre la disponibilidad del recurso hídrico (en términos cuantitativos, cualitativos y jurídicos) y el estatuto de aguas que se produzca.

Por consiguiente, el sistema jurídico de aguas chileno vigente, está también incorporado en su totalidad a esa evolución, configurando una dimensión nacional de la misma. Dicho sistema, fijo hoy en un Código de Aguas formalmente tal, inserto en un marco constitucional determinado, coexiste con otra serie de disposiciones relativas a minería, agricultura, medioambiente, energía, urbanismo y sanidad, que regulan rubros en los que también incide el recurso hídrico. Además, el sistema nacional rige en general para zonas desérticas como esta Región y para zonas húmedas, lo que también ocurre en otros países.

Consecuentemente, no es bastante una obvia consideración climática de la Región, para deducir automáticamente la necesidad de contar con una normativa especial global, esto es, un estatuto diferencial para ella. Mucho menos corresponde intentar desde ya la construcción de dicha normativa. Antes bien, procede revisar la compleja evolución y composición del Derecho de Aguas desde la perspectiva de la gestión de los recursos hídricos en zonas desérticas, para después de detectar los problemas jurídicos de aguas atingentes a la Región, determinar si su solución pasa por una normativa especial orgánica

para la misma, o por incrustaciones específicas dentro del sistema general, o, tal vez, por una completa reestructuración del Derecho de Aguas del país.

Por lo tanto, este es un estudio preliminar de consecuencias formales, pero basado en motivaciones materiales. En ese sentido, definirá la admisibilidad -viabilidad previa- del régimen diferenciado ya aludido. De esta manera, si su resultado conduce a una respuesta positiva a la pregunta planteada, quedará pendiente la tarea de elaborar tal estatuto. Por la inversa, si la respuesta es negativa, puesto que no cabría desatender los resultados de una tendencia incluso internacionalmente aceptada, la solución de los problemas jurídicos de aguas regionales deberá intentarse por la vía de Derecho alternativa que se propondrá.

II.- Lineamientos de un proceso histórico de fijación del Derecho de Aguas, desde la perspectiva de los estatutos diferenciales. La situación en Canarias y Washington.

1.- Marco general.-

Todo sistema de Derecho de Aguas debe resolver, en su núcleo, al menos dos cuestiones esenciales: la existencia y naturaleza del derecho de la autoridad sobre las aguas, y lo propio con respecto al derecho de los particulares sobre las aguas. Otros agregan la presencia de un procedimiento concesional, y de una regulación de la policía de aguas o facultad fiscalizadora de la Administración sobre las aguas (Vergara, 1991). Nos parece, sin embargo, que lo genuinamente dogmático-jurídico en las aguas (esto es, verdad permanente históricamente a partir del dato dado de cualquiera fuente formal de Derecho de Aguas que se examine), es la presencia de un cierto vínculo de la autoridad con las aguas (sea Imperio, Monarquía o Estado, según se trate), y una relación de los particulares con la misma, solamente; ya que puede perfectamente estructurarse un sistema jurídico de aguas, en sí, sin la existencia de un procedimiento concesional (como ocurre en el modelo riberano, y en general con todos los aprovechamientos ex lege, incluso en nuestro Derecho vigente), y sin una policía administrativa especial de aguas (ya que en algunos sistemas, como el sajón, el control de las aguas se verifica por vía judicial, sin que pueda afirmarse que sólo cambia el órgano y no la naturaleza de la función, o que esta última corresponda estrictamente al Derecho de Aguas), como hemos informado en el marco del proyecto GARHIN (Tala, 1993).

Consecuentemente, las relaciones de la autoridad y los particulares con las aguas, pueden esquematizarse de la siguiente manera:

a) Dominio público estatal sobre las aguas - aprovechamiento de las aguas por los particulares vía concesión.

b) Dominio común sobre las aguas - aprovechamiento de las aguas por los particulares vía derecho riberano o apropiación.

En cada uno de estos modelos alternativos, se resuelve el problema de la asignación del recurso hídrico bajo predicamentos distintos, los que son resultado de las diversas tradiciones jurídicas, realidades económicas y de la abundancia o escasez hidrológica. De este modo, en situación de escasez de aguas, como ha dicho Gallego Anabitarte (1986), los países ricos acuden a la construcción de embalses u otras obras hidrológicas para mantener el abastecimiento del recurso; en cambio, los países con escasez de medios económicos, tienen que proponer un nuevo Derecho de Aguas, para reorganizar la

utilización del agua disponible en términos de someter el interés puramente privado al Bien Común.

En ese marco, no cabe duda que en las zonas áridas se ha rechazado el sistema ribereño para sustituirlo por el sistema de la apropiación -también construido a partir del carácter común de las aguas- o por una franca publificación de las aguas, que servirá de base para regular su aprovechamiento por la vía concesional.

De esta manera, se descarta el principio de derecho del riberano a las aguas, conforme al cual éste puede hacer todo sobre ellas siempre y cuando no se perjudique a otros riberanos con ese mismo derecho ("sic utero tuo ut alienum non caedas"), y se le sustituye por el principio de prioridad o preferencia para el aprovechamiento en función del tiempo en que se ejecutó el primer acto de apropiación de las aguas ("prior in tempore potior in iure") (Margadant, 1990), en el marco de las aguas comunes; o, mucho más radicalmente, se publifican las aguas declarándolas de dominio nacional del Estado, quien asignará su aprovechamiento por los particulares vía concesión, aunque la naturaleza última del derecho del Estado y de los particulares sobre las aguas es todavía discutida.

El tiempo, sin embargo, ha ido imbricando cada uno de estos sistemas teóricos, produciéndose situaciones como la chilena en la que, tratándose de aguas subterráneas, un Derecho de Aguas construido nominalmente a partir de la doctrina de la publificación del dominio sobre las aguas, funciona en la práctica de modo casi enteramente coincidente con los aspectos fundamentales del sistema de apropiación de las aguas, en cuanto la asignación del recurso se refiere en función de la preferencia temporal. Doctrina esta última que, si bien se aplica en determinadas zonas áridas, es actualmente descartada en otros ámbitos con escasez del recurso hídrico.

Para comprender estos referentes, es necesario analizar más profundamente la configuración del Derecho de Aguas francés, alemán, español y sajón, representativos cada uno de ellos de los más perfilados procesos históricos de regulación de la materia.

En todo caso, es necesario prevenir que los modelos que se analizarán, están condicionados por razones estrictamente jurídicas, pero al mismo tiempo la composición de uno u otro sistema sin duda está fuertemente inducida por la mayor o menor abundancia de agua. Básicamente, como se dijo, la abundancia de agua está asociada con un sistema de aprovechamiento ribereño, pero ello dista mucho de ser una consecuencia automática, como se comprueba en algunos casos (véase infra II.- 6). Por otro lado, los grados crecientes de intervención de la Administración en materia de aguas, si bien no determinados necesariamente por todos los modelos dogmáticos que se analizarán, están causados por un cambio en la concepción de aquello en lo que consiste la disponibilidad del recurso hídrico, en términos que una perspectiva no meramente cuantitativa sino además preocupada de la calidad del agua, supone la presencia de órganos encargados de la gestión ecológica del agua.

De esta manera, en Francia habrá originalmente un derecho riberano mucho más reconocido que en España, por la menor disponibilidad cuantitativa del agua en este último país. Y en Estados Unidos, con distintos cuadros hidrogeológicos (que, en general, condicionan la existencia de un modelo riberano o de uno de apropiación -aunque a veces coexisten en una misma zona, por distintas razones), es hoy común la potenciación de la Administración en función de consideraciones ambientales, que suscita su intervención por encima de la abundancia o escasez del agua en términos puramente cuantitativos.

2.- La fuente Romana.-

En general, a partir del Derecho Romano, en particular el justineaneo, aparece formalizada la raíz que será la fuente para la derivación de cada una de las principales corrientes jurídicas de regulación de las aguas. Dicha fuente le atribuye al agua un carácter "común" a todos los hombres, que fue identificado como equivalente a una naturaleza "pública" de las aguas, entendiéndose ambas expresiones como sinónimas por los primeros intérpretes (por ejemplo, la voz "agua" en la enciclopedia jurídica de Arrazola en España).

Es así como en las Institutas, Libro II, Título I, Epígrafe I, incorporadas al Corpus Iuris Civilis justineaneo, se decía de las aguas que:

"Et quidem naturali iure sunt omnium haec;

aer, **aqua profluens** et mare, et per hoc citora maris".

Lo que significa que el "aqua profluens", es decir, el agua que corre, que fluye, es común a todas las criaturas. Con la limitación que Marciano introdujo en el Digesto, Libro I, Título VIII, Ley IV, en el sentido de que "sed flumina paene omnia et portus publica sunt", esto es, los ríos navegables o perennes eran "públicos", lo que se traducía en una serie de restricciones a su uso para salvaguardar su navegabilidad, evitándose la construcción de molinos o edificios que pudiese entorpecerla. En ese sentido, se le asignaba a un río navegable la misma importancia que a un camino.

De esta fuente, entonces, aparece de manifiesto la idea que será permanente en torno al carácter público o común de las aguas (esforzándose las doctrinas y leyes del futuro por configurar un preciso sentido para dichos conceptos), y una acentuación del control público sobre los cursos de agua navegable, atendida su importancia como medio de transporte y comunicación, en el presente obviamente superada, con algunas excepciones.

Por otra parte, en lo tocante a las aguas subterráneas, el Digesto consagraba reglas de Ulpiano en el Libro XXXIX, Título II, Fragmento XXIV, Epígrafe XII, según las cuales el propietario del terreno tenía la plena y exclusiva disposición de las aguas subterráneas, que podía explotar incluso dañando al vecino, salvo que hubiere malicia o intención de perjudicar. Así se consagró el principio -verdaderamente enunciado formalmente después por los glosadores- según el cual "cujus est solum ejus est a coelo usque ad inferos", de original aplicación también para la minería, que hacía dueño al titular del terreno de todo lo existente "hacia el cielo y el infierno" dentro del perímetro del mismo (Puyuelo, 1954).

Hoy, sin embargo, está demostrado que dicho principio no fue aplicado tan rotundamente ni siquiera en Roma -sobre todo en materia de minas (Vergara, 1992)-, como lo prueba el hallazgo de las tablas de Vipasca. En materia de aguas, sobre todo superficiales, claro está, entonces, que no fue dicho principio el que sirvió de criterio regulador.

Tenemos, en consecuencia, que en materia de aguas superficiales (en las cuales se producen las mayores transformaciones jurídicas en el proceso histórico de fijación del Derecho de Aguas), las comunes se aprovechaban por cualquiera persona que tuviera acceso a ellas, ya que al ser comunes no eran exclusivamente de nadie, lo que privilegió -en principio, de hecho- la posición del propietario riberano, entendiéndose que la propiedad de

la tierra implica todas las ventajas naturales de su situación, sin ánimo de perjudicar a terceros, configurándose así lo que llegaría a ser una genuina doctrina.

Por su parte, las aguas navegables o perennes, en principio también sujetas al sistema riberano pese a ser públicas, estaban bajo un control más estricto de la autoridad, no tanto por lo relativo al aprovechamiento de las aguas sino más bien por la fiscalización de la viabilidad del río navegable como medio de comunicación.

Desde aquí, se perfiló toda la evolución del Derecho de Aguas occidental, existiendo algunos procesos más cercanos a sus fuentes que otros.

2.- La corriente francesa.-

El caso francés es el más gravitante, puesto que hoy es indiscutido que la expresión -si bien no la idea- de "dominio público" es francesa. Lo que importa para comprender el sentido del Derecho vigente de aguas, tanto a nivel comparado como en Chile, ya que según consta en el mensaje de nuestro Código Civil del año 1857, Andrés Bello siguió al Derecho francés en materia de aguas. Pero, mucho más importante aún, es el hecho evidente de que la noción de "dominio nacional" se produjo en Francia dentro de un cierto contexto histórico y se fue perfilando ulteriormente, incluso en relación a las aguas, y hoy la tenemos aplicada en el artículo 595 del Código Civil chileno y en artículo 5 del Código de Aguas chileno, conforme a los cuales todas las aguas terrestres son bienes nacionales. ¿Qué significa eso?.

Pues bien: la mayor parte de las aguas corrientes en Francia no eran navegables, razón por la cual, aplicando directamente el esquema romano, en general las aguas eran comunes (de aprovechamiento riberano), y sólo el resto eran públicas. Con todo, dichas aguas públicas -al igual que muchos otros tipos de bienes de la Corona- eran comprendidos como iura regalia, es decir, como regalías o privilegios menores del Rey, bajo las mayores consistentes, entre otras, en el manejo de las relaciones internacionales, la dirección de los ejércitos, la administración de justicia, etcétera, todas las cuales eran contradictorias con el ideario iluminista que cristalizó en la Revolución Francesa produciendo un quiebre con el sistema jurídico-político del Ancien Regime.

Por ello, todos los bienes que formaban parte -de alguna manera- del patrimonio del monarca, pasaron a ser de "dominio público", resolviéndose así la antinomia entre el dominio de la Corona y el nuevo principio de la soberanía nacional. Lo que se formalizó en la Ley-Decreto de 22 de Noviembre-1º de Diciembre de 1790, llamado Código Dominial, cuyos textos fueron absorbidos en el Código Civil francés de 1803, el cual, a su vez, fue una de las fuentes del Código Civil chileno (Guzmán Brito, 1982).

El artículo 2 de dicha Ley-Decreto de 1790, consideró como "dependencias del dominio público" a "los caminos públicos, las calles, las plazas de la villas, los ríos navegables...y en general (a) todas las porciones del territorio nacional que no son susceptibles de una propiedad privada". Se incluía además a todas las propiedades inmuebles y a todos los derechos reales o mixtos que pertenecen a la Nación.

En estas normas -y en las del Código Civil de 1803 que las reprodujeron- se encontraba el germen de una abundante polémica doctrinal en cuanto a la naturaleza de este derecho, en términos de si en cada uno de estos distintos tipos de bienes el Estado tenía un genuino derecho de propiedad o no; concluyéndose inicialmente que las

expresiones dominio público y dominio nacional fueron utilizadas como sinónimas, sin hacer una estricta separación entre dominio público y dominio privado del Estado.

La elaboración doctrinal posterior, perfilará el dominio público sensu stricto como aquel que recae sobre bienes que por su naturaleza o por su destino no son susceptibles de propiedad privada, perteneciendo al Estado de manera inalienable e imprescriptible; al tiempo que, en cambio, los bienes de dominio privado del Estado tienen un régimen jurídico-privado (alienables y prescriptibles), con ciertas normas exorbitantes al Derecho común para su gestión. Es decir, existían bienes de dominio público como bienes inalienables e imprescriptibles, no susceptibles de propiedad privada, y bienes de dominio privado del Estado, como bienes que posee el Estado como un particular más. Pero ambos, bajo el epígrafe genérico de dominio nacional.

J.B. Victor Proudhon, en 1833, consagró esta distinción. En último término, en su contexto histórico, ambas categorías de bienes no pertenecen al Estado (organización puramente jurídica) sino a la Nación, como sujeto soberano. La gran pregunta acerca de los bienes de dominio público en sentido estricto, consiste en "si existe o no una relación de propiedad entre los bienes de dominio público, bien sea su titular el Estado o la Nación, o si por el contrario, estos bienes no son propiedad de nadie, porque pertenecen a todos, y el poder público tiene tan sólo una competencia de vigilancia, administración o policía" (Gallego Anabitarte, 1986).

Para Proudhon dicho dominio público no es un "dominio de propiedad", ni para el Estado ni para nadie. De allí que esos bienes sean inalienables, imprescriptibles e inembargables. Sin embargo, esa concepción ha sido hoy abandonada en Francia, optándose por la que produjo Hauriou, conforme a la cual los bienes de dominio público son verdaderas propiedades administrativas, con un régimen exorbitante al Derecho común, que se traduce en su inalienabilidad e imprescriptibilidad, esto es, quedando fuera del comercio jurídico privado. Ello, sostiene, no implica ninguna contradicción con la naturaleza del dominio (que por definición contiene la facultad de disposición), ya que no sólo existe un comercio o disposición privada de los bienes, sino también un amplio espectro de comercio público, fundamentalmente por medio del otorgamiento de concesiones, que generan verdaderos derechos subjetivos públicos a favor de los particulares (derechos reales administrativos) (Vergara, 1990). Y esa falta de contradicción se produce en virtud de la llamada "afectación" del bien al dominio público, que es el acto jurídico por el cual un bien se destina a un fin público, sometiéndolo a un régimen especial.

En el Derecho de Aguas vigente en Francia actualmente, si bien se distingue entre aguas públicas, colectivas, mixtas y privadas, la pervivencia de dicha doctrina es manifiesta.

Otra fue la evolución del Derecho de Aguas alemán.

4.- La corriente alemana.-

En efecto, en un marco en el que la noción de "dominio público" era desconocida de lege lata, fue la doctrina de Otto Mayer la que descartó, para Alemania, la idea de dominio público acuñada por Hauriou en Francia. Para Mayer, dicha noción llevaba implícita una contradictio in terminis al sostener la existencia de un dominio, el público, de

carácter inalienable e imprescriptible, esto es, despojado del atributo esencial de disposición. Fue así como Mayer construyó la idea de "propiedad privada sobre cosas públicas", siendo tales cosas las mismas que para el Derecho francés eran objeto de dominio público -tales como los caminos y los ríos navegables-, con la diferencia de que en Alemania dichas cosas eran de propiedad privada de la repartición pública correspondiente (Estado o Comuna), propiedad privada empero sujeta a ciertas limitaciones derivadas de su fin de servicio público al cual estaban destinadas, en virtud del que quedaban restringidas por servidumbres o concesiones en favor de particulares.

Como puede apreciarse, sin embargo, a estas alturas la diferencia entre ambas evoluciones llega a ser puramente nominal, sin divergencias en sus alcances prácticos. Porque, tanto sea sobre la base del concepto de dominio público francés, cuanto sea apoyada sobre la noción de "propiedad privada sobre cosas públicas" alemana, la gestión de dichas cosas en ambos Derechos, en particular en lo tocante a las aguas, no diferirá sustancialmente, ya que en ambos los particulares tendrán derechos de aprovechamiento sobre las aguas públicas -que seguirán siendo las navegables y flotables- por la vía concesional.

Asímismo, en Alemania las otras aguas (no navegables o flotables) eran "res communes" sometidas al aprovechamiento ribereño, hasta que sobre ellas en la ley prusiana de aguas de 1913 se va a configurar una verdadera propiedad privada sobre la corriente de agua en beneficio de los particulares. Con ello, se produce una rotunda diferencia entre el Derecho de Aguas alemán y el resto de los sistemas occidentales, ya que, a lo sumo, en las aguas comunes, estos últimos reconocen un derecho de uso del propietario ribereño más no una propiedad sobre las aguas (al menos, antes de tomadas).

Para muchos, con todo, esta especial configuración de las relaciones jurídicas sobre las cosas públicas jurídico-privadamente, mos germánico, está estrechamente vinculada con la ausencia de una jurisdicción contencioso-administrativa, ya que, bajo un núcleo jurídico-civil, pueden los tribunales ordinarios controlar los conflictos que surjan con la Administración. De esta manera, la emergencia de la noción de Fisco, como personalidad jurídico-privada del Estado, surge en Alemania como una ficción que sirva para que el súbdito perjudicado por el Estado en sus derechos, pueda reclamar ante los tribunales sin dirigirse directamente contra el Príncipe.

No obstante, la concepción alemana no cambió con la creación de tribunales contencioso-administrativos, quedando residenciados en los tribunales ordinarios los conflictos de aguas sobre la base de los criterios de responsabilidad civil, aún ampliándose el ámbito de aprovechamiento de aguas vía concesión.

En general, como ha desarrollado Díaz Lema (1986), el gran mérito del Derecho Alemán de Aguas ha sido poner de manifiesto la separación radical entre la propiedad de las aguas y su aprovechamiento, en términos tales que, siendo las aguas -según su clase- de propiedad del Estado o de la Comuna, se requiera para la gran mayoría de los aprovechamientos una concesión administrativa, que en ciertos casos es obligatoria de otorgar, incluso en las relaciones entre el Estado y la Comuna. De modo que hoy todavía se acoge el principio de la propiedad privada-pública sobre las aguas, pero una propiedad prácticamente desprovista de todo contenido, apoyada en la cláusula constitucional del Estado social y la función social de la propiedad.

Sin embargo, en el tema de los estatutos diferenciales, interesa destacar que la estructura política federal asociada con la concepción vigente de dominio sobre las aguas, en Alemania, han posibilitado la existencia de una legislación federal marco de administración, y normas particulares regionales de ejecución, en determinadas zonas territoriales, advirtiéndose la "tendencia del Derecho de Aguas de nuestros días hacia una relativa disgregación en aras de adaptarse a cada medio geográfico y económico concreto" (Díaz Lema, 1986), como veremos infra IV.

En todo caso, en la más reciente legislación alemana de aguas (1981), no se mira al agua como objeto de propiedad en sentido estricto, pues se entiende que el agua no es "cosa" objeto de dominio al faltarle "corporeidad", noción francamente estrecha a la luz de las recientes investigaciones sobre bienes incorporales (Guzmán Brito, 1993, en prensas).

5.- La corriente española.-

El caso español, por su parte, en un principio bastante cercano al Derecho Romano y -de alguna manera- también receptivo a la influencia de Francia, ha sido hoy interpretado como sustancialmente distinto, sobre todo a partir de las leyes de aguas de 3 de Agosto de 1866 y 13 de Junio de 1879, dando lugar en todo su proceso, que culminó en la reciente ley de aguas de 1985, a un rico sustrato para el concepto de dominio público. Según dicha interpretación, el dominio público es un concepto genérico del cual existen múltiples especies, correspondiendo a las aguas la noción de "potestas", carente de un sentido patrimonial por definición.

La especificidad española se produce ya en las Partidas de Alfonso X el sabio, cuando en la Partida III, Título XXVII, Ley III, se establece que "pertenecen a todas las criaturas el aire, las aguas de la lluvia, el mar y su ribera". De ese modo, se sustituía el concepto de aqua profluens romano, como cosa común correlativa a las aguas públicas (navegables o flotables), con lo que el resultado era la exclusión del ámbito colectivo de todas las aguas corrientes para dejar en éste sólo las aguas de la lluvia.

Si se piensa que en el importante comentarista Arrazola, la noción de cosas comunes o cosas de dominio público es prácticamente sinónima, resulta que en materia de aguas corrientes el tronco español implicó una fuerte patrimonialización, en términos que, según Arrazola, el derecho que le correspondía al riberano en esas aguas era una auténtica propiedad privada, a diferencia de Francia en donde sólo se le reconocía un derecho de uso al propietario riberiego.

Dicha interpretación no fue compartida por Escriche, para quien en España las aguas corrientes por esa sóla circunstancia eran públicas (tal vez con la excepción de las que nacen en una heredad o fundo, las que sólo cuando "salen de él se hacen corrientes, aqua profluens, y pertenecen como cosas comunes al primero que las ocupa en cuanto tiene necesidad de ellas"). Aunque, soslayando algún matiz, la conclusión es que en España, las aguas habían experimentado un fuerte proceso de patrimonialización en virtud de las Partidas, destacando sólo el hecho de que los ríos navegables son públicos y que su aprovechamiento está limitado a que no se embarace la navegación, quedando el resto sometido al aprovechamiento del propietario del fundo adyacente o de aquella persona que tenga la autorización correspondiente del propietario (Concejo o Rey, en los terrenos de cabildo o de realengo).

Así, queda compuesto el dualismo agua pública (prolegómeno del dominio público francés, en los ríos flotables y navegables) y aguas comunes (justificativo del aprovechamiento de los ribereños sin autorización de autoridad en cuanto tal), paralelo decisivo en el Derecho de Aguas occidental, que penetra incluso la vertiente jurídica sajona.

La estructura jurídica antes descrita se emparentaba estrechamente con el Derecho Romano; y, fijada en las Partidas, configuró el Derecho Castellano -un Derecho técnicamente propio, pero, en estado puro, verdaderamente común, toda vez que se aplicaba el Derecho Romano a través de las Partidas (Guzmán Brito, 1989)-, modelándose un sistema jurídico privado de aplicación general para España (junto con el Ordenamiento de Alcalá, el Fuero Real y las Leyes de Toro), fuentes todas que tuvieron aplicación supletoria después de la aplicación preferente del Derecho Real y Fueros Municipales.

De manera que se produjeron dos marcadas tradiciones: la general castellana, cuyas características ya mencionamos; y la del Reino de Valencia, cuyas características especiales tienen casi solamente una explicación histórica, que consiste en que el Reino de Valencia lo adquirió el Rey Don Jaime I por título de conquista, y éste otorgó a los Prelados y Ricos Hombres las aguas que nacían y bajaban por los términos en que les hizo donación. Consecuentemente, si bien aquí se exigía autorización previa del poder público para aprovechar todas las aguas, ello no tenía nada que ver con la tradición general española -ya descrita- y tenía un fundamento jurídico especialísimo.

Con todo, ya avanzado el siglo XIX, los tribunales en general aplicaban el Derecho de las Partidas, fuertemente patrimonialista en las aguas, "cuando empieza la gran reacción estatal para regular y controlar este bien escaso, que era el agua, frente a una situación de patrimonialización y libertad de uso, que causaba serios perjuicios a los particulares y al Bien Común" (Gallego Anabitarte, 1986). Ello, originó un proceso de recomposición del Derecho de Aguas, en que ocurrió el curioso fenómeno de que el régimen diferencial de aguas de Valencia se generalizó para toda España, separándose así España de la común tradición romana, más gravitante en los derechos de aguas Francés, Inglés y Alemán. Por cuanto en las leyes generales de aguas españolas de 1866 y 1879 se incorporaron al dominio público todas las aguas corrientes, con la importante excepción de las aguas subterráneas (entre otras).

La transición desde un sistema de libertad de aguas como el castellano, a otro caracterizado por un completo control de las aguas, como el valenciano, va a reposar sobre las consecuencias del concepto de dominio público en el modelo. Pero, cabe recordar, como arriba dijimos, que sólo la expresión mas no la idea de dominio público es francesa, lo que significa que, si bien es explícito el reconocimiento de algunos autores de la doctrina francesa del dominio público incluso a nivel prelegislativo en España, ello no puede servir para dejar de considerar que, en su genuina versión, la génesis del "dominio público" en Francia estuvo fuertemente condicionada por su historia pública, y España no tuvo un proceso análogo a la Revolución Francesa.

Por lo tanto, la configuración del dominio público, mos hispánico, se construye de manera diferente, excusándosenos el pleonasmo.

Efectivamente, en la Tercera Partida se define la propiedad como "el Señorío que el hombre ha en la cosa". De allí se ha deducido frecuentemente las similitud entre dominio

y propiedad, ya que la expresión señorío, que significa allí propiedad, en latín se manifiesta como "dominus".

Pero más allá de una raíz etimológica, lo importante es descender al sentido material de la expresión. Y las mismas Partidas sostienen que hay tres maneras de señorío: primero, el poder de los Emperadores y Reyes; segundo, la propiedad de los hombres sobre las fincas y muebles; y, en tercer lugar, la propiedad de los hombres sobre los frutos de las cosas raíces o muebles.

Esas tres ideas, perfilan correlativos tres contenidos y conceptos de dominio:

a) El dominio eminente, equivalente al poder político soberano, cuya manifestación menor es la de regulación jurídica de una cosa y la mayor es la facultad de expropiar;

b) El dominio directo, que corresponde a la conservación del núcleo del derecho de dominio, consistente en la facultad de disposición sobre la cosa, para estos efectos fundamentalmente jurídica; y,

c) El dominio útil, relativo a la facultad de aprovechar los frutos de la cosa, fundamentalmente naturales, en la línea de un derecho de usufructo o, más técnicamente, censo enfitéutico o anticrético, que implique limitación del dominio directo y transferencia del dominio útil.

Ahora bien: múltiples perspectivas se han intentado para conceptualizar materialmente el domino público. No creemos útil -como lo pone de manifiesto el género de estas líneas- una lucubricación puramente teórica que pretenda asirla. Más provechoso es comprobar los resultados de sus distintos sentidos históricos de aplicación y, además, determinar sus consecuencias prácticas, en orden a la gestión del recurso hídrico. Para esos efectos, el caso español es muy ilustrativo, por lo cual nos detendremos un poco más en él.

Particularmente, de una u otra concepción de dominio público en España -según lo expresado- dependió la resolución adoptada frente a la cuestión de la duración de las concesiones de aprovechamiento de aguas, del modo de adquirir el aprovechamiento de las aguas, y de la exigencia del pago de un canon. Pero, más que determinar diferencias prácticas radicales, lo distintivo fue el fundamento de tales soluciones y las tendencias que se pueden esperar de dichos fundamentos si se proyectan.

Efectivamente, hoy parece demostrado que la noción de dominio público no es unitaria. Ya que en ella se comprende, por ejemplo, la estricta propietas del Estado (que es titular de bienes al igual que toda persona jurídica para desarrollar su función); la propiedad pública de ciertos servicios públicos, la propiedad de las minas (de naturaleza especial, más cercana a una suerte de reserva) y la propiedad de las aguas. Con todo, el sistema clausura en el sentido de que indiscutiblemente bajo toda forma de dominio público existe la resonancia del dominio eminente, en cuanto potestas más que propietas pública. Por ello, puede decirse que la noción de dominio público, al menos en el Derecho de Aguas español, no fue más que la pervivencia de la antigua doctrina medieval del dominio eminente (acuñada por Grocio y Vattel), en sus alcances prácticos. Porque, en el fondo, cuando se aplicó por extensión a las aguas el concepto de dominio público, nunca se quiso decir tanto que eran propiedad del Estado o Nación cuanto que, más bien, estaban sometidas al Señorío, Imperio o Potestas, de la Nación o Estado.

Lo anterior se ve con claridad si se piensa que, en el caso español, tanto en el Antiguo Régimen de la Corona como en el Estado Constitucional, los derechos de aprovechamiento de aguas públicas se otorgaban con las mismas características concretas.

En el Antiguo Régimen español en general la concesión de aguas era temporal (no superior a noventa y nueve años) y sujeta al pago de un canon, todo ello a partir de una base patrimonialista. En efecto, la duración inferior a cien años, pretendió fundarse en que, con ese límite temporal, se impedía la prescripción inmemorial adquisitiva del dominio de las aguas mismas por el concesionario. Y el canon representaba el precio que se pagaba a la Corona por la transferencia del dominio público del agua, conservando aquella el dominio directo, e implicaba asímismo reconocimiento de dominio ajeno que interrumpía naturalmente cualquiera prescripción. Aunque hoy se piensa que si bien el fundamento del pago del canon era en parte consistente con ese modelo, no ocurría lo propio con la duración temporal, ya que la prescripción inmemorial de cosas públicas era improcedente en tanto cuanto el poseedor de cosa pública, con título o si él, jamás podía adquirir el dominio del recurso agua sino tan sólo el título concesional.

En el modelo constitucional, la duración temporal se basaba en un acto potestativo de gestión de un bien público. Y el pago del canon -que pasó a ser técnicamente tasa-, se apoya en el predicamento conforme al cual "el particular tendrá que pagar por ese bien (el agua) no porque haya adquirido el dominio útil, sino porque obtiene un beneficio patrimonial al que en principio no tiene ningún derecho, porque ese bien es de todos" (Gallego Anabitarte, 1986).

Consecuentemente, el Estado se desprende de una concepción patrimonialista excesivamente estrecha, y el otorgamiento de beneficios sobre bienes públicos se funda sobre el mismo genuino poder público, emanación de soberanía nacional. Así, las técnicas jurídicas propietistas se sustituyen por las administrativas, lo cual implica dejar de mirar a las aguas como "propiedad del Estado" y conceptualizarlas, más bien, como res nullius (cosas de nadie o sin dueño) sujetas exclusivamente al control y vigilancia del Estado para beneficio público.

Así, el Estado conserva siempre el dominio de todas las aguas (corrientes) y sólo cede el uso y aprovechamiento de las mismas. Ese dominio público, por ende, pasa a expresarse en el hecho del otorgamiento de la concesión por la autoridad, la existencia de causales de caducidad, el pago de una tasa y, en general, precaver todo conflicto entre particulares mediante un sistema concesional adecuado.

La razón última de dicho cambio de técnica jurídica, se encuentra en el surgimiento de un nuevo concepto de Estado y de ejercicio del poder público, más allá de límites patrimoniales. Emerge el moderno Derecho Administrativo. Pero, en relación a las aguas, la causa inmediata es que "en los países (podría decirse también en las regiones) sin agua abundante, el sistema de dominio público no es ninguna creación arbitrista del Estado, sino una necesidad vital para evitar despilfarros de un elemento escaso, así como retrasos por pleitos judiciales, en la realización de un aprovechamiento que beneficia al Bien Común" (Gallego Anabitarte, 1986).

Estas motivaciones jurídicas, están detrás del nuevo régimen hidráulico español, promulgado en 1985 con una tabla de vigencias diferidas, y cuyo estudio pormenorizado no corresponde hacer aquí, ya que trata sólo de describir los procesos globales.

Sin embargo, debe señalarse que el vetusto sistema de la ley de 1866 hizo crisis, siendo necesario regenerarlo completamente. Particularmente acentuada fue dicha crisis en las zonas áridas españolas, como Canarias y Baleares, que, pese a poder exhibir un notable progreso en el cultivo del Derecho de Aguas, habían generado realmente un sistema paralelo, particularmente en materia de aguas subterráneas. Así, el principio fundamental de la ley de aguas de 1866, conforme al cual existía libertad para abrir pozos y el otorgamiento del derecho a las aguas alumbradas se miraba casi como la justa recompensa al trabajo aplicado para ello, pasa a ser sustituido por un régimen en que, entre otras particularidades, el sistema de distancias áticas es reemplazado por estudios de afección específicos; se suprime la libertad de perforación; todas las obras de captación se someten a autorización previa, etcétera.

Un paralelismo así configurado (asistemáticamente), generó deseconomías, y por lo mismo fue necesario reestructurarlo a partir del hecho evidente de las afecciones mutuas que entre las aguas existen, en términos tales que "lo mismo puede utilizarse el río para recargar el acuífero, que defender el acuífero para mantener el caudal de la superficie" (De la Cuétara, 1989).

De este modo, un Derecho diferencial apoyado en la aridez de la zona, fue absorbido por un Derecho de general aplicación (Quintana, 1992), aunque construido sobre principios suficientemente flexibles, como veremos infra IV.

Otro caso de homogenización de sistemas jurídicos de aguas para zonas desérticas y húmedas, se aprecia en Washington oriental y occidental, incrustado en el sistema sajón de aguas, a cuyo análisis procedemos enseguida.

6.- La corriente sajona.-

En la vertiente sajona de evolución del Derecho de Aguas, se produce también la recepción del Derecho Romano, en los fundamentales términos del carácter común del aqua profluens y del carácter público de las aguas navegables, gracias a la influencia de juristas medioevales tales como Blackstom, Hale y Braton, que conocieron las institutas justineaneas. Por lo tanto, no existe una diferencia original en la raíz en comparación a los otros sistemas analizados. Pero, la forma de aplicar y desarrollar esa raíz, las realidades de hecho en las que tuvo que desenvolverse, y sobre todo la índole del sistema jurídico de la Common Law -en particular, la concepción de debido proceso-, a la larga, perfilaron en las aguas un "mundo jurídico" completamente distinto.

El motivo conductor de dicha evolución, radica en la doctrina de la "comunidad negativa", sintetizada por Wiel (1911), conforme a la cual "en un principio todas las cosas que pertenecían a la raza humana, no en una comunidad de intereses positiva, en la que cada uno tenía una porción de la cosa, sino como una comunidad negativa, en el sentido de que todas esas cosas, al ser comunes a todos no pertenecían a nadie, fueron siendo apropiados individualmente, pero algunas de ellas no sufrieron ese proceso de individualización, y permanecieron en la antigua comunidad negativa; los juristas llamaron a estas cosas res communes, y como tales se consideran el aire, el agua corriente, el mar y sus riberas". Luego añade, que esas cosas también fueron llamadas res nullius "porque nadie tenía la propiedad en tanto permanezcan en este estado y sólo se pueden adquirir tomando posesión de ellas. Son estas cosas que no pertenecen a nadie, en cuanto

permanecen en esa propiedad negativa, ... (las que) son susceptibles de adquisición por el hecho del título de la ocupación".

En función de esta doctrina de "comunidad negativa", en el régimen sajón las llamadas aguas comunes en los otros sistemas pasaron a denominarse "publici iuris", en relación a las cuales los particulares no tenían un derecho de propiedad sino un derecho de uso por parte de los que tenían acceso a ellas, esto es, o los ribereños o quienes se la apropiaran. De esa manera, bajo el concepto de publici iuris, se desarrollaron dos sistemas para la asignación del uso de las aguas por los particulares.

El sistema ribereño, ya descrito supra, se aplicó de preferencia en los Estados del Este de los Estados Unidos de Norteamérica, en los que, en general (no en todos, como veremos infra), existía abundancia del recurso hídrico. En cambio, en los Estado del Oeste norteamericano, particularmente en California, se aplicó el sistema de la apropiación, en virtud del cual quien de hecho ocupa primero las aguas adquiría una suerte de derecho preferente para su utilización, sistema que ulteriormente fue de alguna manera formalizado al exigir al menos una publicación de avisos y archivo del uso (filing and posting).

Sin embargo, la utilización del sistema de la apropiación en los Estados del Oeste norteamericano, no estaba asociada -como pudiere creerse- a una mayor escasez del recurso hídrico en zonas áridas, sino más bien asociada al hecho de que las tierras superficiales, en la época de la gran fiebre del oro californiano (que motivó las mayores migraciones hacia ese sector), eran publics lands, es decir, patrimonio territorial federal, de manera que no concurrían los supuestos de la propiedad privada del terreno riberano al cual añadirle un derecho de uso de las aguas.

Paralelamente a las aguas publici iuris, existían las llamadas tidal water (aquellas en que se nota el flujo y reflujo del agua, equivalentes a las navegables francesas o españolas), las cuales originalmente pertenecían a la Corona británica. Sin embargo, incluso en estas aguas, los riberanos tenían un completo derecho de uso, con la sóla limitación de no perjudicar a terceros. Consecuentemente, el sistema es radicalmente distinto a dominio público francés (en el cual el derecho de los ribereños a las aguas públicas está severamente constreñido), ya que en el sajón, si bien existe una fuerte protección jurídica de las tidal water, el derecho riberano en ellas es ejercido ampliamente.

De esta manera, en las publici iuris existe un sólido derecho riberano que regula toda la asignación del recurso, sobre la base de un derecho de uso, transformándose el agua en propiedad privada sólo cuando es tomada (captada) por el ribereño. Consecuentemente, al igual que en las navegables, las aguas no son propiedad pública sino que tan sólo están sujetas a la "paramaunt authority", a la suprema autoridad o soberanía del Estado, para su vigilancia y ordenación.

En principio, el aprovechamiento de las aguas está liberado de la necesaria autorización administrativa, y la supervigilancia y resolución de los conflictos quedan residenciados en sede judicial.

Sin embargo, la nuevas necesidades económicas suscitaron problemas jurídicos que fueron resueltos en definitiva por los tribunales de justicia, particularmente mediante el precioso alcance que al debido proceso de ley otorga la Constitución norteamericana, aplicado ahora a las aguas.

Es interesante tener presente que, en dicha concepción, el debido proceso de ley no tiene solamente (si bien ésta queda sólidamente resguardada) una dimensión formal-material, relativa a la custodia de los valores sustantivos asociados al respeto de los actos de procedimiento en un proceso judicial orgánicamente tal. Además, se habla de la concepción de debido proceso material (Baum, 1987; Friedman, s/f; Friendly-Elliot, 1987; Fernández Sepúlveda, 1985; Diez-Picazo, 1990; Linares, 1989; entre otros). Con arreglo a dicha concepción material, apoyada en las enmiendas V y XIV sección primera, ninguna persona puede ser privada de su vida, propiedad o libertad, sin el debido proceso legal; entendiéndose por "debido", no sólo el cumplimiento de un proceso formal sino aquello materialmente procedente, lo que sirve de base incluso para estimar inconstitucional una ley que, al privar de alguno de los bienes jurídicos mencionados, indebidamente, equivale a los resultados de una sentencia judicial, la cual sentencia únicamente hubiere podido afectar dicho bien en el marco de un debido proceso legal. Así, los jueces crean Derecho, autolimitándose dejando fuera la llamada "cuestión política"; pero, en el fondo -digámoslo-, gobiernan.

Lo anterior se aplicó a las aguas, particularmente en el caso de Washington, en el marco de una polémica sobre regímenes diferenciales de aprovechamiento hídrico. En general, tal como sostiene un autor norteamericano (respecto de cuya percepción técnico-jurídica del sistema sajón tenemos alguna disidencia comunicada verbalmente), "las diferencias climáticas resultaron ser más importantes para los debates iniciales sobre las doctrinas de derechos de aguas que para la estructura institucional que surgió a la postre" (Bauer, 1993). Nosotros pensamos, con todo, que si bien el resultado del sistema fue en general la unificación de la estructura jurídica de las aguas, ello fue posible así en tanto cuanto se optó por la doctrina más compatible con las zonas áridas y de no incompatible aplicación a las húmedas. Resumamos la polémica.

Estados Unidos al conquistar su independencia, por diversas razones conservó el cuerpo de Derecho Consuetudinario heredado de la Colonia Inglesa, el cual, en relación a las aguas, consagraba básicamente el sistema ribereño ya descrito que vinculaba el uso del agua (para Bauer, propiedad) a la propiedad de la tierra, en términos tales que fueron los tribunales quienes elaboraron normas que prohibían utilizar el agua sin restituirla (en general) y ordenaban su repartición equitativa entre todos los riberanos, fundamentalmente dentro del marco de la "doctrina del flujo natural", según la cual toda utilización de aguas debía preservar un flujo contínuo e ininterrumpido, compatible con la navegación, la pesca y -básicamente- el aprovechamiento de la corriente aguas abajo.

El derecho riberano, conceptualizado como propiedad, fue celosamente resguardado por la Suprema Corte del Estado de Washington. De tal manera que los intentos de introducir un sistema de adjudicación por autoridad (digamos, concesión) fue inicialmente resistido y, en todo caso, reducido en su aplicación sólo a las tierras públicas (no de propiedad privada) en donde no existían los supuestos de hecho para la aplicación del sistema riberano.

Tal predicamento hacía coexistir dos sistemas de derechos de aguas en Washington, sobre la base de una solución jurídicamente inobjetable pero que, de hecho, "se convirtió en una pesadilla en la región oriental y árida del Estado, donde la mayor parte de las cuencas hidrográficas comprendía a la vez tierras públicas y privadas" (Bauer, 1993).

Inicialmente, los intereses privados pretendieron judicialmente la abrogación del sistema ribereño, por entenderlo no compatible con las zonas áridas. Curiosamente, después los mismos intereses del sector privado pretendieron su conservación, habida cuenta de las inversiones de capital ya efectuadas en obras de regadío para la zona Este (con capitales del Oeste). De manera que, desde esta perspectiva, no hay una respuesta lineal y coherente del sector privado.

Los tribunales resolvieron primeramente que: "indudablemente no puede aceptarse que una diferencia en las condiciones climáticas o la situación geográfica baste para privar a una persona de un derecho de propiedad que le ha sido conferido en virtud de una norma bien establecida del Derecho Consuetudinario" (sentencia Benton v. Johncox, 1897).

Empero, ulteriormente ejerciendo un control material al procesar la aplicación del Derecho, los tribunales modificaron el criterio puramente privatista en las zonas áridas (atendidas sus consecuencias prácticas) y limitaron el derecho riberano mediante las cláusulas jurisprudenciales de utilización "razonable" y "provechosa" del agua.

Según dichas limitaciones, la "utilización razonable", en primer lugar, implicó la modificación del requisito del "flujo natural" en el uso de aguas riberano, para permitirle a éste último "desviar y consumir cierta cantidad de agua destinada al riego". Y por la "utilización provechosa", se fue más lejos aún, al "permitir que quienes no eran ribereños reclamaran los derechos de aguas no utilizados por estos", abandonando el inicial criterio del prescindir de toda consideración geográfico-climática para determinar los alcances del derecho riberano.

Así, llegó a resolverse que "no interesa al Estado de Washington, que el agua de una corriente navegable permanezca inactiva o se desperdicie porque uno de sus ciudadanos, con derecho preferencial a utilizarla, no la aprovecha por negligencia injustificada, mientras otros están dispuestos, si se les permite, a utilizarlas para regar sus tierras áridas" (sentencia State Ex Rel Liberty Lake Irrigation Company v. Superior Court of Spokane County, 1907). (Nos llama la atención la cercanía de estos conceptos sajones con la noción de "tasas de uso racional y beneficioso" que se utilizó en la reforma de aguas asociada al proceso de reforma agraria en Chile, particularmente en los artículos 26 y siguientes del Código de Aguas 1967-69).

El criterio expuesto se reiteró permanentemente, como aplicable "especialmente en las regiones áridas y semiáridas", ya que "no privaba a nadie de derecho alguno que pudiera reivindicar de manera justificada" (sentencia Brown v. Chase, 1923).

Por consiguiente, la cláusula de "utilización razonable y provechosa de las aguas", de aplicación judicial, caso a caso, pendía como una verdadera espada de Damocles sobre los inversionistas privados en derechos ribereños. Pero fue una señal bastante para el legislativo.

La seguridad del inversionista -que el mismo creía garantizada en el sistema ribereño- pasó a radicarse en un sistema de adjudicación de autoridad -que terminó apoyando-, incluso para zonas áridas, que resolvió el problema de la propiedad privada de las aguas, tan importante para la seguridad que buscaban los inversionistas en obras de regadío (en el Este) y de energía hidroeléctrica (en el Oeste). Los derechos de aguas eran de "utilización", concedidos por autoridad administrativa, "pero ahora más seguros y predecibles que antes, con lo cual se alentaba la inversión privada" (Bauer, 1993), y se integraba el sistema jurídico al contexto ecológico adecuadamente.

III.- Las actuales tendencias internacionales acerca de los estatutos diferenciales de aguas.-

Además del examen de las principales corrientes extranjeras en materia de aguas, corresponde en este informe señalar los aspectos fundamentales de los principios internacionalmente aceptados sobre el rubro de la investigación. Conviene destacar, que un principio jurídico internacionalmente aceptado, si bien no necesariamente vinculante para nuestro Derecho Interno, establece sin embargo un referente para la construcción de nuestro Derecho Nacional más cercano que el estudio de una legislación puramente extranjera, toda vez que el consenso internacional en torno a determinados criterios reguladores, además de la influencia que ello puede llegar a significar en términos puramente políticos, si se transforma en práctica reiterada y permanente con una convicción jurídica dominante puede llegar a ser vinculante para determinados efectos.

Tales principios y costumbres internacionales sobre las aguas -y en particular sobre la admisibilidad de regímenes especiales de regulación de ellas-, se encuentran formalizados en determinados instrumentos provenientes de organismos internacionales y asociaciones científicas internacionales, fundamentalmente.

Dentro de ellas, destaca la perspectiva multidisciplinar que unánimemente se le ha reconocido a la cuestión de la gestión de los recursos hídricos.

Naciones Unidas, por medio de sus principales organismos tales como FAO, UNESCO, OMM, CEPAL, etcétera, ha estado ocupada permanentemente del tema. De la 13ª reunión de la UNESCO surgió un programa cooperativo de aguas denominado "Decenio Hidrológico Internacional" (1965-1974), en que se formalizó la especial preocupación por la formación de balances hídricos, la influencia del hombre sobre el ciclo hidrológico y viceversa, la enseñanza de la hidrología y los objetivos a perseguir para mantener la calidad del agua (Menéndez Rexach, 1986).

En una dimensión propiamente jurídica, en el año 1968, en Valencia, se constituyó la Asociación Internacional de Derecho de Aguas (AIDA), cuya primera conferencia se desarrolló en Buenos Aires y Mendoza (1968), la segunda en Caracas (1976) y la tercera fue prevista para el año 1979 en Teheran, pero se frustró por los acontecimientos políticos de todos conocidos.

Sin embargo, la segunda conferencia de la AIDA, sirvió de preparación para la Conferencia del Agua de las Naciones Unidas, que se celebró en Mar del Plata en el año 1977, en la cual se aprobó el "Plan de Acción de Mar del Plata" (PAMA), y se lanzó la percepción del período 1980-1990 como "Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental", surgiendo importantes principios que adelante enunciaremos.

También debe destacarse la Carta Europea del Agua de 1967 (CEA 1967), aprobada por los países miembros del Consejo de Europa.

¿Cuál es la tendencia fundamental que se observa en lo tocante al tema que nos ocupa? Básicamente, que "la administración de los recursos hidráulicos debiera encuadrarse más bien en el marco de las cuencas naturales que en de las fronteras administrativas y políticas". Porque "el agua no tiene fronteras". "Es un recurso común que necesita la cooperación internacional". Y, si bien es cierto que no existen principios inmutables de absoluta validez general -dado que ellos deben estar adaptados al medio

social, económico, físico y político de cada país-, hay algunos principios básicos que merecen ser puestos a prueba en su aplicación.

Tales principios pueden ser reconducidos a los cuatro siguientes, que nos parecen fundamentales:

1º Unidad del ciclo hidrológico y unificación de un régimen jurídico territorialmente adecuado.

2º Integración de la gestión del agua con la de los demás recursos naturales, para su aprovechamiento y preservación.

3º Planificación hidrológica.

4º Participación de los usuarios educados en el aprovechamiento del agua.

El primer principio, parte de la base de que todos los recursos hídricos están interrelacionados en el equilibrio y unidad del ciclo hidrológico en una composición de balances, de modo tal que, a partir de esa unidad natural, se postula la consecuente unificación general del régimen jurídico, sin perjuicio de las diferentes modalidades de explotación. Lo cual cobra un significado especial tratándose de aguas subterráneas (las cuales, como vimos supra, tradicionalmente se han regulado aparte de las superficiales), llegándose a recomendar a los Gobiernos que "integren el manejo de las aguas subterráneas con todos los demás recursos hidráulicos disponibles, incluyendo, por ejemplo, el aprovechamiento, donde sea factible, de acuíferos para el almacenamiento estacional de las aguas superficiales, y la creación o mejoramiento de áreas de recarga de acuíferos de modo que se minimicen las pérdidas de agua pluvial y de escorrentías".

De esta manera, la ordenación político-administrativa del territorio, debe adecuarse al aprovechamiento y disponibilidad del recurso hídrico, y no al revés. De modo que, a consecuencia de la unidad del ciclo hidrológico y la interrelación de los recursos naturales, la administración y gestión del agua debe hacerse por cuencas hidrográficas, que pasan a ser consideradas unidades básicas.

Por consiguiente, se recomienda la existencia de Códigos o Leyes Generales de Aguas, aplicables a todos los casos, pero que además "contengan disposiciones especiales referidas a las situaciones más comunes, según la región, disponibilidad y demanda del agua". Tales leyes deben ser flexibles y contener un concepto sistemático de la administración del agua, en términos que se base no sólo criterios cuantitativos sino además cualitativos y de adecuación a las coyonturas temporales o espaciales de escasez o ineficiencia, y de incorporación de nuevas tecnologías.

Se recomienda que dicho concepto sistemático se estructure sobre el binomio Ley-Plan Hidrológico.

Con arreglo al segundo principio, una acertada política de desarrollo debe contemplar la preservación de los recursos naturales de tal modo que ello no llegue a convertirse en un freno para el mismo desarrollo. Se debe prestar especial atención a la protección a la calidad del agua destinada a consumo humano, recayendo los costes de la contaminación que ocurriere en el responsable de la misma. En la misma línea, se piensa que, entre otros instrumentos autoritativos, la reglamentación y establecimiento apropiado de tasas en relación a las aguas, debe ser utilizada como un medio de redistribuir los costos

de su administración entre los usuarios, de incentivar el uso eficiente del agua y de disuadir el despilfarro o mal uso y su contaminación.

En tercer lugar, el principio de la planificación hidrológica se ha configurado como preciosa herramienta. Más allá de toda controversia jurídica, la concepción dominial pública ha sido desplazada por la idea de "competencia" o "potestad" de la Administración, para intervenir y regular el uso de los recursos hidráulicos y de los otros recursos naturales en general, estableciendo un régimen armónico que refleje en los sistemas normativos su conservación como unidad y su aprovechamiento equilibrado y eficiente.

La planificación de aguas, por cuenca, y también general para el país, articula la necesidad de un derecho de general aplicación y una adecuación territorial eficaz (Embcid Irujo, 1991).

Por consiguiente, el cuarto principio, de la participación, aleja todo sesgo estatista en la gestión del recurso hídrico, en tanto cuanto exige la intervención de los usuarios en la elaboración del plan de cuenca, por medio de organismos de cuenca, en el marco de una planificación nacional colegislada entre el Ejecutivo y el Parlamento. Al intervenir los usuarios en los distintos niveles del proceso de decisión, existe mayor eficiencia y realismo en la gestión del recurso hídrico. Pero debe ser una participación educada, en términos tales que los usuarios tienen que conocer y comprender la naturaleza y alcance de sus derechos legales dentro de los cuales existe una limitación subsidiara de intervención de la autoridad y de auto control en el aprovechamiento adecuado del recurso hídrico.

IV.- El principio de la unidad de la cuenca hidrográfica y la cuestión de los estatutos diferenciales de aguas terrestres.-

Las modernas tendencias sitúan a la cuenca hidrográfica más que al agua en sí como objeto de regulación jurídica, sobre la base del hecho de la interdependencia entre los recursos naturales existentes en una misma cuenca, la cual pasa a constituir una auténtica "región económica" (Cano, 1965), constituida a partir de la interrelación de los recursos naturales dentro de su ámbito, el que deja de estar definido por consideraciones puramente político-administrativas. Sobre todo porque el agua, por su fluidez y movilidad, es el "principal factor y vehículo de esa interdependencia" (Ponte Iglesias, 1989).

Consecuentemente, la idea de una regulación jurídica determinada en función de divisiones internas político-administrativas es sustituida por la regulación de cuencas, lo cual implicará, más que la existencia de un sistema jurídico unitario nacional, la potenciación del manejo jurídico-internacional de la cuenca, porque todas las obras artificiales y naturales de la cuenca producen, directa o indirectamente, alteraciones en el volumen y calidad de las aguas o en la rapidez o el calendario de su caudal (Pinchot, 1989).

En ese enfoque, la noción de cuenca ha experimentado una evolución alcanzando un espectro cada vez más amplio, a partir de una noción física y económica: la cuenca hidrográfica y sus utilizaciones. De este modo, se incorporan tres sentidos: a) la cuenca fluvial; b) la cuenca integrada; c) la cuenca hidrográfica o de drenaje.

La cuenca fluvial, corresponde a la noción teóricamente más simple, comúnmente definida como el conjunto constituido por el río y sus afluentes.

La cuenca integrada, en cambio, potencia una perspectiva económico-ecológica del agua, definiéndose "como un solo y mismo sistema dinámico y orgánico, donde los aspectos sociales, técnicos, económicos y financieros pueden ser coordinados para asegurar un desarrollo armónico en toda la región, en provecho de la población" (Bishop, 1971).

La cuenca hidrográfica, finalmente, incorpora el más amplio sentido, quedando definida técnico-jurídicamente como "una unidad natural, integrada por las aguas superficiales de toda vertiente de la cuenca-río, afluentes y subafluentes, y las aguas freáticas o subterráneas, físicamente interconectadas en un sistema hidrográfico que fluyen hacia una desembocadura común" (Naciones Unidas).

De allí deriva la idea según la cual el curso de agua constituye una unidad física natural indivisible, la que puede ser desarrollada en beneficio de la comunidad humana sin consideración a divisiones o fronteras políticas o administrativas, sean internas o internacionales. Porque "es el drenaje de toda la cuenca y todos los escurrimientos que se originan en ésta, los que concurren normalmente, por la ley de gravedad, en la formación de su caudal, formando un sistema resentible en su conjunto al ser afectado en alguna de sus partes" (Cardona, 1949).

De esa unidad, se desprende la interdependencia física natural de la cuenca. Pero, además, su unidad geográfico-económica. Porque la cuenca hídrica se haya integrada a un conjunto de recursos naturales, tales como las aguas de la corriente principal, de todos sus tributarios, de los lagos, e incluso las aguas subterráneas contribuyentes a la cuenca; los lechos o cauces del sistema; el territorio comprendido entre las líneas del "divortium aquarum" y las líneas de ribera que son las que limitan los lechos de los ríos; los demás recursos naturales existentes en dicho territorio, es decir, el suelo, los yacimientos minerales, la flora, la fauna y los recursos escénicos y recreativos (UNITAR, 1971).

Finalmente, se abriga la necesidad de aprovechamiento óptimo de la cuenca bajo el concepto de aprovechamiento integrado, que consiste en "la explotación tanto intensiva como posible" de los recursos naturales que componen la cuenca (Naciones Unidas).

Cabe preguntarse en ¿qué medida todo lo anterior tiene cabida en nuestro Derecho?. No corresponde, con todo, pormenorizarlo en este informe. Aunque constatamos en el artículo 3 del Código de Aguas vigente en Chile, la formalización del concepto de cuenca hidrográfica, mas no el de la integrada como unidad o región económico-ecológica. Su texto establece:

"**Art. 3.º** Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente.

La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente.".

Aparentemente, se trata de un rico concepto no desarrollado en nuestra institucionalidad, que permanece incrustado en un sistema jurídico positivo casi anecdóticamente. Pero constituye una señal en el sentido correcto.

V.- Conclusiones.-

Atendidas la naturaleza y metas de este informe, enunciamos a continuación algunas conclusiones derivadas del proceso investigativo, las cuales tienen el carácter de marco o referente para conducir las fases siguientes hasta alcanzar el hito terminal propio de esta investigación. Dichas conclusiones, por cierto, tienen en este momento una índole provisional, en tanto cuanto no se apliquen específicamente al contexto ecológico y jurídico, nacional y regional, relativo a las aguas. Pueden formularse como sigue:

1.- En general, el tratamiento jurídico de las aguas debe estar integrado a la regulación del régimen de aprovechamiento ecológicamente sostenible de los demás recursos naturales, particularmente en razón de la índole vital de las aguas que condicionan todo el cuadro medioambiental en un sentido amplio.

2.- La adecuación ecológica de la juridicidad de las aguas, en los términos expuestos, supone la adaptación de la institucionalidad al entorno geográfico sobre la base de la disponibilidad del recurso hídrico, y no al revés. En ese sentido, resulta violento imponer a las aguas un marco jurídico territorial construido exclusivamente en función de la división político-administrativa interna de un país o incluso en función de territorios estatales.

3.- El concepto que conduce la adecuación geográfica del Derecho de Aguas, es el principio de la unidad de la cuenca, entendida ésta no sólo en un sentido estrictamente fluvial sino además integrado económicamente y comprensivo de toda la red de interrelación de influencias hidrográficas en la misma cuenca.

4.- Consecuentemente, es recomendable, a partir de la unidad del ciclo hidrológico, construir una legislación de aguas de aplicación general o nacional, pero suficientemente flexible como para tener ajuste por unidad de cuenca.

5.- Es una constante histórico-jurídica la mayor intervención de la autoridad en correlación inversa con la menor disponibilidad del agua. Tal disponibilidad debe mirarse no sólo en términos puramente cuantitativos sino además cualitativos y jurídicos.

6.- La intervención pública se justifica en función de un título competencial normalmente atribuido a la dominicalidad pública de las aguas, y ha llegado a traducirse en nuestra evolución jurídica en la planificación hidrológica, adoptada mediante mecanismos suficientemente participativos a nivel de cuenca y nacional.

7.- Por consiguiente, la existencia de zonas áridas en un Estado no implica automática y necesariamente un régimen jurídico totalmente diferencial para ellas. Más bien, se trata de construir un modelo jurídico de aguas de aplicación general pero implícitamente adecuado en su especificidad a cada cuenca, según normas menores de implementación. Es decir, se tiende a la unificación general del régimen jurídico de aguas que, dentro de su estructura, contenga disposiciones de ajuste para cada una de las cuencas existentes según sus características propias y no sólo para las zonas desérticas.

8.- En ese contexto, la seguridad del inversionista que requiera aguas para su proceso productivo no se encuentra necesariamente en una concepción de propiedad privada sobre el recurso hídrico; la cual, a la larga, llega a producir deseconomías. Una concesión administrativa claramente previsible y articulada en función de un plan hidrológico, que atienda a las diversas aplicaciones del recurso hídrico y al mantenimiento del equilibrio del ecosistema, resulta incluso más eficaz para el inversionista privado,

puesto que impide drásticas e imprevisibles correcciones ulteriores generalmente por la vía judicial.

9.- En todo caso, un sistema de dominio público de las aguas en que no se aplique alguno de sus instrumentos propios tales como el pago de tasas, duración temporal del aprovechamiento o causales de caducidad tipificadas legalmente, en relación a las concesiones de aguas, contradice su estructura y fundamentos y acarreará a la larga consecuencias prácticas inconvenientes.

SEGUNDA PARTE: EL PROCESO HISTORICO DE FIJACION DEL DERECHO DE AGUAS NACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ESTATUTOS DIFERENCIALES PARA ANTOFAGASTA.-

I.- Las aguas terrestres en el marco de la precodificación hasta 1951. Derecho y realidad en el territorio nacional y regional.

1.- El Derecho Indiano en cuanto ordenamiento jurídico adecuado geográficamente.

Durante la etapa de conquista y estructuración de la vida administrativa y política, en el transcurso de los siglos XVI y XVII, la ocupación de nuevas tierras y la regulación jurídica de ellas, significó el planteamiento de una perspectiva dual, con relación a los derechos precedentes a la implantación del Derecho Castellano que afectaban a las comunidades indígenas y, a la implementación de éste en el Nuevo Mundo y, en este caso, en Chile y su proyección en la actual Segunda Región. La triada de Hombres, Aguas y Tierras afectó al Derecho consuetudinario indígena que estuvo vigente durante más de tres siglos.

Primeramente, habrá que decir que en el orden de prelación de los cuerpos legales aplicables a los nuevos territorios, o sea, al Nuevo Mundo, la **Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias**, promulgada en 1680, determinaba en la Ley 2, Título 1, Libro II, "Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por la leyes de esta recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro reino de Castilla conforme a la de Toro". (Recopilación, 1943). Esta indicación remitía a la primera ley -de una colección de 83 leyes- sancionada por las Cortes en la ciudad de Toro en 1505, que reproducía el Ordenamiento de Alcalá de Henares, de 1348, promulgado bajo Alfonso XI. Este cuerpo legal fijaba el siguiente orden de prelación de las fuentes del Derecho Castellano: 1º El Ordenamiento de Alcalá; 2º Los Fueros municipales; 3º El Fuero real, si se probaba su uso y 4º Las Partidas (Manzano, 1956). Todo ello se mantuvo, puesto que en la **Nueva Recopilación de Castilla,** de 1567, bajo el reinado de Felipe II, fue sancionada dicha prelación. Todo este sistema de prelación, es decir, qué fuentes legales debían tenerse presente inicialmente, fue confirmado en la **Novísima Recopilación de las leyes de España,** de 1805. Desde 1805, en consecuencia, se tuvo que aplicar la **Novísima Recopilación**, después la **Nueva Recopilación,** hasta ajustarse a lo contemplado en la ley primera de Toro.

La legislación indiana por ende constituyó una realidad cambiante; así el denominado Derecho real legislado reunió tres rasgos principales que permitieron establecer la peculiaridad -dentro de la continuidad de la pervivencia del Derecho Castellano- como son, el "casuismo" puesto que su aplicación se vio a cómo se iban planteando en el tiempo, caso por caso. Esto mismo permitió recoger la riqueza de la costumbre indígena en territorios distintos. Al "casuismo" unió el "particularismo" que tendió a especificar la vigencia de unas normas en determinados territorios o provincias, inhibiéndose la Corona de plantear normas de carácter general. Esta diferenciación, acentuó de paso la "creciente descentralización", donde los órganos administrativos y

autoridades locales estuvieron facultados para normar en determinados asuntos que delegó el Consejo de Indias (Tomás y Valiente, 1983). De esta manera, la vieja fórmula castellana del siglo XIV, "obedézcase pero no se cumpla" (Escudero, 1990) volvió a resurgir, ahora, bajo el reinado de Carlos V, restringiendo su uso en dos casos: cuando de la aplicación inmediata se siguiera escándalo y cuando se produjera daño irreparable.

En tal sentido, la reconstrucción del Derecho de Aguas en la época colonial y republicana en nuestro país hasta el siglo XIX, se ve obstaculizada por la falta de un adecuado estudio de la dogmática y de la aplicación de ésta en el transcurso de los siglos (Vergara Blanco, 1991). Aún así, los estudios monográficos que han apuntado a desentrañar la dogmática y la reconstrucción histórica de tal Derecho, todavía no han avanzado lo suficiente en el continente americano para "construir" un modelo de aplicación, puesto que, la normativa también se adaptó a las peculiaridades de los territorios (Sánchez Bella, 1989). Todo lo cual nos deriva hacia la fijación de las normas que se tuvieron presente -en orden a la prelación citada- y fundamentalmente a los aspectos en que la **costumbre** gravitó en orientar las instrucciones y aplicación legales por parte de las autoridades competentes. Dicho paso nos iluminará respecto a cómo se historizó el Derecho de Aguas en la actual Segunda Región hasta su erección como Provincia durante la Administración de José Manuel Balmaceda.

Ya se ha recalcado la necesidad de abordar las instituciones y características del Derecho de Aguas, bajo cuatro aspectos: 1. El dominio de las aguas, 2. El procedimiento concesional; 3. Los derechos de aprovechamiento y 4. La administración de las aguas.

La penetración hispana en Chile supuso incorporar a su territorio y habitantes en el marco del Derecho Castellano. En consonancia al sistema de fuentes legales, se hacen aplicables en el continente, **Las Siete Partidas del Rey Alfonso X El Sabio**. Refiere en Ley III, Título XXVIII, Partida 3, que: "las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo son éstas: el ayre, et las aguas de la lluvia, et el mar et su ribera; ca qualquier criatura que viva puede usar de cada una de estas cosas segunt quel fuere menester; et por ende todo hombre se puede aprovechar del mar" (Alfonso El Sabio, 1843). Por tanto, las aguas conformaban parte del "señorío" de los reyes y, por ende, no podían ser enajenadas ni ser objeto de prescripción, según glosa Gregorio López en el siglo XVI (Cfr. Sánchez Bella, 1991). No obstante, de ser los ríos "públicos" o "comunal" en el lenguaje de la época, las Partidas consideraban el otorgamiento de "licencias" reales para el aprovechamiento de las aguas en beneficio exclusivo de un particular. En el Ordenamiento de Alcalá de 1348 se confirma lo señalado en cuanto a "concesiones" reales para el aprovechamiento de las aguas por un particular. Ese mismo criterio se refuerza en la **Nueva Recopilación** de 1567, indicándose que las aguas pertenecen a los Reyes y que el dominio de los Reyes es inalienable sólo pudiéndose acceder a "mercedes" por parte de los particulares para sólo su "uso". La **Novísima Recopilación** de 1805, prosiguió la misma dirección jurídica consignada en 1567, permitiéndose alteraciones en los ríos "comunes" con las debidas licencias reales, v. gr., la libre navegación y la pesca en ellos, según la R.O. de Carlos IV de 1795. En su Libro VII, títulos XXIII y XXIV, como en el Libro VII, título XXIV, se recogen disposiciones relativas a las aguas vertientes, etc. (Salvá, 1846). En general, como ha visto un autor contemporáneo, el Derecho Castellano, desde sus inicios hasta fines del siglo XVIII, consideró a las aguas como una "regalía" del rey, pudiendo éste conceder autorización -a través de una "merced" o privilegio- a particulares para su uso, mediante el pago de rentas, que, empero no dañaban el dominio real sobre las aguas. Por

el contrario, a medida que fue avanzando la etapa moderna, la Corona intervino más estrechamente en las aguas, estableciendo regulaciones diversas.

Por consiguiente, la incorporación de la tierras nuevas de América al dominio de los Reyes Católicos, a través del otorgamiento por el Papa Alejandro VI, de cuatro bulas concedidas entre mayo y septiembre de 1493 (Cfr. García Gallo, 1976), significó la incorporación de reinos "ganados" (en el contexto de la distinción medieval entre reinos "ganados" y "heredados" y, en consecuencia, podían disponer a su arbitrio (Cfr. Solórzano y Pereira, 1972).

Luego, no fue extraño que en el curso de la época de descubrimiento y conquista de nuevas tierras, la Corona haya concluido determinados "contratos" con particulares -las famosas capitulaciones del siglo XVI- dejando implícito su derecho dominical sobre las riquezas halladas. Aún así, el necesario catastro de los ríos y aguas fue importante para cuantificar el dominio de realengo de la Corona. Colón expone a los Reyes Católicos que "Hojeda descubrió mucho más, según el memorial de los ríos que él trajo, diciendo que en cada uno de ellos hay cosas de no creerlas" (Fernández de Navarrete, 1922).

En consideración al espíritu de las concesiones pontificias, los nativos fueron considerados como vasallos libres de la Corona castellana, aplicándoseles la protección debida. Cabe decir que los nativos eran tenidos en Derecho como personas "rústicas o miserables", necesitadas de tutela. En consonancia con esto, una provisión de 1533 consideraba que las "aguas de los lugares... en las mercedes, que estuvieron hechas, ó hiciéramos de Señoríos en las Indias, deben ser comunes á los Españoles é Indios", recogida en la **Recopilación** de 1680, Ley VII, Título XVII, Libro IV (Recopilación, 1943). En definitiva, las aguas en el Derecho Indiano fueron reputadas como "regalías" y es en el marco de dicha concepción como se justifica las concesiones o "mercedes" de los Reyes para la utilización por parte de particulares. De otro modo, de haberse considerado "comunes", como se había establecido en el Derecho Castellano clásico, no hubiese sido necesaria la "merced" puesto que su uso era "común", como lo estipulaban **Las Partidas**. Aunque la expansión de las mercedes de tierra de labor significó afectar la propiedad indígena, otorgar mercedes de tierra sin perjuicios de los derechos de los naturales a su propiedad. Así, lo hace saber para Chile, en agosto de 1577. Incluso hubo pareceres, como el de Fuenleal, hacia 1532, aconsejando no dar "montes ni aguas a ningún particular, a fin de permitir el crecimiento de los ganados" (Góngora, 1951).

Si bien la **Recopilación** de 1680 indicaba en la Ley 11, Título 17, Libro 4, que se diese a "cada uno el agua, que debe tener sucesivamente de uno en otro, pena de que al que quisiere preferir, y la tomare, y ocupare por su propia autoridad, le sea quitada, hasta que todos los inferiores de él rieguen las tierras, que tuvieren señaladas", en los lugares donde no pudo aplicarse, "fue adaptada, completada o modificada" (Recopilaciones, 1943, Martínez, 1970).

No obstante, los llamados "repartimientos" de aguas (o "mercedes") no fueron inalterables en el tiempo. Por el contrario, la flexibilidad y realismo del Derecho Indiano en materias de derecho privado y, en especial, de las mercedes de aguas, motivaron revisiones de las concesiones.

En este contexto, las instituciones castellanas trasplantadas hacia el Nuevo Mundo jugaron un papel especial (Góngora, 1951), principalmente los Cabildos, para la regulación del uso de aguas que, a juicio del gran jurista del siglo XVII, Solórzano y Pereira, los Reyes

hayan concedido "á las Ciudades, Villas ó Lugares de las mismas Indias, ó á otras Comunidades ó personas particulares de ellas" (Solórzano y Pereira, 1972). En todo caso, la Corona, en uso de su "señorío", podía revocar antiguas concesiones o mercedes. Del mismo modo, también habrá que diferenciar los bienes municipales de uso comunal entre los vecinos de los llamados "propios" que pertenecían al Cabildo como persona jurídica.

En el derecho de propiedad colonial habrá que distinguir que muchas concesiones de tierras involucraron el dominio de las "aguas", como se contiene en la "Carta de merced... hecha por el emperador a Hernán Cortés, de 6 de julio de 1529" "Hacemos merced, gracia y donación pura y perfecta y no revocable... veinte y tres mil vasallos, con sus tierras, montes y prados y pastos y aguas corrientes, estantes e manientes". En este privilegio dominical, se aprecia la excepcionalidad de la propiedad privada de tierras realengas, excediendo la merced de "uso" de aguas por el de "dominio" (Ots. Capdequí, 1968).

Es importante considerar en el desarrollo de la praxis jurídica colonial chilena respecto a las mercedes de aguas, tres aspectos que ilustran meridianamente las bondades y limitaciones al respecto: 1. El asentamiento de las ciudades; 2. La competencia de los Cabildos en el abastecimiento de aguas comunales y 3. Aspectos del funcionamiento de la distribución de las aguas en las ciudades.

Los criterios organizativos de población recogidos en la **Recopilación** de 1680, que siguen las Ordenanzas de 1573, fueron adaptados a la situación del territorio chileno y a la política del Estado español según fuese la Casa reinante. La situación de Santiago en el siglo XVI, con Valdivia, en 1541, concediendo mercedes de aguas a sus vecinos, iba estrechamente ligado a los solares, peonías y estancias de los conquistadores. La política de poblaciones bajo los Borbones en el siglo XVIII consideró para el emplazamiento de las futuras villas las cualidades del terreno, o sea "su feracidad y disponibilidad de aguas corrientes", según notifica el gobernador Manso de Velasco el Rey, en agosto de 1740 (Lorenzo, 1986). Erigida la villa, ésta quedaba dotada de rentas provenientes de sus "propios", donde se incluían bienes inmuebles, solares y tierras. Entre los "propios" quedó la ambigüedad de la consideración del "dominio" de las nieves. Para unos, de acuerdo a la cesión por la Corona de las aguas a villas y concejos en Indias, el recurso hídrico pasaba de "realengo" a "público" (Dougnac, 1991, criterio distinto en Vergara Blanco, 1992). De ahí, la licitud de usar la nieve, como aguas en "común". En 1796, en Talca, las rentas de los "propios" consignaba el remate de la nieve de la cordillera, lo cual significaba una limitación por parte de los vecinos de dicho recurso y "uso" (Lorenzo, 1986).

Al Cabildo le cupo un papel en el abastecimiento de aguas de las ciudades indianas, verificándose que el interés del "bien común" se superponía al interés o al derecho "particular", como lo ha expuesto Santiago Lorenzo (1986), llegándose a lesionar los derechos de los naturales, en sus tierras y aprovisionamiento de aguas, como fue el caso de la fundación de Rancagua, donde "desaparecidos" los indios, titulares de derechos, los vecinos quedaron habilitados "para compartir el agua con los que quedaban como sucesores que son de los derechos de su Magestad".

En las consideraciones de prioridad en el uso del agua, habrá que estimar que la **costumbre** fue reputada como fuente del Derecho Indiano. La costumbre, a juicio de Hevia Bolaños, debía "ser afirmativa de usarse una cosa, pues siendo negativa de no usarse, no la tiene, aunque sea de mil años, si no es comprendiendo en sí algunos actos afirmativos , por lo menos tácitos, según Silvestro" (Hevia Bolaños, MDCCXVII). La

costumbre, según los tratadistas castellanos, debía reunir seis requisitos de validez: una antigüedad de a lo menos diez a veinte años, ha de introducirse con conocimiento del príncipe, ha de ser racional (es bueno o mal el fin de la costumbre), no debe ser contraria al derecho natural, no contradiga el bien común, y se ha de introducir a ciencia cierta. Esto mismo se aplicó a la costumbre en el Derecho Indiano. Mientras la costumbre indígena gozó de una referencia distinta, según ordenara Carlos V en 1555: "Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que **antiguamente tenían los indios** para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres guardadas **después que son cristianos** y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro y las que **han hecho y ordenado de nuevo** se guarden y ejecuten" (Bravo Lira-Avila Martel, 1984). Incluso en las Leyes Nuevas, principalmente la R.P. de 20 de noviembre de 1542, la Corona extremó el cuidado por los usos y costumbres de los indios (Cfr. Muro Orejón, 1945). Por último, destaquemos que tanto las leyes y las costumbres indígenas tuvieron un valor singular en la conformación del Derecho Indiano, llegándose a plantear por determinados funcionarios hispanos la extensión de tales leyes y costumbres "a los españoles afincados en América y aún a los peninsulares" (Cfr. Levaggi, 1991). La importancia que adquirió tal fuente en el Derecho Indiano quedó revelado en el orden de prelación que alcanzó en el ordenamiento jurídico colonial. Para algunos, al nivel de los viejos fueros castellanos (Cfr. Manzano, 1967), para otros, el ordenamiento jurídico indiano quedó estructurado en: 1. El Derecho indiano español a) La legislación española para las indias, b) El Derecho indiano criollo: b.1. Disposiciones de las autoridades españolas residentes en las Indias, b.2. El Derecho consuetudinario regional o local, c) El Derecho de Castilla. 2. Los Derechos indígenas o autóctonos (González de San Segundo, 1983).

Este considerando avalaba el respeto por parte de la Corona española de la costumbre indígena en lo concerniente a sus sistemas de uso del agua (irrigación, sistema de canales, etc.). El emperador Carlos V, por R.O. de 20 de noviembre de 1536, corroboró esta confluencia de la costumbre nativa con la legislación indiana, en cuanto al sistema de riego a emplearse, puesto que dispuso: "Ordenamos que la misma orden que los Indios tuvieron en la división y repartimiento de aguas, se guarde y practique entre los Españoles en quien **estuvieron repartidas y señaladas las tierras, y para esto intervengan los mismos naturales, que ántes lo tenían á su cargo, con cuyo parecer sean regadas**" (Recopilaciones, 1943. El destacado es nuestro).

En este marco, hubo de facto una suerte de priorización o jerarquía que pesaron en la concesión de los derechos de aguas, como ha examinado detenidamente Margadant (1987), a saber: los pueblos de "indios" tuvieron en teoría y en la práctica un "derecho ante el cual los de haciendas y asentamientos de españoles a menudo tuvieron que ceder": la exhibición de un "título", consideraciones de las "necesidades" para el repartimiento de derechos sobre un río. El claro expediente de "vista de ojos" que se aprecia en toda la jurisprudencia indiana. El agua para fines "domésticos" tenía prioridad sobre agua "para riego". Un peculiar derecho "a sobrantes" de agua, después de haber sido regada otras tierras. Tempranamente el Cabildo hizo su actuación en el régimen de las aguas. Como institución pudo darse sus ordenanzas y resolver también determinados problemas que afectaban a las ciudades indianas, entre otros los hurtos de aguas. Como toda ciudad debía estar próxima a fuentes de aguas, por lo común a ríos, se hacía subasta del río en lo concerniente al uso de su agua que recaía en un particular el que, mediante contrato, abastecía de agua a la ciudad. El **Alarife** estaba encargado de mandar hacer acequias y de repartir las aguas y velar que llegasen a solares y no anduvieran vertidas por las de la ciudad, además de verificar la limpieza semanal de las acequias. Esto en el curso del siglo

XVI. (Salvat Monguillot, 1969). La acequia principal debía dejarse libre para el servicio de la ciudad "y nadie podrá sacar agua si no es para ese objeto", acordaba el cabildo mendocino, en marzo de 1575. En Santiago, los vecinos se servían del Mapocho para las necesidades de sus viviendas y huertas, dejando que en las acequias principales, los vecinos, en atención a sus mercedes, pudiesen abrir bocatomas y conducirlas por canales superficiales hasta sus casas. En tiempos de escasez, debían ajustarse a un turno prefijado y vigilado por el **Alcalde de aguas** o por el propio **Juez de aguas** y sus tenientes. La variación del curso de las acequias urbanas era concedida por el Cabildo o a veces por el Gobernador quien notificaba al Cabildo del acto.

Se puede señalar que las mercedes de uso urbano, como las de riego y las que afectaban a los molinos, se gozaban por medio de turnos o tandas o alternativas. Este sistema era un remanente del sistema utilizado por los indígenas en la época precolombina. Su empleo en Chile se debió a lo prescrito en la **Recopilación** de 1680 respecto a las costumbres indígenas y al aprovechamiento en común de las aguas. Aún así, el modelo indígena -recogido en las Ordenanzas del Virrey Toledo- se aplicó, a diferencia de Perú, sólo en los casos de escasez de aguas. En el Virreinato limeño se empleó en consideración a la rotación de cultivos. Los indios aprovechaban las aguas, después de la puesta del sol que fue la señal del término de la alternativa que favoreció a los hispanos. Entre las obligaciones de los beneficiarios de mercedes de riegos figuraron la prohibición de acercar las acequias, dejar el paso libre a la acequia y contraerse a su limpieza (Cfr. Dougnac-Barrientos, 1991).

El referido "casuismo" y "particularismo" que caracterizó y afectó al Derecho Indiano fomentó que las consideraciones generales que hemos apuntado, incluso en situaciones específicas, sufrieran modificaciones y exhibieran aspectos contradictorios menores ante idénticas "situaciones jurídicas" pero situadas en distintos "contextos". En tal perspectiva, se pensó en limitar la ingerencia de los Cabildos hacia fines del siglo XVI, pero no se cumplió la normativa que incluso fue recogida en la **Recopilación de Indias** 4, 12, 20, que refería la devolución de las tierras a los indios y las "valdías queden por tales" (Recopilación, 1943). En Chile, el Cabildo prosiguió su labor de conceder las mercedes de aguas durante los siglos XVII y XVIII. Aunque se estimó precario el permiso del Cabildo en cuanto a los permisos de agua domésticos a fines del s. XVIII, las reformas borbónicas, fundamentalmente, los Intendentes y sus competencias, tendieron a otorgarle, v. gr. para el caso de la Nueva España en o para Lima, mayores atribuciones a las autoridades unipersonales en cuanto a la concesión de mercedes de tierras y de aguas, restando, para algunos autores, como Jorge Basadre, las atribuciones del Cabildo en ese plano (Cfr. Margadant, 1987; Basadre, 1984). No obstante, se ha considerado que, si bien en teoría las Ordenanzas de Toledo de 1577, con sus 15 artículos sobre las aguas interiores de la ciudad y sus 16 sobre las aguas de campo, influyeron en toda la América meridional (Cfr. Mariluz Urquijo, 1951), ampliadas en 1784 por Ambrosio Cerdán y Pontero, quien publicó su **Disertación sobre las aguas que riegan los valles de Lima,** en el "Mercurio Peruano", en 1793; la realidad tendió a acentuar el "particularismo" determinándose algunas Ordenanzas -la de Francisco de Alfaro, datadas en 1611, que rigieron hasta mediados del siglo XVIII en La Rioja- e intervenciones de gobernadores con acuerdo del Cabildo para modificar la distribución de las aguas (Doucet, 1983).

En el funcionamiento de la repartición de las aguas para riego, se utilizó sistemas conocidos en España y América. En síntesis: Los regueros eran el **Canal**, desde donde emergía la "hijuela" que conducía el agua hacia la **acequia matriz** y luego hacia las

acequias particulares de cada campo que se regaba. El agua de las acequias matrices se derivaba a partir de la denominada **toma** o **bocatoma** en cada propiedad, a la cual se presentaban varios solicitantes. Hubo naturalmente cuidados por reprimir los hurtos de aguas, realizados por medio de tomas clandestinas en canales y acequias. La repartición del agua se ajustaba al régimen de "volúmenes proporcionales", o sea, entrega de una cantidad de agua variable con el estado del río. En ello se empleaban los "turnos" o las llamadas "tandas" en España. A través del "abasto del río" -contrato que concernía a la provisión del agua proveniente de un río- el "subastador" ejercía la dicha concesión para suministrar aguas a los diversos canales. Todo este sistema se sostuvo en el pago de una contribución en dinero, afectando a los actores productivos principales de la villa (Santos Martínez, 1986). Empero, uno de los problemas básicos que gravitó en este sistema fue la disparidad de medidas hidráulicas aplicadas que, en su generalidad eran las conocidas en España. Así, "buey de agua" era una medida para apreciar el volumen de agua que pasaba por una acequia, la "teja" que era parte lícuota de la denominada fila de agua (medida que variaba desde 46 a 85 litros por segundo). La situación llegó a extremos en Santiago hacia 1757 que el Alarife de la ciudad, Jorge Sanz, recurrió a las autoridades municipales señalándoles que: "en ese Reino se divide en buey de agua, regador, teja y paja, sin que persona alguna me haya hecho demostrable materialmente con algún instrumento de figura cuadrada o redonda u otra semejante, la porción de agua visible que corresponde a cada uno de estos nombres que la dividen". La escasez de agua urgió aún más el cometido de saber las medidas. En 1761 el Procurador General de Santiago apoyó las diligencias del Alarife, optando por aplicar las medidas de la ciudad de Lima. No obstante, el Fiscal José Perfecto Salas estimó que dicha innovación podía perjudicar los derechos adquiridos. Parecer que la Audiencia acogió en julio de 1761 aguardando que previamente fuese ensayado el sistema limeño por personas peritas.. (De Ramón Larraín, 1979). A esta dificultad se agregó la casi regularidad de la desobediencia de las disposiciones del Cabildo, desde el siglo XVI. La represión por la violación de los acuerdos en lo tocante al hurto de indios i los negros, i de multa para los españoles, el innovar las demarcaciones que aquél hiciere", escribe Barros Arana, donde muchas veces obedecían a sus amos "atajan al río de esta ciudad (Santiago) y llevan toda el agua por sus chacras", motivó que el Cabildo, en 22 de febrero de 1552, suprimiese el cargo de alarife (Barros Arana, 1884).

Una explicación plausible respecto al caso omiso de lo ordenado por los cabildos podría estribar, en la pervivencia de las normas consuetudinarias por sobre las escritas en el funcionamiento y resolución de determinados conflictos u problemas que debía acometer el cabildo. Fue la costumbre la que se invocó en el uso del agua en las acequias o en la provisión de agua por los aguateros, como también en el ámbito rural, la distribución del agua en las chacras (Cfr. Tau Anzoategui, 1986). Fue dicha costumbre la que pervivió en la distribución de las aguas del río Mapocho hacia mediados del siglo XVIII. En 1761 el Cabildo de Santiago reglamentó la distribución de aguas del río Maipo, basándose en las tablas de repartición limeña.

Aún así, las dificultades que encontró la aplicación del Derecho Indiano no melló la sujeción de los recursos hídricos a la concepción del Bien Común y a la noción patrimonialista de la Corona. Todo ello se enseñó con creces en las principales universidades del continente americano. La principal obra del Derecho Procesal, la **Curia Philipica** de Juan Hevia Bolaños (1570-1623) (Cfr. García Gallo, 1971), publicada en Lima en 1603 alcanzó gran difusión "desde principios del siglo XVII hasta la codificación en el siglo XIX" (Bravo Lira, 1984). Distinguía el jurista que un río es "público" "quando no deja de ser, hasta entrar en la Mar, por sí, ó por accesión con otro, según un Jurisconsulto.

Y "privado", quando sirve para privados usos de riegos de campos y heredades, conforme otro Jurisconsulto. "El río y su uso" en general es común de todos, aunque sean de otra tierra extraña. Consideraba que si "el río se muda de lugar por donde solía pasar, y corre, y hace su curso de nuevo por otro, este se hace público, y le pierde los dueños del suelo, y aquel deja de ser público, y le adquieren los dueños del suelo á que se ajusta, como se dice en el derecho, porque el río tiene potestad de Juez, que da, y quita dominio, conforme una glosa". También indica que "Puede también el Pueblo prohibir, y hacer ordenanzas, para que los de él de tal suerte pesquen en el río, que no se destruya, ni yerme el pescado, enviándolas al Rey, para que sobre ellas provea". Considera la prohibición de hacer obras -canal, presa de molino- que impida o cierre el río, y faculta a cualquiera pueblo o persona particular para edificar y hacer puente en el río a su costa. La ribera de la mar "es común de todos los del mundo" (Hevia Bolaños, MDCCXCVII, Tomo II):

2.- La regulación jurídica hidrológica indiana en el despoblado de Atacama.

En este marco jurídico cabe preguntarse cómo se verificó la aplicación de tales normas indianas en la actual Segunda Región, territorio que sólo hacia fines del siglo XIX ve aplicarse la juridicidad del Derecho Chileno.

A la llegada de los españoles al despoblado de Atacama, los habitantes de los oasis y salares de la zona precordillerana se encontraban en un estado de desarrollo aldeano extraordinario. Habitat favorecido por un valle feraz, según lo describiera Bibar, donde el pueblo de Atacama se halla "a cinco o seis leguas que corre el río, se sume y no se ve por dónde va ni dónde sale a la mar... Es valle ancho; tienen los indios sacadas muchas acequias de que riegan sus tierras, en medio del despoblado había unas lagunas algo salobres que, con la humedad del agua, se cría hierba por las orillas, aunque no en cantidad" (Bibar, 1987). En dicho paraje se detectaba dos ríos que, por sus singularidades, entre otras de secarse "de tal manera" que lo llaman, a uno Anchachulla, "gran mentiroso", y al otro Suncacinayo, "río burlador". Si tales condiciones en el interior posibilitaban sentar las bases económicas y sociales, sobre la actividad agro-ganadera y el intercambio de productos, la "complementaridad ecológica" o los "pisos verticales" , hacia la costa, con el trueque de los productos marítimos, con los pescadores -changos- del litoral, si bien nómadas, algunos asentados: en el denominado Puerto Loa, junto a la desembocadura del río homónimo, Cobija, Mejillones, Morro Moreno y Paposo (Casassas, 1974).

Los indios Atacama conjugaron una red de relaciones económicas y sociales que, si bien "fundada" en el período prehispánico (Cfr. Noemí Tarragó, 1977), condujo a mantener tráficos de caravanas entre el altiplano y la costa, como también a mantener "reservas" agrarias subordinándose a la naturaleza y, especialmente, a la presencia y abundancia del recurso hídrico. Aspecto que pervive hasta la actualidad en menor medida. La conformación de una sociedad agro-pastoril afirma a juicio de un autor contemporáneo, un mismo universo, en lo que atañe a la crianza del ganado y la "chacra" que incide en la formulación de un patrón doble de residencia, la alta montaña y los oasis templados, puesto que, "como el recurso de agua de regadío y de lluvias de verano son fluctuantes en años buenos salen de sus asentamientos a sembrar todos los retazos de suelos disponibles en cercanos y distintos enclaves agrarios con respecto al asentamiento sedentario" (Núñez, 1984).

El factor del recurso hídrico fue fundamental para la prosperidad de los atacamas como también para la implantación del dominio español en la región en el transcurso del siglo XVI. Las conformaciones de aldeas, en torno a una autoridad

centralizada de las etnias de la región precordillerana de Atacama, pasó por solucionar los problemas "de tierras cultivables, dominio de las aguas y la especialización ecológica conjuntamente con la necesaria cooperación a gran escala" (Téllez-Silva Galdames, 1989). En tal sentido, la estructuración, la estructuración de los "señoríos" significó la asunción de un jefe con capacidades redistributivas en todos sus aspectos. La aglutinación del sistema de ayllus significó la no renuncia de los atacamas a sus propios derechos de aguas y de tierras que habíanse gestado durante el dominio incásico. Ahora bajo el acoso de los hispanos, tal reforzamiento de la tierra-agua fue una realidad. En 1583 ante el peligro de una alianza entre los corsarios ingleses y los indios sublevados, las autoridades hispanas debieron "contaminar los pozos de Atacama" (Téllez-Silva Galdames, 1989).

Durante la época colonial, la nomenclatura de los poblados del interior alcanzó resonancia por sus nexos -en la lengua kunza- con el recurso hídrico. Así, Calama, significaba "pueblo en el agua", Chiu-Chiu, "río río", o sea a la conjugación de dos corrientes de aguas (río Loa y Salado), Puripica, "agua fresca", (Pumarino Soto, citado por Casassas, 1974). La administración virreinal limeña mantuvo jurisdicción en los poblados atacameños, a través de la Audiencia de Charcas, mientras el Reino de Chile alcanzó efectiva jurisdicción por el litoral hasta Morro Moreno e incluso en el siglo XVIII hasta Cobija. De esta forma, la normativa aplicada en ambos territorios alcanzó repercusión en el despoblado de Atacama.

La conformación de las "dos Repúblicas" en la concepción hispana, significó el reconocimiento de una organización indígena y sus costumbres, al interior del desierto de Atacama. Esta organización -el ayllo- gobernada por un curaca, con atribuciones judiciales en lo civil y penal (Cfr. Basadre, 1984). En la división social del trabajo, unos se encargaron de la conservación de los canales de regadíos. La urgencia de una mayor complementaridad, para unos autores, y la obtención de dineros para el pago del tributo anual, para otros, movió a la población atacameña, en el curso del siglo XVII, a una dispersión y movilidad demográfica que afectó el subárea circumpeña (Martínez C. et al, 1988; tb. Hidalgo, 1984). La falta de agua hizo que las tierras no se cultivaran, amenazando a la población atacama hacia fines del siglo XVIII. Se ha considerado que la idea hispana de la "propiedad individual" afectó en la desintegración de las tierras comunales de Atacama la Alta, con el consiguiente flujo migratorio hacia la parte trasandina (Núñez, 1992). En efecto, se sabía positivamente de la concesión de encomiendas que afectaron a los indios Atacama tempranamente, en 1562 (Cfr. **Estudios Atacameños,** 1992). En el siglo XVIII la concepción castellana de la centralización urbana, atentó contra la diseminación de los recursos de la propiedad de la tierra y de las aguas, repartidas en ayllos. Dicha vocación rural contradecía el espíritu centralizador dieciochesco que impulsaban los borbones. Los Ayllos eran autónomos en lo social y en lo político. Dicha política de concentración urbana se sumó a la ofensiva del idioma castellano contra el kunza (Hidalgo, 1982). El uso racional de la energía humana indígena pudo transformar el paisaje en un óptimo agrario, convergiendo los ideales de vida comunes con un quehacer colectivo. El reajuste del uso de los recursos implicó que la presencia hispana, modelara un nuevo concepto de habitat -las habitaciones solariegas- la propiedad europea -la finca- transformó el "concepto vertical de la propiedad andina",

disponiendo de "límites precisos a su nueva distribución de agua y tierra", entre otros efectos (Núñez, 1989). Aún así, el viejo sistema del "ayllu" con sus "marcas", con su jefe o curaca, en torno a lazos de sangre y el uso común de las tierras, además de un fuerte vínculo religioso, la famosa "huaca", pervivió en los siglos. Fue quizás la única institución jurídica, social y económica indígena que se proyectó más allá de la vigencia del Derecho Indiano en el norte chileno (Núñez, 1992).

Los naturales de los oasis de Atacama fundieron un sistema de creencias extremadamente animista y utilitarista, donde su ritual es votivo, o sea, "un modelo de acción religiosa y mágica", en busca de satisfacer sus necesidades materiales y su bienestar, donde el agua está presente (Van Kessel, 1976).

Más hacia la costa, las aguas del río Loa merecieron una oportuna disputa y apropiación, entre los indios de Pica y los de Atacama, en el sector de Quillagua. Se sabe que hacia 1742 los indios de Pica tomaron posesión de las tierras y las aguas de Quillagua, usufructuando de los algarrobos aledaños. Anteriormente, hubo un intento de rematar el valle, en 1704, para poder establecer los españoles sus derechos sobre las tierras y aguas. Aún así, las dificultades y el alto costo para poder sacar aguas para las tierras cultivables conspiró contra tal propósito. En 1740 un vecino de Pica, Juan Ventura Hidalgo, obtuvo licencia para sacar aguas. No obstante, la corriente poblacional que agitó al siglo XVIII coadyuvó a que durante el gobierno del virrey Amat (1761-1776), se redujese a los nativos en el poblado de Quillagua "abundante de tierras y de aguas", con lo que las aspiraciones de Hidalgo no prosperaron (Paz Soldán, 1878).

La caracterización de la costa resulta más simple, puesto que se fijó su atención en los asentamientos de changos en las caletas y donde alcanzare el dominio de las encomiendas. Empero, hubo aspectos que no se compadecieron con las normas del Derecho Indiano que hemos glosado. El llamado Puerto Loa, incluido en el Corregimiento de Arica fue dado en arrendamiento, en 1690, a Juan Ramírez de los Ríos, por trescientos pesos anuales. La señalada encomienda prosiguió en el siglo XVIII (Dagnino, 1909). Los habitantes de la desembocadura del río Loa proveyeron de agua a las actividades mineras de Tarapacá, llevándola a través de las balsas de cuero de lobo marino (Bermúdez, 1963).

Más al sur, en Paposo, desde 1679 habían sido concedidas esas tierras por el gobernador Juan Henríquez a Franciso Cisternas. Más tarde, el gobernador Ambrosio O'Higgins, concedió en 1791, a los indios del paraje "el uso de las playas, cien varas más arriba de la alta marea, permiso para formar barrancas, extender sus redes" (Amunátegui, 1863). Sin embargo, la escasez de aguas acongojaba a los habitantes de Paposo, puesto que sólo alcanzaban para beber cabalgaduras, "sin que haya corrientes para el regadío tan preciso de las labores de la agricultura". Cabe señalar que los límites de la merced de tierras abarcaban de mar a cordillera. Hacia fines del siglo XVIII, el misionero Andreu y Guerrero, ejerció su pastoral en Paposo encomendando a las autoridades la fundación de un puerto en dicha localidad (González Pizarrro, 1992). Es interesante hacer notar que en la discusión en torno a la merced de tierra en Paposo, entre la propietaria de la estancia, doña Candelaria Goyenechea, y su arrendatario José Antonio Morales, en 1881-1884, se esgrimió lo que prescribían "las leyes primera, título 14, 32 y 40, título 16, Partida Tercera, y artículos 1545, 1954 y 1956 inciso tercero del Código Civil" (Hanisch, 1984). Llamativo en la concesión de 1679, es la fórmula que refiere que el dominio se extienda a todos los bienes: "os hago esta dicha merced sin perjuicio de terceros que mejor derecho tenga y el de los indios del Reino con todas sus entradas y salidas, **usos y costumbres,**

derechos y servidumbres, aguas, montes y vertientes, cuantas le pertenecen y pueden pertenecer en cualquier manera" (Hanishch, 1984). Fórmula de merced de tierra que se repite en otras mercedes de tierra concedidas en el siglo XVII en el sur de Chile (Campos Harriet, 1991). Aquello confirmaba la vigencia de las **Siete Partidas** en Chile republicano en amplios campos del derecho, no sólo en el penal (Cfr. Rojas Sánchez, 1992), sino también en otros órdenes, incluido el civil (Bravo Lira, 1988), puesto que, desde el comienzo de la República, se cuidó por las autoridades políticas de señalar la vigencia de las normas castellanas, como lo hacía presente la "Constitución Provisoria de 1818", que ordenaba que los magistrados debían juzgar las causas "por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno" (Bravo Lira, 1984).

3.- Antecedentes prelegislativos de aguas en la formación del Derecho Nacional.-

El cambio de sistema político a comienzos del siglo XIX significó acometer durante esa centuria diversos intentos por regular el dominio y uso de las aguas, aún cuando pervivía, como hemos visto, el Derecho Castellano en esas materias.

La preocupación por la repartición de las aguas de riego movió a la administración española, en diciembre de 1816, decretar que los regadores del canal de San Carlos se vendiesen "con la extensión de una sesma en cuadro" (Lastarria, 1934). La medida tomaba por referencia lo que la costumbre había aconsejado de modo regular. No obstante, le mentada medida no fue estable. Los cambios operados en el país incidieron en ello.

Durante el gobierno de O'Higgins, el Senado-Consulto dictó un decreto, en 1819, fijando le medida del **regador** del canal del Maipo u de otro río, planteando una porción de aguas que en tiempo motivó ardua polémica. Para algunos, como la Junta del Canal de Maipo, el regador significaba 26,07 litros/segundo; mientras para Augusto Charme, lo constituían 46,225 litros/segundo (Lemohut, 1865). Para el ingeniero civil Luis Lemuhot, la medida de 1819 para el regador era "viciosa e incompleta", pues no consideraba que el volumen de agua que se necesita para regar una cuadra de tierra, debía incorporar determinados factores influyentes: 1. El modo de regar en cada lugar; 2 La clase de terreno que se tiene que regar; 3. La clase de terreno que se encuentra debajo de la capa de tierra vejetal; 4. El número de riegos que el terreno ha recibido, después que se le ha pasado el arado; 5. El estado de sequedad del tiempo i de la tierra y 6. La naturaleza del agua (Lemuhot, 1863). Tales consideraciones preanunciaban las dificultades de plantear un mismo sistema homogéneo en todo el territorio nacional, en lo concerniente a las aguas, sin estimar las diferencias climatológicas y de las propias cuencas hidrográficas. Aún así lo dispuesto por el Senado Consulto en 1819 fijó el aprovechamiento común de las aguas y la servidumbre de acueducto.

La mencionada disposición fue acogida por los espíritus de la época como una medida acorde con los tiempos: la costumbre colonial de la distribución de las aguas se traducía en la servidumbre legal de acueducto, posibilitando "abrir canales de riego i fecundar la tierra que apenas podía entonces proveer a las necesidades de sus hijos", comentaría más tarde Angel Custodio Gallo, en 1875. Para este autor, la administración española en el último período había reconocido la importancia del uso de las aguas, determinando los ríos comunes o particulares. De ello -"de la lei i de la práctica más antigua entre nosotros"- se desprendía la realidad siguiente: "Así no es raro sino frecuente,

que los propietarios de las tierras sean dueños únicos i esclusivos de todas las aguas que contienen los cauces, ya sea para riego, ya para servir a dar movimiento a las máquinas. Desde Copiapó hasta el Maule casi todos los ríos se han apropiado a la agricultura, i en casi todos ellos existen títulos i reglamentos que se cumplen siempre que la política no se mezcla en las relaciones de los gobernadores" (Custodio Gallo, 1875). Dicha observación avalaba la presencia, por un lado, que la ley y la costumbre habían consagrado la comunidad en el ramo de las aguas y, por otro, el espíritu de la empresa individual habían administrado los intereses de las aguas produciendo las esperadas riquezas.

La dictación de la Ley de Municipalidades de 1854 supuso declarar que "los ríos y 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 y ordinario" (Vergara Blanco, 1990). Una mayor caracterización sobre el dominio de las aguas fue expuesta por Bello en su **Código Civil** que, aparecido en 1855, entró a regir en enero de 1857. Para Bello el dominio de las aguas se dividía en: público: las que corren por cauces naturales (ríos), los grandes lagos y las fluviales no canalizadas, mientras las de dominio privado, eran las que nacen y mueren en una misma heredad, los pequeños lagos, las que corren por cauces artificiales (acueductos) y las fluviales. Determinaba que el acceso a las aguas se realizaba por vía de "mercedes" concedidas por la autoridad competente, o sea, por el jefe del departamento. Aspecto que fue criticado por los liberales de la época, v. gr. Custodio Gallo o principalmente Lastarria que ventilaron el tópico en sus escritos, puesto que mantenía la preeminencia del Ejecutivo por sobre los municipios en la determinación de las mercedes.

La importancia que asume la administración central -el gobierno- se manifestó nuevamente en la necesidad de que ésta tuviese participación en la repartición de las aguas, a través de los denominados "jueces de aguas", funcionarios del aparato estatal y no del poder judicial. Estos agentes eran nombrados por el Presidente de la República. La aparición de tales "jueces de aguas" lo contempló la **Ordenanza sobre la distribución de las aguas en los ríos que dividen provincias o departamentos de 3 de enero de 1872**, que afectó a las aguas de los ríos que dividieran provincias y departamentos. Los funcionarios señalados debían "proponer a los gobernadores de ambos departamentos todo lo que fuere conveniente para hacer efectivo el más equitativo i fácil repartimiento de las aguas" (Boletín de las Leyes y Decretos del Gobierno, 1872). En el mismo Lustro se dictaron Ordenanzas sobre repartición de aguas para los ríos Aconcagua, Tinguiririca, Teno y para los esteros de Chimbarongo y Guaipillo, en 1872. A diferencia de la Ordenanza de 3 de enero, estas normas conferían a los dueños de los canales el nombramiento de los jueces, o en su defecto, a raíz de un desacuerdo, a los Intendentes o el Gobernador. El cuestionamiento hecho principalmente por Lastarria a la ingerencia del Poder Ejecutivo en las designaciones de los agentes y la regulación de la distribución de las aguas debe entenderse en el contexto de la época. Ello delataba un clima en el mundo de las ideas en el territorio nacional, de tránsito entre concepciones de los fines del Estado y la noción de Bien Común, hacia una visión liberal, donde las propias reformas constitucionales de 1872-4, afianzarían los criterios de las prerrogativas del individuo y sus iniciativas y la regulación del mercado, como también de la preocupación por facultar a los órganos locales en intervenir en asuntos de interés para los vecinos de las ciudades, por sobre lo que había sido hasta entonces las ideas-ejes de la administración pública (Heise, 1974, Tomo I, Bravo Lira, 1986; Campos Harriet, 1977).

Este tránsito de ideas quedó recogido palmariamente en las **Ordenanzas sobre policía fluvial y de irrigación para el valle de Copiapó de 30 de enero de 1875,** donde, por un lado, las "aguas producidas por las vegas y manantiales existentes en el valle y que nacen en la propia caja del río, pertenecen al común de los vecinos y no a ningún particular", basándose en un acuerdo del Cabildo de 30 de enero de 1838 que se apoyaba en disposiciones de la Real Audiencia en los albores del siglo y, por otro lado, en consonancia con ello, en su artículo 8º entregaba concesión a la Municipalidad, que además de otorgar las mercedes, debía "señalar las tomas, su ubicación y características, según el volumen de agua permitido" (Vergara Blanco, 1990). La **Ordenanza para la distribución de las aguas del río Huasco dentro de los límites del departamento de Vallenar de 3 de enero de 1880,** hizo depender su aplicación a la situación de la escasez de aguas, erigiendo para el caso para la administración de las aguas un organismo "Junta General de Representantes", integrada por los titulares de derechos de aguas que en definitiva venía a reemplazar la intervención municipal.

En tal sentido se empieza a dibujar con nitidez cómo distintos territorios asumen la regulación de las mercedes de sus ríos considerando las realidades de sus propias cuencas hidrográficas y por supuesto la fuerza de la costumbre en dichos permisos. Aspecto que hemos visto reconocían los viejos cabildos.

Para nuestro interés es importante acotar que el jurista José V. Lastarria, presentó en 1875 un "Proyecto de Código Rural para la República de Chile", donde trató el uso y goce de las aguas públicas, exponiendo que el problema de su empleo debía resolverse "antes jurídicamente, para buscar después, en la aplicación de la solución jurídica, las soluciones matemáticas que deben hacerla practicable". Esto en razón de la vigencia de la medida del "regador" fijada en 1819. Un error científico. Cualquiera modificación en ello para los canalistas del Maipo involucraba una mutación en sus derechos adquiridos, fijados en diversos Estatutos. "Las demás empresas -argüía nuestro autor- y los particulares que no han adoptado el regador de la empresa del Maipo, y que rigen sus derechos adquiridos por la costumbre, ya sea usando lo que llaman **regador de peón,** ya sea empleando como única medida la capacidad de sus canales, tampoco podrían ser sometidos a un nuevo sistema, sin una flagrante injusticia" (Lastarria, 1934). De esto colegía el hombre público que, "el sistema de medición y distribución de las aguas depende, no de una sección fijada por la ley, sino de la cantidad de agua a que se tiene derecho y de las circunstancias de la localidad, debiendo aquel sistema ser especial en cada caso, y arreglado a los derechos de cada partícipe... Que un sistema de medición inalterable y arreglado a una sección adoptada como unidad legal chocaría con los derechos adquiridos, y daría lugar, respecto de los derechos que se constituyeran en lo sucesivo, a complicaciones análogas a las que se quieren remediar". En tal criterio Lastarria dirigía su atención sobre si sería más conveniente "establecer para los derechos existentes una distribución proporcional invariable, o tratar de reglamentar el turno que es el medio adoptado por la práctica en casos de necesidad" (Lastarria, 1935). En igual sentido, de buscar un criterio lógico apoyado por los aportes científicos, Custodio Gallo postulaba en 1875, un sistema diferencial en lo jurídico: "No sería justo ni posible dictar una regla invariable para todos los ríos i para todos los departamentos, porque la cuota parte que se distribuya dependerá siempre de condiciones distintas. Estas diferencias tan sustanciales i que están en la naturaleza misma de las cosas, indican la necesidad de que sea cada localidad la que forme su reglamento, en conformidad de los títulos i de las prácticas i costumbres pre-establecidas" (Gallo, 1875).

La confusión en las materias relativas a las aguas confería, paradojalmente, una mayor atención a los publicistas de la época que, con sus observaciones a lo reglamentado y sus propias contribuciones, ahondaron la falta de principios generales que debían regular el Derecho de Aguas (Cfr. Vergara Blanco, 1991; Guzmán Brito, 1991). Manifestación del aserto fue lo que dispuso la Ley de Régimen Interior de 1885 que delegó en la figura del gobernador, la "autoridad competente", en la dación de los permisos de aguas.

Lo señalado por la importante Ley de Municipalidades de 1891, rescató la tuición de la corporación en la concesión de las mercedes de aguas de ríos y esteros que eran reputadas de uso público, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

4.- Normativa jurídica de aguas para Antofagasta a partir del siglo XIX.-

La situación de la actual Segunda Región durante el siglo XIX, en materias de la aplicación de la legislación de aguas, se puede resumir en lo siguiente:

En el sector precordillerano, durante la administración boliviana hubo acciones tendientes a impedir el acceso a las aguas saladas para incentivar los cultivos, en la segunda década del s. XIX. Aquello redundó en el secamiento de la vega calameña. El Estado incentivó las prácticas agrarias otorgando las concesiones de aguas necesarias. Philippi que la visitó a mediados de siglo, reparó todavía en la prosecusión de los contactos entre las tierras altas y las bajas, y observando la nula posibilidad de que el desierto de Atacama fuese habitable y "hacerlo cultivable": "¿Se pueden utilizar las aguadas para formar alrededor de ellas chacras, alfalfales, pequeños pueblos? Los pozos artesianos quizás darán un medio de regar y de establecer siembras y prados?... Desgraciadamente no hay ninguna esperanza de poder obtener estos pozos en el desierto" (Philippi, 1860). Si las preocupaciones del sabio alemán apuntaban a algo previo a la legislación de aguas, como era la existencia de fuentes hídricas; su compatriota Lastarria, en 1872, con sus **Cartas desde Caracoles** ponía su acento en la capacidad de la administración altiplánica de dar flexibilidad a sus leyes, para que pudiese desplegarse la iniciativa de los "yanquees del desierto", como eran los chilenos abocados a las actividades mineras, argentíferas, salitrales y otras, donde el recurso acuoso era imprescindible. En efecto, las normas mineras bolivianas, disponían que los mineros eran dueños de las aguas que encontraran en sus trabajos. Esta normativa quedó recogida en el decreto de 8 de septiembre de 1879, se basaba en la ley española de 3 de agosto de 1866. Esta disposición prevenía en todo caso que los dueños de las minas no podían desviar las aguas en curso para abastecimiento de alguna población o riego. Uno de los problemas -o vacíos legales en Bolivia- fue el no prever los efectos sobre una población o el riego derivado de la apertura de un pozo para la actividad minera, principalmente hacer disminuir su caudal. Aquello, fue remediado de acuerdo con la "legislación de Partidas, que ha regido entre nosotros, y que debe observarse en todo lo que no sea contrario á las nuevas leyes" (Melquiades Loaiza, 1885). Reivindicado el territorio por el estado chileno, en 1879, el régimen de las tierras agrícolas -estrechamente asociadas a los recursos hídricos- siguió rigiéndose por los ayllus, alimentados por los ríos Atacama y Vilama. Figura importante hacia fines del siglo XIX fue el "juez de aguas". Los cambios políticos experimentados por Chile en el curso del siglo XIX repercutieron en San Pedro de Atacama, principalmente en la defensa por parte de los párrocos de los derechos indígenas sobre sus tierras y aguas enfrentados a los criterios de los funcionarios de la creciente administración pública. Aún así, la comunidad de San Pedro de Atacama logró dotarse de un reglamento en 1895 que determinaba el uso

de la red de canales para el riego por turnos. El referido reglamento logró conciliar la costumbre nativa con los preceptos legales para el país. Así, al lado del "juez de aguas" y sus "celadores" permanecían los encargados por la tradición de vigilar el reparto equitativo de las aguas. "En este sentido -ha escrito Lautaro Núñez- cada cual participa de acuerdo a la extensión de su propiedad, en labores aún colectivas: limpieza de canales, reparaciones del sistema, protección de las avenidas o torrentes, etc.". El señalado reglamento, registremos de paso, permeabilizó el reglamento de 1960 actualmente vigente. Hemos señalado la preocupación de Lastarria por la suerte de la fortuna minera acometida por los chilenos hacia fines de la década de 1860 y principios de 1870. Su crítica a la legislación boliviana, no pudo extenderse a la establecida para los municipios, que posibilitó el ayuntamiento y sus prerrogativas en Antofagasta, establecido en 1872 (Bermúdez Miral, 1958). El problema del agua en Antofagasta fue acometido de diversos modos: uso del agua de mar por las sociedades que poseían máquinas resacadoras. Entre las primeras estuvieron las comprometidas con las actividades salitreras. La utilización de las máquinas resacadoras de aguas se mantuvieron hasta 1891. La consideración de que las aguas de mar fuesen bienes nacionales de uso público, de acuerdo al Código Civil (Valenzuela Orellana, 1959) no requirió de la autoridad administrativa otorgar concesión. Máxime cuando tal empresa iba en beneficio directo de la población y afianzar el asentamiento urbano. Distinta fue la situación para proveer de agua potable a la ciudad, acción emprendida por Enrique Villegas, quien obtuvo del gobierno el privilegio en 1887. Aquello significaba usar las aguas de los ríos precordilleranos. Su concesión la traspasó a la Compañía Huanchaca de Bolivia, que obtuvo una nueva concesión en 1888, empleando las aguas del río Loa y proveer a Antofagasta y restantes pueblos "bajo la condición de ceder gratuitamente a esta ciudad, para su uso público, hasta el 5% del agua que condujera la cañería y hasta el 10% a las demás poblaciones que cruzara en su trayecto" (Arce, 1930). Las oficinas salitreras debieron acudir a prospecciones de aguas subterráneas, trasladándolas por toneles de fierros hacia los campamentos. En el área meridional de la actual Segunda Región, hacia fines de la década de 1870, en Taltal hubo de recurrirse al Subdelegado para la adjudicación de terrenos "con un islote dentro del mar... para el establecimiento de una máquina de destilación de aguas" (Bermúdez, 1984). En la zona central, la que corre desde la ciudad de Antofagasta hacia la precordillera, las concesiones otorgadas para el uso del recurso hídrico, se concentraron principalmente en las empresas dedicadas a la minería, las que fueron favorecidas para aprovechar aguas de las vertientes de quebradas, para el caso de la Compañía Huanchaca, en junio de 1889, aguadas, para la Empresa del Ferrocarril de Antofagasta a Bolivia, cuya concesión inicial, aprovechando el río San Pedro, se estableció antes de fin de siglo, para abastecer a la población y empleo del FF.CC., como también la que favoreció a la empresa salitrera Anglo Lautaro, que obtuvo su concesión definitiva en 1889, destinada a uso industrial. La constitución de una Empresa de Agua Potable en Antofagasta permitió la aducción hacia la población de agua potable de modo más constante. La crisis del 1906 de provisión de aguas, reafirmó el criterio clásico de la prioridad en el uso de las aguas: se favoreció el consumo de los habitantes suspendiéndose los trabajos de las oficinas salitreras. Indiquemos de paso que la facultad del Supremo Gobierno de expropiar terrenos próximos al cauce de los ríos para el posterior ensanchamiento de su canalización, como fue el caso de las leyes de 13 de enero de 1888 y 14 de agosto de 1889 que confirieron dicha facultad con relación al río Mapocho, fue estimada doctrina por la Corte Suprema, en agosto de 1928 (Cfr. Revista de Derecho y Jurisprudencia, XXVI, 1929).

El 22 de septiembre de 1893, el Supremo Gobierno, preocupado por la utilización considerable de las aguadas que demandaban en las provincias de Tarapacá y Antofagasta (actuales I y II regiones), las faenas calicheras, consideró adecuado resguardar los intereses generales y particulares y señalar las reglas a que debían someterse las futuras concesiones. Para el gobierno las aguadas eran estimadas públicas, por lo que la autoridad debía conceder las necesarias mercedes. Expedido el decreto respectivo nacía entonces el derecho en favor del particular. El permiso era el "uso" a la aguada, indicándose que de hacerse un uso distinto al solicitado de la aguada, caducaba. Todo ello quedó recogido en el reglamento de **Concesiones para usar aguadas de propiedad fiscal en la provincias del norte de la República.** En su artículo 1 indicaba que para usar las aguadas naturales desde Tacna hasta Coquimbo debía presentarse una solicitud al gobernador señalando "el punto preciso de su ubicación, las condiciones i calidad de los terrenos circunvecinos i el objeto con que se solicita". La referida autoridad consignaba en el artículo 2 que debía elevarse la petición respectiva, acompañada "con el informe que ella sujiera" al Ministerio de Industria i Obras Públicas, a través del Intendente, señalando si la concesión debía ser otorgada "por plazo indefinido o temporal i si debe ser a título oneroso o gratuito". La concesión debía ser otorgada para un objeto determinado, intransferible, obligándose el beneficiario a no "impedir a los particulares el libre acceso a la aguada cuyo uso se le concede, ni privar tampoco del uso de ella a los establecimientos mineros o de otra naturaleza que existan o puedan existir a las inmediaciones; tampoco podrá entorpecerse el libre tráfico de los caminos con las obras que se construyan". Estas limitaciones del uso de las aguadas quedaban meridianamente graficada en el artículo 7 que autorizaba al Gobierno a caducar la concesión si "juzgare necesario destinar a algún uso público las aguadas".

Las disposiciones contenidas en el precedente Reglamento fueron complementados por otros decretos de carácter local, Decreto Nº 2.130, de 3 de agosto de 1905, donde se insistió en la necesidad de fiscalizar el aprovechamiento de las aguadas, debiéndose realizarse "obras de aprovechamiento" so pena de caducidad que "será declarada administrativamente a petición de cualquier interesado"; otro fue el Decreto Nº 401, de 14 de abril de 1924 que determinaba la necesidad de que "las solicitudes de concesión sean públicas para que tomen conocimiento las personas interesadas y que pudieren creerse perjudicadas". Finalmente, se dictó el Decreto Nº 1.456, de 8 de julio de 1920 con similares objetivos (Vergara Blanco, 1990; Silva Concha, 1950).

De significativa importancia fue la dictación del **Reglamento para la concesión de mercedes de aguas de ríos o esteros de uso público para usos industriales** que, de fecha 8 de febrero, salió publicado en el Diario Oficial el 22 de febrero de 1907, que establecía que la petición que debía hacerse ante el gobernador del departamento donde haya de ubicarse la bocatoma (Art. 1), debía contener. a) El nombre del río o corriente de donde se propone estraer el agua, b) El volumen de agua que se solicita, c) La fuerza que se desea desarrollar en caballos de vapor, i el objeto preciso a que se le destina, d) La ubicación precisa de la boca-toma i del punto de restitución de las aguas, i de distancia i desnivel entre ambos puntos, e) Si hai canales entre los puntos de toma i restitución, su nombre i la cantidad de agua que sacan; f) El caudal mínimo normal del río en el lugar de la boa-toma y g) El nombre i ubicación de las instalaciones análogas existentes inmediatamente aguas arriba o aguas abajo de la que se proyecta (Art. 2). La caducidad se ejecutaría por falta de cumplimiento de las "obras de aprovechamiento" o solicitada por cualquier interesado. El artículo 15 refería que la Dirección de Obras Públicas debía llevar un registro de las concesiones (Valdivieso, 1909).

Durante el período del ciclo salitrero que concluye hacia 1930, la acción gubernativa en el marco del imperio de la Constitución de 1833 promulgó dos reglamentos que afectaron directamente a la actual Segunda Región. El primero fue un **Reglamento relativo a las mercedes que se soliciten en el río Loa y sus afluentes y en las aguadas y vertientes de la provincia de Antofagasta,** de 30 de octubre de 1913. El referido reglamento atendió fundamentalmente a determinar un orden de preferencia en el uso de las aguas en atención a las propiedades fiscales localizadas en la zona, puesto que el Gobierno visualizaba la constante importancia del recurso hídrico no sólo en las actividades económicas, sino para consolidar los asentamientos humanos en las ciudades y campamentos calicheros, tratando de evitar que: "con motivo de las concesiones que de ellas se hagan, queden desvalorizados, por falta de este elemento, los terrenos salitrales que posee el Fisco, los que aún cuando no han sido reconocidos sino someramente, existen fundados antecedentes para estimarlos considerables i valiosos; i considerando que no puede serle indiferente al Fisco que el agua, por pertenecer a algunas cuantas firmas que la monopolizan, aumente de valor, gravando la elaboración del salitre que es la principal fuentes de entradas del Erario Público". El orden de preferencia que determinaba el Gobierno -recogido en el artículo 1- era: 1. Las que se pidan para el abastecimiento de agua potable de ciudades, oficinas salitreras u otros establecimientos industriales ubicados en la pampa; 2. Las destinadas a la elaboración del salitre; 3. Las que se soliciten para fines industriales de cualquiera naturaleza que fueren, incluso los relacionados con al esplotación de minas; 4. Las que pidan con fines de regadío y 5. Las que se tengan por objeto la jeneración de fuerza motriz. Se insistía en el Reglamento la necesidad de especificar los datos técnicos de la concesión, señalándose en el artículo 4, las disposiciones para las concesiones de agua para la elaboración del salitre, el artículo 5 en lo que correspondía a los usos industriales y explotación de minas, en el artículo 6, para regadío, donde se exigía al solicitante los títulos que acreditaran la extensión y propiedad de los terrenos y una "memoria esplicativa con las principales características técnicas del proyecto, una descripción de los terrenos en que se van a ubicar las obras, naturaleza de los terrenos por regar e indicación del cultivo probable que en ellos se hará". Importa señalar que en el artículo 15 quedaba establecida que las concesiones se otorgarán sólo por el tiempo que durara su aplicación al objeto preciso i "caducarán si se destinaren a un fin distinto para el que han sido solicitadas. El Fisco se reserva la facultad de reducir el volumen de agua concedido cuando la utilización normal en él fuera inferior a la indicada en la memoria explicativa... de poner fin en cualquier tiempo a la concesión". Estas disposiciones sufrieron modificaciones por el Decreto Nº 648, de 26 de marzo de 1920, que consignó un **Reglamento sobre Concesión de Mercedes de Aguas en el río Loa, sus afluentes, aguadas y vertientes de la provincia de Antofagasta.** El tenor de las reformas obedecía, por un lado, a la urgencia de dictar un decreto orgánico reglamentario sobre las concesiones de agua y, por otro lado, el decreto Nº 678, de 30 de abril de 1915, había acordado no conceder nuevas mercedes de agua en el sistema hidrográfico del río Loa hasta que no se practicara por la Dirección de Obras Públicas un detenido estudio sobre el tópico. La investigación arrojó la necesidad de "reglamentar las concesiones determinando la prioridad que les corresponda, habida consideración a la importancia del objeto para que se piden, fijando al efecto las normas definitivas a que deben sujetarse las nuevas concesiones" (Destacado nuestro): Manteniendo la misma prioridad del reglamento anterior (Artículo 1), traía innovaciones que apuntaban a regular las fuentes y caudales para cada una de las actividades priorizadas, estableciendo claramente un **régimen diferencial de aguas,** recogido a partir del artículo 6, "Se destinan esclusivamente para mercedes de agua en la categoría a) las fuentes de Siloli en la hoya del río San Pedro i las nacientes del río

Toconce, en la hoya del río Salado hasta enterar un caudal de 500 litros por segundo". El artículo 7 refería que los solicitantes debían justificar los caudales de aguas en razón a las finalidades que deseaban cubrir, poniéndose límites a los caudales: 50 litros por día y por habitante en las concesiones destinadas a agua potable de poblaciones; 1,5 litros por tonelada-kilómetro bruto en las concesiones destinadas a consumo de agua en locomotoras de ferrocarril y demás máquinas; 13 litros por cada caballo-hora en máquina de vapor. El artículo 8 destinaba una reserva del caudal del río Loa de 400 litros por segundo exclusivos para la elaboración del salitre. Respecto a las zonas desde donde podían alimentarse los caudales para la elaboración del salitre, el artículo 9, señalaba: Río Loa, desde un punto situado inmediatamente aguas arriba de la Cascada de Chunchirio (Calama) y un punto situado 3 kilómetros aguas arriba del puente del FF.CC. Longitudinal en Quillagua; Río Salvador, en toda su extensión, incluyendo en él los Ojos de Opache. El artículo 12 hacía una reserva del caudal del Río Loa y sus afluentes de un gasto de 300 litros por segundo destinados a usos industriales y beneficio de minerales. El río San Pedro se destinaba en toda su extensión como zona donde conceder mercedes de aguas. En cuanto a las actividades agrícolas, el conceder agua para la formación o riego de vegas ni para tierras inadecuadas para el cultivo y, respeto a las zonas agrícolas precordilleranas, señalaba en el artículo siguiente: "En el riego de las zonas agrícolas de Chiu-Chiu, Calama i Quillagua se procurará que sólo se emplee caudales de agua equivalentes a 1,5 litros por segundo por cada hectárea".

Las características de la actividad económica -fundamentalmente minera- y las condiciones climáticas de la zona de Antofagasta, con sus consiguientes peculiaridades de la Hoya Hidrográfica del Loa, habían motivado la dictación de los mentados reglamentos. En especial el de 1920 fijó categorías de aprovechamiento de las aguas, un pormenorizado catastro concerniente a la solicitud y "una serie de disposiciones muy específicas para las localidades a que se refiere, y con gran detalle (arts. 9º 28)". Ha sido estimado un reglamento que demandó una acabada elaboración en el procedimiento concesional.

La promulgación de la Constitución de 1925 vino a reflejar una mayor preocupación de la sociedad porque interviniera el Estado en el ordenamiento económico y social del país. Esta interdependencia, empujada por la realidad y por nuevas corrientes ideológicas procedentes de Europa, melló el "derecho individualista" incorporando un nuevo concepto de orden público. Orden público "económico" que Heise tipifica que es "aquella ordenación que determina que no sea perturbado el conjunto de medidas y reglas que rigen la economía, organizando la producción y la distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad" (Heise, 1950). Recogiendo dicha orientación, la Carta Magna de 1925 estableció en el Artículo 10, Inciso 10: "El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública" (Valencia Avaria, 1986). La señalada jurisprudencia publicada en 1929 que hemos aludido en líneas superiores corroboraba, en cierta medida, un ejercicio en el campo de la legislación de aguas. Toda la producción legal de los años que transcurre entre 1925 hasta 1951 confirman ampliamente la gravitación, por un lado, del gobierno en materias concesionales, derivado de la razón de la existencia de un dominio público sobre la mayoría de las aguas, y, por otro lado, una serie de posibilidades de intervenciones directas e indirectas, como puede verse en las potestades interventoras en favor de las municipalidades, en conformidad con las leyes de 1925 y 1934, que decían: "Reglamentar el uso la construcción, nivelación y limpia de los desagües, acequias, cloacas, y de los

canales y acueductos, impidiendo que en ellos arrojen basuras o desperdicios que puedan obstruir el libre curso de las aguas y producir aniegos, pantanos o lagunas cuya disecación procurarán". Tales disposiciones autorizaron a las señaladas corporaciones a preocuparse con denuedo en las comunas de la antigua provincia de Antofagasta. La política edilicia de aquellos años manifiesta el celo en materias de salubridad, aseo y ornato, donde el recurso hídrico jugaba un papel preponderante. En determinadas localidades, como Calama, hubo especial cuidado en el curso de la década de 1930 por las boca-toma localizadas en los ríos precordilleranos que afectaran a las vegas de las comunidades y el empleo residencial de la propia ciudad. La demanda creciente de la actividad cuprífera movía a preocupación. En el período de la primera centuria, las mercedes de aguas no agrícolas en la cuenca del río Loa alcanza una intensidad desmedida en favor del uso industrial del agua. Del Río San Pedro, en el período indicado, es posible cuantificar doce concesiones, de las cuales sólo cuatro son para agua potable. Del Río San Salvador, una, destinada a fuerza motriz cuyo usuario la Compañía Sudamericana de Explosivos se le autoriza en 1924. Del Río Salado, tres, todos para agua potable (Universidad de Chile- CORFO, 1973).

Finalmente, la dispersión de las normas legislativas concernientes a las aguas movió al diputado señor Rafael Moreno Echavarría a presentar en 1927 un proyecto de **Código de Aguas** que, después de un largo debate por años, fue promulgado, en febrero de 1948, suspendida su vigencia, en agosto, y finalmente publicado en mayo de 1951 (Cfr. Silva Concha, 1950). La gran novedad dogmática del Código de Aguas, que prosiguió la orientación de las leyes vigentes, fue el concepto de derecho de aprovechamiento de aguas que vino a significar la "merced" o "concesión" como título obligatorio, concedido por la autoridad, a los particulares, por el cual éstos pueden usar, gozar y disponer de la aguas, pero que no constituye un traspaso de propiedad sobre las aguas, por cuanto éstas eran bienes nacionales de uso público. Sólo el Estado tuvo la potestad de crear "derecho de aprovechamiento a favor de los particulares a través de las mercedes". (Cfr. los comentarios de Cano, 1956).

La vigencia del **Código de Aguas** de 1951 derogó las anteriores disposiciones, con lo que las ordenanzas específicas, diferenciales en cierto sentido, por los rasgos del procedimiento concesional y la realidad hidrográfica del Norte Grande, y de Antofagasta en especial, quedaron eliminadas, uniformándose los criterios en todo el territorio nacional, aunque los acápites relativos a las "aguadas" serán incorporadas al nuevo texto, en razón precisamente de las peculiaridades que encerraban. Empero, se reconocían los derechos de aprovechamiento otorgados con antelación.

II.- Síntesis de la evolución del Derecho de Aguas Nacional codificado, desde la perspectiva regional de Antofagasta.

1.- Aspectos preliminares.-

El proceso de fijación del Derecho nacional en códigos formalmente tales, respondió a la necesidad práctica de organizar en un texto exhaustivo y con vocación de generalidad y permanencia en su aplicación, todo lo relativo a una esfera material de regulación. En ese sentido, la codificación nacional -cuya teoría y ejecución en el Derecho Civil ha sido notablemente expuesta por Guzmán Brito-, cristalizó el ideario iluminista en términos de definir ámbitos de libertad individual, por medio de un método o técnica legislativa de

probado valor para los efectos de otorgar, al menos, certeza y seguridad jurídicas. Además, permitió institucionalizar el país, ya emancipado políticamente, dotándolo de una juridicidad propia aunque "fijadora" de una gran tradición de Derecho, que se remonta hasta el Derecho Romano.

Por cierto, la sola idea de codificar lleva envuelta el concepto de unificación nacional del derecho, totalmente opuesta a conservar el piégalo de regulaciones locales de difícil manejo forense y, hasta cierto punto, poco compatible con el principio de igualdad ante la ley.

Por eso, el proceso de codificación aludido recayó en primer lugar, aparte de los ensayos constitucionales, en el Derecho Civil (1857), en el Derecho Penal (1874), en el Derecho Minero (1874) y en la orgánica judicial (Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, que sería sustituida muy posteriormente por el Código Orgánico de Tribunales).

La codificación del régimen jurídico de las aguas, en cambio, se produjo ya derechamente en el año 1951. Dicho Código, vino a cumplir, casi cien años después, con los conceptos vertidos en el mensaje de Código Civil de 1857, en el cual don Andrés Bello había expresado que: "...en todo lo que concierne 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 las diferentes localidades".

De esta manera, ya en las raíces de la codificación del Derecho de Aguas, se encontraba palpitando la antinomia entre un régimen unitario y los regímenes diferenciales de aguas, contrapunto que subsiste hasta hoy y que, como tal, debe ser resuelto armónicamente.

Con todo, en el mismo predicamento de Bello, antes expresado, se observa una fórmula de integración todavía vigente, como tantas otras ideas del humanista. Es decir, las bases deben estar en un cuerpo legislativo general, y los pormenores en normas diferenciales.

Corresponde, en consecuencia, definir qué es lo básico o nuclear en el Derecho de Aguas -cuya regulación debe ser necesariamente unitaria- y qué otros aspectos son específicos o pormenorizados local o regionalmente, para componer la regulación diferencial de ellos.

Desde luego, en términos concretos, y sin perjuicio de lo expuesto en la primera parte de este informe, en la esencia del Derecho de Aguas se encuentran cuatro problemas fundamentales. 1.-/¿Quién es el dueño de las aguas? 2.-/¿Cómo se asignan las aguas? 3.-/¿Qué derechos tienen los particulares sobre las aguas? 4.-/¿Cómo se controla y supervigilan las aguas en sí y el cumplimiento práctico de las respuestas dadas por el sistema a las cuestiones anteriores?.

Estas cuestiones fundamentales, son las básicas que se encuentran implícitas en la regulación de las aguas, aunque no todas ellas se manifiestan siempre en plena coincidencia con la ya citada tetralogía española, particularmente en los casos en que históricamente se han reconocido aguas de propiedad privada (lo que responde al mismo tiempo las cuestiones 1.-/ y 3.-/) o en los casos actuales de aprovechamiento de aguas ex lege (lo que suprime la cuestión 2.-/ en cuanto procedimiento concesional).

En todo caso, estas cuatro cuestiones permiten poner de manifiesto la estructura básica de los tres Códigos de Aguas que han regido en Chile, para luego enfocarlos desde la perspectiva regional de Antofagasta.

2.- Las bases del Código de Aguas de 1951.-

En cuanto al dominio sobre las aguas, el Código de 1951 reprodujo esencialmente la taxonomía incorporada por el Código Civil en orden a distinguir entre aguas superficiales de dominio público y aguas superficiales de dominio privado. Eran públicas, según dicho modelo, las aguas que corren por cauces naturales (ríos y otras aguas fluviales no canalizadas), los grandes lagos navegables por buques de más de cien toneladas, y las aguas pluviales que accedan a todas ellas, y eran privadas, en cambio, las aguas que nacen, corren y mueren, dentro de una misma heredad, los pequeños lagos no navegables por buques de más de cien toneladas, las que corren por cauces artificiales (acueductos) y las pluviales que accedan a ellas. (Artículos 595, inciso primero; 596, inciso primero; 838; 595, inciso segundo; 596, inciso segundo, y 837 del Código Civil; y artículos 9, 10 y 11, del Código de Aguas 1951).

Las aguas subterráneas quedaron implícitamente publificadas en el Código de Aguas de 1951, al exigirse en general concesión para su aprovachamiento.

En lo relativo al procedimiento concesional, mediante el cual se asignaba el recurso hídrico, el Código contemplaba una secuencia de actos-trámite que culminaban en un decreto del Presidente de la República que otorgaba la merced de aguas. Se distinguía, básicamente, entre las aguas superficiales y subterráneas. Las aguas superficiales se otorgaban primeramente en merced provisoria y, después de aprobadas ciertas obras, se daba la concesión definitiva. El criterio de asignación de las aguas superficiales, estaba predefinido en la ley en función del uso al cual se iban a destinar, y que debía justificarse en la solicitud. El orden de preferencia, cuando habían dos o más interesados en las mismas aguas superficiales, lo fijaba el artículo 30.

"1º Debida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales;

2º Usos domésticos y saneamiento de poblaciones;

3º Abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre;

4º Regadío;

5º Plantas generadores de fuerza motriz o eléctricas;

6º Industrias, molinos y fábricas; y,

7º Otros usos.

Dentro de cada clase serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de condiciones preferirán según las fechas de las solicitudes".

Dicha categorización, implicaba que la asignación del agua se efectuaba por vía de autoridad, más allá de la mera generación orgánica del derecho de aprovechamiento sino hasta la aplicación del recurso hídrico a un fin. En ese orden de prelación, su numeral 3º indica una norma de indiscutible aplicación regional para Antofagasta, por la

disponibilidad de reservas salitrales y en general de la existencia de la industria del salitre y ferrocarriles asociados ella. Asimismo, implicaba la aplicación por parte de la administración de dicha preferencia calificando los hechos en cada caso concreto.

Para el ex Ministro don Luis Simón Figueroa, "lo anterior significa que el Código de 1951 no es más que una expresión de su época en lo que a este tema se refiere. Consideremos que a fines del siglo XIX se desarrolla la revolución industrial que da lugar a dos grandes ramas del pensamiento político; el liberalismo y el socialismo, hijos del mismo hogar". Luego agrega: "el pensamiento político-económico empieza a creer que es indispensable que el Estado intervenga y que él resuelva según su soberano entender, específicamente de parte de las autoridades, respecto de lo que es mejor en lo que se refiere a la asignación de los recursos". (Figueroa, 1992).

Sin embargo, fuera de los contextos socio-políticos originales, la intervención de la Administración en materia de gestión hídrica, hoy se valida internacionalmente desde perspectivas muy diferentes, como se expuso en la primera parte de este informe.

Por otro lado, en materia de aguas subterráneas, se aplicaba el principio de preferencia según la prioridad temporal de la solicitud.

En tercer lugar, en lo relativo a los derechos de los particulares sobre las aguas, se introdujo por primera vez en el Derecho de Aguas Chileno el concepto de "derecho de aprovechamiento", que no dejó de causar cierta inquietud en cuanto podría entenderse alejado de la "propiedad" sobre las aguas de particulares, lo cual incluso postergó la vigencia original del Código de Aguas de 1948.

Su sólida naturaleza fue estatuida en el artículo 12, conforme al cual "el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre 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". La transacción conceptual, entonces, se apoya en la atribución al derecho de aprovechamiento de las mismas facultades que al dominio otorga (implícitamente en cuanto a la facultad de uso público de las aguas, sobre la base de que la constitución del derecho de aprovechamiento de aguas implica desafectación de las mismas que se concreta físicamente en el acto de aprehensión material de las aguas desde su cauce en el ejercicio de dicho mismo derecho).

En cuanto al contenido sustantivo de dicho derecho, éste podía ser permanente o eventual, contínuo o discontínuo o alternado. Llevaba asociado el derecho a imponer servidumbres, ejecutar obras necesarias y otros medios inherentes para su ejercicio.

Era, además, un derecho disponible o transable.

Por otra parte, podía ser temporal o perpetuo. Podía, también, otorgarse en función de un uso o no. En caso que se hubiese constituido asignado a un uso, y quisiera aplicarse a otro, debía formarlizarse el cambio de fin con arreglo a un completo procedimiento.

El derecho de aprovechamiento, además, caducaba si no se cumplían las condiciones de los artículos 267 y 269, relativos a los plazos para cumplir las cargas de la merced provisional. También "toda merced que no se ejercitare en todo o parte durante cinco años consecutivos podrá declararse caducada". (Artículo 280, inciso primero).

En especial, se contenían normas particulares en los títulos correspondientes a "De las mercedes para bebida de los habitantes, usos domésticos y saneamientos de poblaciones"; "De las mercedes para el abastecimiento de ferrocarriles y salitreras"; "De las mercedes para regadío"; "De las mercedes para energía eléctrica"; "De las mercedes para usos industriales, fuerza motriz y otros usos"; "De las mercedes de aguas medicinales y mineromedicinales"; y "De las mercedes de aguadas en las provincias de Tarapacá y Antofagasta". (& 2, & 3, & 4, & 5, & 6, & 7 y & 8 del Título III, del Libro Primero del Código de Aguas de 1951).

Todas esas normas especiales, en general desarrollaban las modalidades de los órdenes de preferencia ya comentados que fijaba el artículo 30. Destaca el hecho de que el germen del derecho de aprovechamiento no consuntivo, creado formalmente en el Código de Aguas de 1981, ya se encuentra en el párrafo & 6.

En todo caso, en el contexto de un Código de Aguas básicamente agrícola, como es el de 1951, destacan ciertas normas significativas para la región de Antofagasta en los párrafos & 3, & 7 y & 9.

En el párrafo & 3, se contiene una norma relativa al abastecimiento de aguas para ferrocarriles y salitreras, en orden a que el concesionario de ferrocarriles o salitres tiene derecho a que se le concedan las aguas necesarias. Obviamente, no es un aprovechamiento ex lege y se entiende sin perjuicio de las preferencias acordadas en el artículo 30.

En el párrafo & 7, desde los artículos 50 a 56, se contiene una insuficiente regulación de las aguas subterráneas.

Desde luego, la dominicalización pública de las aguas no alcanzaba explícitamente a las subterráneas en los artículos iniciales del Código. Aparte del derecho a cavar pozos en el suelo propio para la bebida y usos domésticos, se establece que "el aprovechamiento de las aguas subterráneas para cualquier otro uso requerirá el otorgamiento de la correspondiente merced conforme a las prescripciones de este Código", incluso en el suelo privado para su dueño (artículo 53, inciso segundo).

Con lo cual se mantiene una desarmonía vigente hasta el día de hoy: esto es, pese a que las aguas subterráneas son públicas, concesibles por la autoridad, el dueño del suelo puede negar el permiso para explorarlas y, consecuentemente, impedir que se constituya el derecho de aprovechamiento. En efecto, en bienes nacionales no se podía explorar sin permiso de la Dirección General de Aguas y, en suelo ajeno, "no se podrá explorar ni obtener merced" (artículo 50).

La desarmonía será más evidente aún desde que se publifiquen todas las aguas y se conserve todavía dicha exigencia de permiso. Porque, en último término, y salvo los perjuicios que siempre deban indemnizarse al superficiario, la raíz de la necesidad de dicha autorización se encuentra en la doctrina "usque coelo et infoerorum" del dominio territorial, el que alcanzaba a las aguas subterráneas mas no a las minas.

Además, se limitaba la cobertura máxima de exploración a 5.000 hectáreas, pero no se impedía expresamente que una misma persona tuviese varios permisos, a diferencia del actual artículo 7 de la resolución D.G.A. Nº 207.

Acerca del tratamiento de agua-mina, el artículo 54 de dicho párrafo contiene disposiciones ampliamente superadas en la actualidad desde el ángulo técnicolegislativo, como veremos infra en la cuarta parte, apartado I de este informe.

Conviene destacar cierta acogida al principio de la unidad de la cuenca hidrográfica en el artículo 56 de dicho párrafo, conforme al cual "el ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, se entenderá sin perjuicio de otros legalmente constituidos con anterioridad en corrientes superficiales o subterráneas". Ello implica el germinal reconocimiento de la unidad del ciclo hidrológico y de recíproca influencia entre las aguas subterráneas y superficiales en una adecuada composición de balances hídricos.

Por otra parte, el párrafo & 9, sobre "las mercedes de aguadas en las provincias de Tarapacá y Antofagasta, no es -como simplemente pudiere creerse- un estatuto diferencial para dichas regiones sino más bien el intento de resolver sólo algunos problemas puntuales.

En efecto, debe señalarse en primer lugar que el párrafo está referido a las "aguadas" en Tarapacá y Antofagasta. El concepto de aguada es un chilenismo, cuyo sentido ortodojo más cercano es "sitio en tierra adecuada para tomar agua potable y conducirla a bordo", según el diccionario de la RAE. Corresponde en general a un manantial u oasis en el desierto. Como informa Claro Solar (edición 1979), jurídicamente en su momento estas aguadas no eran bienes nacionales de uso público sino bienes fiscales, toda vez que no son ríos sino "vertientes que nacen y mueren en la misma heredad y tan pronto nacen como desaparecen por la evaporación o por infiltración en el cauce seco, a poquísima distancia del punto en que nacen".

Consecuentemente, dado que en el desierto existirán por regla general en terrenos de propiedad fiscal (mostrencos), fueron objetos de concesiones, como bienes fiscales, a los ferrocarriles salitreros y particulares con arreglo a un reglamento especial dictado el 22 de Septiembre de 1893,hechas con la salvedad de que el concesionario no podrá en ningún caso impedir el libre acceso a los particulares a la aguada que se concede, "respetando así el derecho natural que todo hombre tiene a apagar su sed y abrevar sus animales, y con mayor razón en el desierto donde no existe sino el agua que estos pequeños manantiales suministran" (Claro Solar, 1979).

Evidentemente, la fundamentación hidrogeológica de tan tradicional autor es insuficiente. Pero ilustra el sentido del párrafo en comentario del Código de Aguas de 1951.

Cuando el artículo 58 dice que se regirán tales aguadas por las disposiciones generales "según sea la naturaleza de las aguas", está planteando la distinción según la titularidad del dominio del terreno en donde nace y muere la aguada o vertiente, aceptando la tesis de Claro Solar en orden a su concesibilidad, y eliminando de raíz la posibilidad de argumentar sobre la base del original artículo 598 del Código Civil, entendiendo las aguadas como bienes nacionales de uso público (según se planteó en la contienda relativa a la aguada de Cachinal de la Sierra, Boletín de Leyes, 1900).

Consecuentemente, la norma es bastante específica y hoy, prácticamente, totalmente desplazada por la valoración ecológica de las vegas y bofedales, con arreglo a la ley 19.145 de 25 de junio de 1992, cuyos antecedentes expondremos infra cuarta parte apartado II.

Por otra parte, dicho párrafo establece para los concesionarios de aguadas en las provincias mencionadas, varias cargas:

a) Pagar los derechos y gravámenes que fijen las leyes, salvo las que se concedan a las corporaciones de Derecho Público, que serán gratuitas (artículo 59, inciso primero).

b) Proporcionar gratuitamente el agua necesaria par los servicios públicos, incluso los ferrocarriles fiscales que se construyan en la región en que se ejerciten las mercedes (artículo 59, inciso segundo).

c) No impedir a los particulares ni a los establecimientos mineros o de otra naturaleza que existan o puedan existir en las inmediaciones, el uso de las aguas en cuanto las necesiten para la bebida o menesteres domésticos (artículo 60).

Dichas cargas constituyen fuertes limitaciones al derecho de aprovechamiento sobre aguadas, las que reflejan la primigenia valoración de la autoridad de la problemática de escasez del recurso hídrico en zonas desérticas, que se traduce en medidas tendientes a la racional utilización y distribución de las aguas. Pero tales medidas así contempladas resultan demasiado elementales.

Otra inserción regional para Antofagasta es la normativa del Código de Aguas de 1951, está en el artículo 257, inciso segundo, conforme al cual las peticiones de mercedes de aguas de cualesquiera naturaleza "que se refieren a las aguas de la hoya hidrográfica del río Loa deberán presentarse ante la Intendencia de Antofagasta"; al igual que todas las peticiones de exploración en la región (artículo 281, inciso tercero).

Por último, la policía de aguas está radicada, en el Código de Aguas en comentario, en el Presidente de República, en la Dirección General de Aguas, sin perjuicio de la intervención de los tribunales de justicia.

3.- Las bases del Código de Aguas de 1969.-

El D.F.L. Nº 162 del año 1969, dictado en uso de las atribuciones que la reforma constitucional de 1967 otorgó al Presidente de la República, en orden a implementar el proceso de reforma agraria, introdujo al Código de Aguas de 1951, aprobado por ley Nº 9.909 de ese año, una serie de modificaciones en sus aspectos fundamentales, de tal suerte que aunque se conservó buena medida de su composición formal, en el fondo pasó a constituir un genuino nuevo Código de Aguas, conocido como el del año 1969.

Acerca del dominio sobre las aguas, la ley 16.640 de 28 de Julio de 1967, modificó el texto del artículo 595 del Código Civil, dándole la redacción que conserva hasta la actualidad, con arreglo a la cual: "Todas las aguas son bienes nacionales de uso público". Con ello, se terminó la distinción entre aguas de dominio público y de dominio privado. Confirmándose dicho predicamento en el artículo 9 del nuevo Código de Aguas, según el cual "todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público". Y, clausurando la coherencia formal del sistema, el artículo 10 de dicho Código, estableció que para el solo efecto de incorporarlas al dominio público declárense de utilidad pública y exprópianse todas las aguas que, a la fecha de vigencia de la ley 16.664, eran de dominio particular. De tal manera que, al no existir ya aguas privadas, aquellas expropiadas continuarán usándose por sus antiguos dueños en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento con arreglo al Código, sin necesidad de obtener merced.

El expropiado o, quizás, nacionalizado (según el criterio de la doctrina española expresado, entre otros, por De la Cuétara, 1989), sólo tenía derecho a indemnización de acuerdo con el artículo 32 del Código, en la medida en que, de la aplicación de la tasa de uso racional y beneficioso que fijara el Presidente de la República, resultase un alcance práctico del aprovechamiento de aguas inferior al statu quo ante reforma. Opera una suerte de transformación de la naturaleza del derecho del particular.

El procedimiento concesional, esto es, la forma de asignar el recurso hídrico, conserva en general las mismas modalidades, salvo en cuanto la resolución de concesión la pronuncia la Dirección General de aguas. También existe un determinado orden de preferencias legales para la asignación de las aguas superficiales.

El derecho de los particulares sobre las aguas, recibe, en cambio, una drástica transformación. Se lo pasa a concebir en el artículo 11 como "un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos en conformidad a las reglas que prescribe este Código". Es decir, se lo aleja de la noción de propiedad, para posibilitar dogmáticamente su "expropiación" y la aplicación de la tasa de uso racional y beneficioso. A tal punto que, incluso, se prohibe la adquisición del dominio por prescripción tanto sobre las aguas como sobre el derecho a usarlas, porque unas y otros se transforman en cosas extracomercium de lleno en el ámbito del dominio público.

En efecto, además, el artículo 12 dispone que "no podrá cederse el derecho de aprovechamiento", permitiéndose sólo la "subsistencia" en favor del adquirente de un inmueble para el cual las aguas fueron destinadas, del derecho de usar las mismas. Para dichos efectos, debía plantearse ante la D.G.A. un proyecto de distribución de aguas, que debía resolverse dentro del plazo de 120 días, y de aprovechamiento al adquirente. Dicha norma nunca se aplicó totalmente.

Por otra parte, el artículo 30 contiene un elenco de causales de caducidad muy amplio, dentro de las cuales destacan la no utilización del agua durante dos años consecutivos, la utilización diversa a la autorizada, la cesión del derecho de aprovechamiento con infracción legal, el no cumplimiento de los trámites derivados de la concesión provisoria, etc.

Los otros aspectos, en general, se conservan; incluso una normativa exactamente igual para "las mercedes de aguadas en las provincias de Tarapacá y Antofagasta", ya comentada.

La policía de aguas se mantiene en lo tocante a distribución y otros aspectos, en las asociaciones de usuarios; pero se destina todo el título V del Libro Segundo de la Dirección General de Aguas, con fuertes facultades de intervención.

En este contexto, queda configurado un cuadro total despatrimonialización de la gestión hídrica.

4.- Las bases del Código de Aguas 1981.-

Resulta indiciario constatar, como un hecho que refleja el grado de complejidad que había alcanzado la temática de las aguas, después de tan gravitantes transformaciones, que el régimen militar recién entró a intervenir en la regulación de las mismas mediante

D.L. Nº 2.603 de 1979, de reforma del Acta Constitucional Nº 3, y el D.F.L. 1-2603 de 1979.

Mediante el primero, básicamente se atribuyó naturaleza patrimonial a los derechos de aguas, estableciendo que: "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos"; norma que es esencial en el nuevo régimen general de aguas, que se incorporó al artículo 19, número 24, inciso final, de la Constitución Política de 1980.

El D.F.L. 1-2603, por su parte, reguló lo relativo a transferencias y adquisición del dominio sobre derechos de aguas.

Con ello, quedó definido el criterio regulador del régimen de aguas vigente.

En efecto, hoy las aguas conservan su calidad de bienes nacionales de uso público, pero con una intervención de la administración tan reducida y un derecho de particulares tan fortalecido, mos propietas, que en el fondo, es cierto que no se divisa el alcance de dicha dominicalidad pública, más allá de la presencia de una autoridad ordenadora de las diversas pretensiones sobre parcelas de dominio público hídrico; en el solo sentido de constituir y otorgar formalmente el derecho al interesado.

El procedimiento concesional, se conserva en el núcleo con respecto a las aguas subterráneas, con una regulación técnicamente superior a la anterior en la resolución D.G.A. 207 de 1983, en cuanto ésta incorpora los conceptos de distancias áticas, niveles freáticos y algunas medidas de protección. El derecho se otorga según la prioridad en el tiempo al formular la petición.

En materia de aguas superficiales, en cambio, se introduce una reforma radical: si existen dos o más interesados en ellas, se sacan a remate público y sobre esta base se otorga el derecho de aprovechamiento al mejor postor. Excepcionalmente, puede el Presidente de la República, tratándose de aguas superficiales, en el caso del artículo 141, inciso tercero, esto es, de concurrencia de pretensiones opuestas, y dándose otros requisitos, constituir directamente el derecho. No hay concesiones provisionales ni justificaciones previas de la seguridad del uso efectivo del agua.

Los derechos de aprovechamiento, en consecuencia, no se otorgan en base a ninguna ordenación de prioridades sino con un criterio de mercado, en el sentido de que quien pague más por las aguas las tendrá, en el caso de las superficiales; sobre la base del predicamento conforme al cual se estará en situación de pagar un mayor precio en la medida que la utilización que privadamente se le dé al agua consista en aportar a un proceso productivo más rentable e, indirectamente, de mayor beneficio social. Tratándose de las subterráneas, se otorgan en base a la preferencia temporal; pero, una vez creados, los derechos de aprovechamiento entran a una dinámica de mercado.

En efecto, el derecho de aprovechamiento ahora pasa a ser conceptuado como un derecho real que recae sobre las aguas y que **consiste en el uso y goce de ellas**, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el Código. Y sobre este derecho, su titular tiene dominio para usar, gozar y disponer de él, en conformidad a la ley.

Lógicamente, el derecho es perfectamente transable. No sujeto a causales de caducidad (salvo algunas muy aisladas) ni a plazos, ni a fines específicos.

Por otro lado, se crea el concepto de derecho de aprovechamiento no consuntivo, con fines básicamente energéticos, en la línea de utilizar las aguas tantas veces cuanto sea posible, para su más eficiente asignación.

Finalmente, la policía de aguas se encarga a la Dirección General de Aguas, a los particulares -especialmente a través de la asociación de usuarios- y, en el contexto del sistema, al Poder Judicial.

No existe en este nuevo modelo, originalmente, ningún estatuto diferencial regional.

III.- Conclusiones.-

La evolución del Derecho Nacional de Aguas, precodificado y codificado, analizado desde el ángulo de la admisibilidad de los regímenes diferenciales, arroja las siguientes conclusiones:

1.- En general, toda regulación jurídica de las aguas aborda el tratamiento de las cuatro cuestiones fundamentales relativas a la definición del dominio sobre las aguas, de un mecanismo de asignación del recurso hídrico, de la naturaleza y contenido de los derechos de los particulares sobre las aguas, y de la policía de aguas.

2.- Los elementos dogmáticos anteriormente señalados, son conjugados de manera diversa en cada uno de los contextos socio-políticos de generación de las normas de derecho de Aguas, según las ideas dominantes en cada época particularmente en materia económica.

3.- En el tiempo han coexistido simultáneamente definiciones básicas contenidas en un ordenamiento de régimen jurídico general para las aguas, con normas regionales. Pero, más que adecuarse el ordenamiento general a las especificaciones locales, ha ocurrido el proceso inverso según el cual muchas normas de Derecho de Aguas han sido gestadas en sede local o regional y, posteriormente, se han trasladado al ordenamiento nacional.

4.- La tendencia histórica se ha caracterizado por impulsar la supresión de los estatutos diferenciales de aguas hacia la composición e integración de un ordenamiento jurídico de general aplicación sobre la materia.

5.- Con todo, Antofagasta nunca ha tenido un completo régimen diferencial de aguas sino sólo regulaciones especiales puntuales que han abordado ciertas asignaciones hidrológicas más que la integridad de la gestión hídrica de la región.

6.- En ese contexto, resultaría admisible jurídicamente un régimen diferencial de aguas congruentes con dicha evolución, sólo en la medida en que el mismo, para la región, consista en potenciar o acentuar algunos de los instrumentos validados en el sistema nacional sin contradecirlo, como por ejemplo intensificar algún grado de intervención de la Administración, establecer cargas a beneficio público en el aprovechamiento privado de la aguas, etc.

7.- En todo caso, lo anterior pone de manifiesto la necesidad de revisar incluso el Derecho de Aguas nacional, por cuanto no sólo la región de Antofagasta tiene problemas especiales de gestión hídrica, en términos tales que toda región económica

merece una normativa adecuada especialmente en el contexto de un ordenamiento nacional.

TERCERA PARTE: DIFERENCIALES JURIDICO REGIONALES EN EL USO SECTORIAL DE LOS RECURSOS HIDRICOS.-

I.- Uso hidrológico minero.-

En el ámbito de la regulación jurídica de los recursos naturales, se han perfilado dos ramas del Derecho -el de minas y el de aguas- las cuales, incluso participando de un conjunto de características comunes (para algunos, un "núcleo dogmático" o "matriz disciplinar" común, parafraseando una conocida obra de T.S.KUHN, 1992), tendrían empero una serie de diferencias específicas que vendrían impuestas por la naturaleza de las cosas, en el obvio sentido de un objeto material de regulación distinto: el Derecho Minero para las minas; el Derecho de Aguas para las aguas (Guaita, 1986. Gallego Anabitarte et al, 1986).

El presente trabajo pretende poner de manifiesto cierta insuficiencia de ese criterio material de distinción; llamar la atención sobre los conflictos que dicha carencia provoca; y establecer algunos principios -de lege lata y de lege ferenda- para resolverlos, con especial énfasis en las aguas mineralizadas. Todo lo cual, como es sabido, incide en una esfera de actividad económica de gravitación fundamental para el país.

En efecto, la realidad hidrogeológica nos ofrece el hecho de que muy frecuentemente la mineralización en una zona está asociada con las aguas, en términos tales que, por ejemplo, en el laboreo de una mina subterránea se hallan aguas (sean fósiles o napas); que los desechos de un proceso de beneficio húmedo minero se aglomeran en un tranque o se abandonan en un cauce (caso de los relaves), o se acumulan en un cuerpo sólido con un fuerte componente de aguas (caso de los relaves tipo tortas de ripio); o que en el álveo de un cauce superficial se produzcan acumulaciones minerales detríticas por un proceso mecánico de desgaste de rocas por las aguas (caso de los placeres metalíferos); o que ciertas aguas contengan algún grado de elementos minerales que les den ciertas propiedades salutíferas (caso de las aguas minero-medicinales); o que, incluso más, la mineralización misma se manifieste en partículas suspendidas o disueltas en un medio acuoso, como ocurre con los salares.

En muchos de estos casos, el predicamento puramente material de distinción (basado en la mera dicotomía agua-versus-mineral) para determinar la operatividad del Derecho de Minería o del Derecho de Aguas, no resulta completamente aplicable. Particularmente porque incluso químicamente toda agua siempre tiene algún componente mineral, lo que influye en la naturaleza del interés que sobre ella se tenga; en términos que si la presencia de mineralización en el agua es económicamente rentable, pasa a constituir geológicamente un genuino yacimiento. Lo cual, como es fácil de imaginar, no se inserta cómodamente en uno u otro sistema jurídico-positivo, diseñados y desarrollados sin considerar ese hecho.

Si a lo anterior se añade que además las aguas son pieza fundamental en toda explotación y beneficio mineros, pero que al mismo tiempo son objeto de vital interés en cuanto tales para fines domésticos, industriales, agrícolas, energéticos o de preservación

medioambiental, el cuadro total resulta complejo (Piqueras, 1992. Quintana López, 1987. Ponte Iglesias, 1989).

En ese marco: ¿es posible sostener -al menos hipotéticamente- que la concesión minera tiene por objeto los minerales y nada más que los minerales, del mismo modo que el derecho de aprovechamiento de aguas (también un tipo de concesión) alcanza a las aguas y solamente a ellas?. Veremos que tanto en teoría cuanto históricamente como incluso de lege lata, ello no es así. Sin embargo, tal situación dista mucho de ser coherente.

Efectivamente, en el Derecho Minero vigente, modelado constitucionalmente en función de la especificidad de su objeto -las minas-, se aprecian ciertos puntos de conexión con las aguas que requieren una comprensión más cuidadosa. Tales puntos de contacto, se han localizado en el equivalente actual a los temas de derecho de aprovechamiento de aguas ex lege del titular de concesión minera, y los relaves. Cabe agregar la situación de los placeres metalíferos y, además, el tratamiento de las partículas minerales naturalmente en suspensión o disolución. Por último -aunque con el Derecho Minero vigente la conexión no es más que etimológica-, se sitúan aquí dogmáticamente también a las aguas minero-medicinales y, además, ciertos aspectos relativos a servidumbres, puntos -estos dos últimos- sobre los cuales no abundaremos atendida la extensión de este trabajo (Villar Escurra, 1980).

Cada una de dichas situaciones participa de la característica común de que, en ellas, se produce una suerte de intersección o confluencia de esferas de regulación jurídica, entre las minas y las aguas, pero son resueltas de modo diverso; esto es, sin un mismo criterio regulador y, a veces, se observan francas lagunas normativas.

1.- El aprovechamiento minero y de aguas en los salares.-

Las normas fundamentales que fijan el régimen de la minería en Chile, de rango constitucional, tradicionalmente han sido interpretadas como un mecanismo de articulación y solución de los intereses del Estado, del industrial minero y del superficiario, de un modo ampliamente conocido. Sin embargo, nos parece indiscutible que también cabe desentrañar en la integración de esa ecuación constitucional los intereses en el aprovechamiento de aguas, máxime si estas últimas son consideradas en general como un bien distinto. De manera que son, en verdad, estas cuatro perspectivas puramente patrimoniales -sin perjuicio de su sustentabilidad ecológica- las que deben resolverse, aunque a propósito de las aguas no exista realmente un modelo único y lineal, como en los demás aspectos, según pasaremos a demostrar.

Así, se establece que "El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas" (más bien, yacimientos) (Tala, 1992), "comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, **los salares**, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas". Añadiéndose que "Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas". Para luego disponer que "Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación". (Artículo 19, Nº 24, inciso sexto e inciso

séptimo, primera parte, CPR 80). Y enseguida el artículo 28 del CMi 83 define la concesión minera espacialmente, diciendo que "La extensión territorial de la concesión minera configura un sólido cuya cara superior es, en el plano horizontal, un paralelogramo de ángulos rectos, y cuya profundidad es indefinida dentro de los planos verticales que lo limitan"; en términos tales que "Sólo desde que quede constituida la concesión, el titular podrá efectuar los trabajos que estime necesarios para la exploración y, en su caso, también para la explotación de la mina, según la especie de concesión de que se trate" (Artículo 107, CMi 83); y sólo dentro de sus límites, ya que "Se prohibe al minero internarse con sus labores en concesión minera ajena" (Artículo 139, CMi 83) o en terrenos francos.

Una lectura tradicional de dicho cuerpo de normas, integra sin inconvenientes el régimen minero de un yacimiento fósil en términos comunes, como puede ser una anómala aglomeración de sustancias minerales de oro, cobre o plata, en un terreno cualquiera, que sea de explotación rentable, generalmente del tipo veta. Allí, el Estado es dueño del yacimiento, otorgará concesiones mineras al industrial minero en forma de sólidos paralelogramos y el superficiario tendrá derecho a una indemnización de perjuicios por concepto de servidumbre. Y, además, bajo ciertos supuestos -que pormenorizaremos infra- el concesionario minero tendrá derecho de aprovechamiento de aguas.

Sin embargo, parece no haberse analizado lo suficiente el hecho de que la relación dominial minera del Estado está estructurada de tal modo, que no sólo alcanza a yacimientos fósiles -en el sentido de soterrados- sino también a concentraciones de minerales producidas en medios líquidos, como son los hidrocarburos líquidos y las sustancias minerales existentes en salares, o las mineralizaciones de arenas metalíferas que se acumulan en un lugar a consecuencia de un lento proceso de desintegración mecánica y transporte por el agua. Si se piensa que se incluyó también en el concepto constitucional de mina-yacimiento a las covaderas, resulta evidente que el criterio de la taxonomía es fundamentalmente económico y no reposa sobre la base de alguna identidad histórico-geológica común.

Sobre todos estos tipos de yacimientos, el Estado otorga concesiones y, dejando de lado los hidrocarburos, dichas concesiones se definen como un sólido, pero no en sentido físico sino geométrico-tridimensional.

Consecuentemente, existen con arreglo a la Constitución yacimientos líquidos, esto es, concentraciones de sustancias minerales de interés económico yacentes en un medio acuoso, como es, fundamentalmente, el caso de los salares.

Ahora bien: el texto constitucional mueve a pensar que el constituyente predicó respecto de dominio estatal sobre los yacimientos mineros, una serie de atributos tendientes a reforzar la naturaleza de tal derecho. Pero, al mismo tiempo, enfatizó los objetos materiales de dicho derecho de dominio público minero; y, para evitar toda duda, definió como mina-yacimiento, entre otros, a los salares, para después desarrollar lo relativo a las concesiones mineras que se otorgan sobre esos yacimientos mineros. Es decir, el salar es, para la Constitución, un yacimiento minero objeto de concesión minera judicial en tanto cuanto contenga sustancias concesibles o no esté situado en ciertos lugares especiales.

Por consiguiente, el alcance de la concesión minera de exploración constituida sobre un yacimiento minero tipo salar, viene dado por la naturaleza y composición de este

último. La Constitución no define al salar, pero con arreglo a las normas de hermenéutica generalmente aceptadas (Cea, 1991 y 1992), es dable acudir a los artículos 20 y 21 del Código Civil. El sentido natural y obvio y el que la ciencia de la geología otorga a la expresión salar, se encuentra acogido -a propósito del pago de patente minera rebajada- en el artículo 60, inciso final, del Reglamento del CMi 83, conforme al cual "Se entiende por salar el depósito salino superficial, constituido por una costra salina de espesor variable, con soluciones salinas ocluidas, que descansa generalmente sobre material detrítico, como arcilla, limo, arena u otros similares, en una cuenca cerrada o con escaso drenaje, que constituye su basamento".

Por lo tanto, la noción de salar configura una unidad compuesta por la costra superficial y el basamento que es la cuenca en que reposa, cuenca cerrada a la circulación de las aguas (aguas fósiles) o con escaso drenaje (napas subterráneas). Por ello pensamos, parafraseando al jurista argentino Guillermo Cano, "que conviene poner a la luz para facilitar la hermenéutica y la comprensión del cuerpo legal un principio implícito pero que campea en el sistema: el principio de la unidad geológica en Derecho Minero" (Cano, 1979).

Con arreglo a dicho principio, en su formulación primitiva, "cada yacimiento lo considera y trata el Código como tal, como una unidad, un todo físico, que es, trascendiendo los límites artificiales trazados por el hombre" (Cano, 1979). Obviamente en nuestro régimen concesional minero, la raiz del sistema reposa sobre divisiones artificiales. Pero, si bien se mira, el objeto de esa división en sólidos espaciales es, de suyo, una unidad geológica, que constituye un yacimiento. Pensamos que, en el caso de los salares, ello viene impuesto por razón de texto constitucional.

Lo anterior significa que la configuración espacial que adopta la concesión minera en tanto sólido, recae sobre toda la unidad geológica que constituye el yacimiento sobre la cual se otorga dentro de ciertos confines.

En el caso de los salares, ello implica que la pertenencia recae sobre un objeto constituido por todas las sustancias concesibles existentes dentro de sus límites, aunque tales sustancias se encuentren suspendidas o disueltas en el agua fosilizada o circulante en la cuenca que constituye el basamento del salar, aguas que forman parte integrante de este último como unidad.

Así, el concesionario minero puede extraer las aguas del salar para arrancar el mineral, incluso evaporar ésta, bajo el amparo de su pertenencia minera. Porque además no se aprovecha el agua en cuanto tal sino en la medida naturalmente impuesta para ejercer los derechos derivados de su pertenencia, en orden a apropiarse de los minerales. En ello, por lo demás, ocurre lo mismo que en un veta cualquiera, en tanto cuanto resulta en éstas indispensable remover y extraer el material terroso unido a la mineralización, y que se separará en el proceso de beneficio, a lo cual implícitamente tiene derecho el titular de la pertenencia, como expresa Carlos Ruíz Bougeois.

Sin embargo, a propósito de los salares existe una diferencia de importancia radical. El agua existente en la cuenca que le sirve de basamento a la costra superficial, configura al salar como unidad geológica, todo lo cual es, para la Constitución, un yacimiento minero, objeto de concesión minera, de tal modo que en el caso de los salares la concesión minera recae **directamente** también sobre el agua que no es sino el medio en el cual se encuentran las sustancias concesibles objeto de la concesión, las cuales aguas deben ser

aprovechadas como una condición necesaria e ineludible para el aprovechamiento minero, de modo tan inherente a la pertenencia que tal derecho emana directamente de la Constitución, más allá de los límites del artículo 110 del CMi 83.

Tan evidente es dicho predicamento, que se comprueba atendiendo la situación actual de pertenencias para explotar litio, sustancia concesible bajo el CMi 32, con arreglo a su artículo 3, inciso primero, permaneciendo aún vigentes las pertenencias constituidas sobre salares para aprovechar litio, según la Disposición Segunda Transitoria de la CPR 80. En esos casos, el litio se encuentra en el agua existente en la cuenca hidrográfica que configura el salar, es decir, en un medio acuoso.

Las consecuencias del principio de la unidad geológica a este respecto, son de la máxima importancia. En efecto, toda vez que el salar -y también el agua que lo configura- es constitucionalmente un yacimiento minero, su aprovechamiento sólo puede efectuarse vía concesión minera, judicial o administrativa, según los casos. Lo que significa que la Dirección General de Aguas o el Presidente de la República, están inhibidos de otorgar derechos de aprovechamiento de aguas orgánicamente tales sobre las existentes en salares, ya que éstos son para la Constitución, en toda su unidad, un yacimiento. Si de hecho se otorgaren, ello implicaría vulneración del principio de supremacía constitucional, y tal acto de concesión sería nulo en conformidad al artículo 7 de la CPR 80.

Por consiguiente, sobre un salar sólo pueden existir concesiones mineras y no derechos de aguas sensu stricto. Lo cual se confirma si se piensa que, de no aceptarse este criterio, el sistema minero colapsaría, toda vez que bajo la torcida justificación de un derecho de aprovechamiento de aguas, se estarían extrayendo minerales sin la participación a beneficio público que implica el régimen de amparo minero.

Sin embargo, hay vacíos en la regulación. Porque en la práctica es posible en los salares, mediante una intensa explotación de los minerales yacentes en un medio líquido, perjudicar al concesionario de explotación vecino, sin que exista técnicamente la conducta de internación pero sí su resultado. Ello, porque la succión de las aguas mineralizadas, al deprimir el nivel freático, altera la concentración de la mineralización, y causa su migración hacia un sector del salar en desmedro de otro, pudiendo además alterarse la recarga de la cuenca. Todo lo cual requiere una intervención legislativa aún pendiente, mas dentro del marco constitucional referido.

2.- El aprovechamiento minero y de aguas en los placeres metalíferos.

La relación mina-yacimiento-aguas se manifiesta también en el caso de las arenas metalíferas -de concesibilidad no judicial atendida su situación- y de los placeres metalíferos. Inmediatamente antes del régimen minero vigente, tuvieron un estatuto especial diseñado en el DL Nº 1.090 de 9 de julio de 1975, DL 1.267 de 12 de Diciembre de 1975, y, en particular, por el artículo 8, inciso penúltimo, del Reglamento del CMi 32, cuya definición de placeres metalíferos ha sido reproducida por el artículo 60, inciso segundo, del Reglamento del CMi 83, conforme a la cual: "...constituyen placeres metalíferos los depósitos naturales de ripio, grava, arena, limo, arcilla, o materiales similares, no consolidados, que contienen concentraciones de partículas o trozos de metal nativo o combinado que provienen de la destrucción mecánica, desintegración o erosión de rocas sólidas o vetas y que han sido transportados hasta el lugar de su acumulación".

En la actualidad, el único tratamiento especial para este tipo de yacimientos consiste en la aplicación de una patente minera rebajada, conforme al artículo 142 del CMi 83.

Por otra parte, en la medida en que, evidentemente, cuando se desarrolla la industria minera en placeres metalíferos se trata de ejecutar labores mineras a menor distancia de cincuenta metros de "defensas fluviales, cursos de agua y lagos de uso público", deberá contarse en los casos ocurrentes con el permiso del Gobernador respectivo, conforme al artículo 17, número 1º, del CMi 83, y artículo 3 y siguientes de su Reglamento.

Con todo, es importante destacar que, en el caso de los placeres metalíferos, el agua se comporta sólo como un medio de transporte de las partículas mineralizadas, de tal modo que el yacimiento logra un asentamiento localizado física y determinadamente, lugar en el cual puede perfectamente mensurarse y otorgarse una concesión minera conforme a las reglas generales.

El minero requerirá aguas para su labor de explotación. En este caso, atendida su naturaleza, se trata de una suerte de aprovechamiento no consuntivo de las aguas, para los efectos de removerlas en el lugar de acumulación de los minerales para extraer los mismos del depósito. Pero no se trata del derecho de aprovechamiento que acuerda en general el artículo 110 del CMi 83, ya que esa disposición dice relación con las aguas "halladas" dentro de los límites espaciales de la concesión minera, lo cual, como infra veremos, quiere decir aguas "subterráneas alumbradas", según su clara historia fidedigna.

Por consiguiente, la facultad del concesionario minero sobre placeres metalíferos para aprovechar las aguas superficiales existentes en su concesión, de manera no consuntiva, constituye un poder implícito e inherente a un concesionario minero de esa especie, lo mismo que la facultad de un concesionario minero sobre yacimientos tipo veta o mantos para remover el material terroso.

Fuera de esos límites, el concesionario minero sobre placeres metalíferos requiere un derecho de aprovechamiento de aguas constituido originariamente por resolución de autoridad competente. De esta manera, sobre el curso de agua en cuyo lecho yace el placer metalífero, la DGA indiscutiblemente podrá constituir derechos de aprovechamiento de aguas en favor de terceros diversos del minero; pero este último, a título de concesionario minero, y como un poder inherente a su derecho real, podrá aprovechar no consuntivamente las aguas con la limitación de no afectar su disponibilidad cuantitativa, calitativa o jurídica, toda vez que esto último escapa al ámbito de las facultades mineras e interferiría la regulación jurídica de las aguas.

3.- El aprovechamiento minero y de aguas en los relaves.-

Julio Ruíz Bourgeois, ya en el año 1942, aportó un concepto de los relaves en conjunto con las escorias, diciendo que "Las escorias y relaves son los residuos o desperdicios que quedan del beneficio de los minerales hechos en los establecimientos correspondientes... y los relaves provienen del beneficio de vía húmeda o líquida. (Los que) quedan... en las plantas concentradoras o de cianuración" (Ruíz Bourgeois, Julio, 1942). Dicho concepto era funcional al régimen de concesibilidad de desmontes, escorias y relaves, que establecía el artículo 7 del CMi 32. Pero posteriormente, en el año 1966,

Noemí Rojas Llanos -en una memoria de prueba dirigida por Carlos Ruíz Bourgeois (Rojas, 1966), puso de manifiesto cierta insuficiencia de dicha concepción, particularmente en cuanto a la distinción entre relaves estáticos y dinámicos, sobre la que insistiremos infra.

Muchos son los problemas que generan los relaves en el presente, y arduos también han sido en el pasado aunque bajo un marco jurídico-positivo distinto. Hay en todo ello, también, evidentemente, una estrecha vinculación entre el Derecho Minero y el Derecho de Aguas.

En efecto, los relaves -cualesquiera sea su clase- no están incluidos en la enunciación constitucional de los objetos de dominio público minero. Es sólo el artículo 3, inciso tercero, de la LOCCM, el que dispone que "las sustancias minerales concesibles contenidas en desmontes, escorias o relaves, abandonadas por su dueño, son susceptibles de concesión minera junto con las demás sustancias minerales concesibles que pudieren existir en la extensión territorial respectiva"; lo cual es desarrollado en el artículo 6 del CMi 83.

Consecuentemente, es manifiesto que los relaves, una vez producidos, pertenecen al dueño del establecimiento de beneficio que compró los minerales, bajo una suerte de accesión discreta que en la especie consiste en un subproducto de una cosa -los minerales- beneficiada por el dueño del establecimiento separando lo útil de la ganga. Algunos de esos relaves, atendida su concentración, serán aprovechados en embalses o tranques. Otros serán abandonados.

Una vez abandonados, de aplicarse el Derecho Civil, pasarían a ser res derelictae susceptible de ser objeto de invención o hallazgo para entrar al patrimonio del primer ocupante.

Sin embargo, a partir de la LOCCM -como supra se vió-, el Derecho Minero hace a esas cosas abandonadas objeto de concesión minera, bajo ciertos supuestos, que no son sino los requisitos establecidos por la ley para adquirir el dominio de ese bien. Dichos requisitos están pormenorizados en el artículo 6 del CMi 83, disposición de la cual -en lo tocante a este análisis- cabe destacar que se refiere a los relaves que contengan sustancias concesibles que "se encuentren en terrenos abiertos y francos" (artículo 6, inciso tercero, in fine).

De lo anterior se desprende que, al igual que en el CMi 32, los relaves objeto de concesión minera sólo son los llamados por la doctrina "estáticos". Es decir, el relave "que se encuentra en terrenos de los establecimientos", lo que en concreto se refiere a los tranques de relaves y a las tortas de ripios. De manera que, aunque un tranque de relaves contenga evidentemente aguas en cantidad importante, sólo puede ser objeto de concesión minera; lo mismo que una torta de ripio que contiene agua, a tal punto que muchas veces lixivia naturalmente (lo que origina otros problemas relativos al aprovechamiento de aguas subterráneas, según veremos infra).

Sin embargo, aunque no existe una enunciación gramatical textual en la ley que así lo diga literalmente, el contenido del artículo 6 del CMi 83 y del artículo 3 de la LOCCM -en cuanto este último habla de la "extensión territorial respectiva"- indican que no hay concesibilidad minera en los relaves móviles, esto es, aquellos desechos de procesos de beneficio húmedo de minerales que se abandonan en los cauces de los ríos, escurriendo los mismos con su caudal.

Por consiguiente, cabría preguntarse bajo qué modalidad jurídica se aprovecharían esos minerales en suspensión o disolución en un río; si por la vía minera o de aprovechamiento de aguas. Históricamente, el problema se planteó en el Arroyo Salado -tributario del Río Loa en la Segunda Región- y en el Río Salado -que desemboca en la bahía de Chañaral en la Tercera Región-. Si bien en algunos casos hubo concesiones mineras, en general las pugnas por su aprovechamiento se radicaron en sede de aguas, por la vía de una merced especial, discutiéndose si bastaba aquella de aprovechamiento industrial o si era menester una especial consuntiva para el efecto (Rojas, 1966).

Jurídica y políticamente la problemática resultó tan compleja (por su impacto social), que para el Río Salado se puso en vigencia una ley especial, la Nº 17.624 de 29 de Febrero de 1972, conforme a cuyo artículo 1º: "Sin perjuicio de los derechos que deriven o puedan derivar de las mercedes de agua que se otorguen en el río Salado del departamento de Chañaral, provincia de Atacama, declárase que todos aquellos que se han instalado en el curso de dicho río, para extraer las piritas de cobre en suspensión que aquél arrastre, serán considerados, para todos los efectos legales, como titulares en el dominio de los concentrados de cobre que obtengan, siempre que concurran las siguientes circunstancias...", que dicha ley fija, poniendo fin a esa específica polémica, hasta que dichos derechos así reconocidos fueron subordinados con posterioridad a la protección del medioambiente.

Con todo, hoy la solución discurre por la negación o supresión del problema. Porque, particularmente a partir de la paradigmática sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de 23 de Junio de 1988, confirmada por la Excma. Corte Suprema (autos rol N° 2.052 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó), las normas constitucionales y legales de protección del medioambiente sancionan como un acto ilícito la contaminación de los cursos de aguas por la vía del abandono de relaves, razón por la cual, más que definir a quien pertenece su aprovechamiento, el sistema jurídico ha reaccionado enérgicamente para producir la desaparición de la cuestión de hecho, afirmando un criterio de sustentabilidad ecológica del desarrollo económico.

En todo caso, con respecto a las situaciones ya producidas, sobre todo de contaminación minera de fondos marinos, se han gestionado contratos especiales de operación, atendida la inconcesibilidad de las sustancias por su localización, no sin antes haberse desechado peticiones de concesión minera en régimen judicial manifiestamente improcedentes.

4.- El aprovechamiento de aguas del concesionario minero y el derecho real de aprovechamiento de aguas orgánicamente tal.-

Claros antecedentes históricos, demuestran la constante asociación a la concesión minera del derecho de aprovechar las aguas que el minero requiera para sus labores. En Chile, su evolución y perfiles ha sido reconstruida en la ya citada obra de Noemí Rojas. Con todo, hoy, en un nuevo contexto legislativo, han emergido dificultades de interpretación y aplicación de la normativa atingente.

Desde luego, el artículo 110 del CMi 83, otorga el derecho de aprovechamiento de aguas al concesionario minero, al establecer que "El titular de concesión minera tiene, por el sólo 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, explotación y beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta".

Por consiguiente, es claro que toda concesión minera es también concesión de aprovechamiento de aguas, dentro del marco de esa norma. Lo cual es compatible con el inciso final del número 24 del artículo 19 de la CPR 80, en la medida de que se trata de un derecho de particulares sobre las aguas "reconocidos o constituidos en conformidad a la ley", que, por ende, otorga a su titular propiedad sobre ellos. Aunque, como se lee en la segunda parte del artículo 110 citado, el derecho de aprovechamiento de aguas del minero es inseparable de su concesión minera, es decir, inherente de tal modo a ella, que no se pude gravar ni enajenar separadamente y sólo se extingue con la concesión minera misma. No es que no haya facultad de disposición, sino que ella sólo existe juntamente con la concesión minera.

Además, aunque la norma habla de aguas "halladas", se entiende por su historia fidedigna que sólo se refiere a las aguas subterráneas alumbradas en el perímetro de la concesión minera (Rojas, 1966). Porque sólo se puede explorar con el fin de alumbrar aguas subterráneas en terreno privado o ajeno o en bienes nacionales, con el permiso de quien corresponda. De manera que, puesto que dichos permisos en general no son aplicables al concesionario minero, si este último encuentra aguas en terreno ajeno dentro de los límites de su concesión, no puede entenderse que jurídicamente las alumbra (ya que no tiene el permiso para ello del superficiario) sino que las halla, en conformidad al Código Minero.

Por otro lado, dicho derecho de aprovechamiento de aguas corresponde a todo concesionario minero, tanto titular de concesión de exploración como de pertenencia. Y alcanza no sólo a la explotación, sino a la exploración y beneficio.

Ahora bien: desde el ángulo del Código de Aguas, se reconoce al minero un derecho de aprovechamiento de aguas en un sentido similar, al disponer su artículo 56, inciso segundo, que: "Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación".

Como se ve, el Código de Aguas fija al minero un derecho de aprovechamiento de aguas más restringido que el Código de Minería. Porque en el artículo 56 citado, el aprovechamiento de aguas sólo corresponde al titular de pertenencia y para la explotación. En cambio, en el Código Minero, corresponde al titular de pertenencia y de concesión para explorar, y con el objeto de explorar, explotar y beneficiar los minerales. De tal manera que el artículo 56, inciso segundo, del Código de Aguas es incompatible con el artículo 110 del Código Minero.

Lo anterior, suscita la cuestión de la definición de la norma aplicable. Pensamos que materialmente, prima la norma del Código Minero porque es especial (en la norma de aprovechamiento de aguas para el minero, que acuerda el Código de Minería) y porque es posterior (lo cual implica una revalorización del órgano legislativo de la norma de que se trata, en el sentido de ampliarla). Y, por ende, dada esa incompatibilidad, en tanto el Código de Minería de 1983 reconoce al minero derechos de aprovechamiento de aguas que el Código de Aguas de 1981 niega, rige el artículo 244 del Código de Minería, conforme al cual "Derógase toda disposición legal o reglamentaria contraria o incompatible con los

preceptos de este Código". Por consiguiente, pese a que en el uso foral el inciso segundo del artículo 56 del Código de Aguas se invoca, pensamos que técnicamente está derogado.

Consecuentemente, la problemática del conflicto entre el aprovechamiento de aguas ex lege del minero y el titular de un derecho de aprovechamiento de aguas orgánicamente tal, debe juzgarse prescindiendo del artículo 56, inciso segundo, del Código de Aguas.

Ahora bien: fuera del caso de los salares, los placeres metalíferos y los relaves, la cuestión puede organizarse del modo siguiente:

a) Si en un sector hay aguas subterráneas y minerales, pero sólo existe un derecho de aprovechamiento de aguas orgánicamente tal, a dicho concesionario corresponderán las aguas y no los minerales, ya que el Código de Aguas no reconoce derechos mineros al concesionario de aguas.

b) Si en un sector hay aguas subterráneas y minerales, pero sólo existe una pertenencia minera, a dicho concesionario corresponderá el aprovechamiento minero y el de las aguas en conformidad al artículo 110 del CMi 83.

Es decir, realmente en los casos anteriores no hay un genuino conflicto y se aplica simplemente el principio de especialidad de la concesión.

c) Si en un sector hay aguas subterráneas y minerales, y, existiendo una pertenencia minera constituida, se pide un derecho de aprovechamiento de aguas orgánicamente tal, al concesionario minero corresponderá el aprovechamiento minero y el de aguas conforme al artículo 110 del CMi 83, y el solicitante de aguas sólo podrá obtener un derecho de aprovechamiento de aguas de ejercicio eventual, esto es, con la facultad de usar el agua en el caudal que corresponda a su título constitutivo, pero sólo después de abastecido el concesionario minero. Porque el derecho de aprovechamiento de aguas del minero es consuntivo, permanente y contínuo, y no expresado en volúmen por unidad de tiempo sino "en la medida en que tales aguas sean necesarias" para la exploración, explotación y beneficio mineros.

Es decir, en esta hipótesis, hay una clara preferencia temporal (prior in tempore potior in iure), pero también articulada en función de una preferencia material de la actividad minera, en cuanto la medida del aprovechamiento de agua preferente de esta última queda por entero encargada a lo que necesite el minero.

d) Si en un sector hay aguas subterráneas y minerales, y, existiendo un derecho de aprovechamiento de aguas constituido, orgánicamente tal, se constituye además una concesión minera en el mismo ámbito espacial, se presenta, en verdad, el problema más complejo.

En efecto, asistimos aquí a una genuina superposición de derechos de aprovechamiento de aguas, cuyos títulos emanan de órganos diversos, y que no tiene regulación ni sanción expresa. El titular de aguas orgánicamente tal, tiene a su favor la prioridad en el tiempo de un derecho ya adquirido. El titular de aguas vía concesión minera, tiene en su favor también un derecho adquirido, aunque posterior, pero en función de una esfera de actividad económica que, como la minera, tiene preferencias desde sus raíces constitucionales. Hay aquí, con todo, un vacío legal, sin perjuicio de las connotaciones constitucionales relativas a la protección del dominio.

Además, un matiz completamente diverso ofrece el problema cuando se trata de derechos de aprovechamiento de aguas orgánicamente tales ya constituidos, pero sobre un curso de agua subterránea mineralizada (algunos hablan de "contaminación natural"). Se trata de aquellas aguas subterráneas con un alto componente de mineralización, en términos que su aprovechamiento minero pasa a ser económicamente rentable.

Pensamos que, en esta última situación, existe algo de "fraude de etiquetas", por cuanto bajo el pretexto del aprovechamiento de aguas lo que interesa en verdad al titular es el aprovechamiento minero. Por especialidad, dichas aguas corresponden al minero, en tanto cuanto son el medio en el que están las sustancias concesibles objeto de su interés naturalmente y cubiertas por una concesión minera. Con todo, es plausible una intervención legislativa con arreglo a dichos principios.

Tal vez, por todo lo anterior, es que las modernas legislaciones tienden a separar el aprovechamiento minero del de aguas, otorgándose títulos concesionales distintos, con las adecuadas influencias procesales (Gallego Anabitarte, 1986). O, al menos, la tendencia a considerar la adquisición del aprovechamiento de aguas por la vía de la concesión minera como una cuestión distinta a su gestión, que alcanzaría al Derecho de Aguas.

5.- Conclusiones.-

Dentro de los propósitos de esta comunicación, fluyen las siguientes conclusiones:

a) No es posible articular la regulación de las materias de minas y aguas exclusivamente sobre la base de una simple distinción de su objeto físico, toda vez que, en los hechos, las aguas y los yacimientos están frecuentemente integrados en ámbitos de radical importancia.

b) En general, las cuestiones que suscitan las aguas mineralizadas, en ámbitos tales como los salares, los placeres metalíferos, los relaves y los aprovechamientos de aguas ex lege del minero, entran esencialmente en el ámbito del Derecho Minero.

c) Con todo, existen vacíos normativos o, al menos, dificultades de interpretación, que aconsejan una intervención legislativa, como sucede con la problemática de los aprovechamientos mineros en salares, con las superposiciones de derechos de aprovechamientos de aguas y con las aguas subterráneas mineralizadas naturalmente.

d) En todo caso, el Derecho vigente aporta ciertos principios reguladores que organizan la posible solución de dicha problemática. Tales principios son:

i) **La protección del medioambiente;** que, en función social del dominio, limita constitucionalmente cualquier especie de propiedad privada sobre recursos naturales.

ii) **La especialidad de la concesión;** en tanto cuanto el título concesional queda definido menos por un aspecto físico de su objeto que por su real finalidad económica, en el sentido que el aprovechamiento de los recursos naturales ha sido regulado a partir de definiciones constitucionales, en particular, **el principio de la unidad geológica en materia minera.**

iii) **La primacía de la actividad minera;** conforme a la cual se pueden imponer constitucionalmente limitaciones a la propiedad privada, sin perjuicio de las

indemnizaciones que procedan, la protección medioambiental y las restricciones establecidas para las labores mineras en la ley.

II.- Uso hidrológico agrícola.-

En la Región la polémica intersectorial de asignación del recurso hídrico entre el rubro minero y el rubro agrícola, ha producido opiniones encontradas. En efecto, algunos opinan, que la agricultura debe ser protegida en aras de la estabilidad de los asentamientos humanos en el Altiplano, particularmente por consideraciones de tipo geopolítico. Otros, en cambio, piensan que la decisión alternativa debe ser encargada a los mecanismos naturales del mercado, en términos tales que si, como en la realidad ocurre, el sector minero es mucho más rentable que el agrícola en la Región, este último debe enfrentar derechamente los ajustes pertinentes.

Una posición clara se encuentra en Karzulovic, 1991, con arreglo a la cual, sobre todo en las aguas de superficie del sistema hidrográfico del río Loa (que son las principalmente destinadas en la agricultura en la Región), éstas deben ser liberadas de los riegos de los centros de cultivos locales, con el propósito de "destinarlas a utilizaciones mucho más rentables, para Chile en lo general y para la Segunda Región en lo particular, como serían los abastecimientos adicionales a los actuales que requerirán, antes del año 2000, los crecimientos de los establecimientos mineros existentes y la puesta en funcionamiento de prospectos mineros importantes ahora en la fase de estudios o de anteproyectos" (Karzulovic, 1991).

El mismo autor propugna incluso, más drásticamente, que la solución de este conflicto intersectorial pasa por "decidir que el único gran centro agrícola que debería previligiarse en la Segunda Región, es de San Pedro de Atacama y áreas vecinas", recomendando también el diseño y aplicación de un plan integral adecuado.

Con todo, en la actualidad el problema ha sido tratado legislativamente sólo en forma incidental, aunque poniendo de manifiesto ciertas valoraciones políticas relevantes a los efectos de la temática de este informe. En efecto, hoy la única norma especial para la Región de Antofagasta vigente en el Código de Aguas de 1981, es la contemplada en el artículo 58, inciso final, en relación a lo dispuesto en el artículo 63, incisos segundo y tercero, de dicho Cuerpo de Leyes.

En su generación legislativa, dicha reforma (que culminó en la ley 19.145 de 25 de Julio de 1992) se apoyó en el predicamento conforme al cual el proyecto que la generó "se encuentra inserto dentro de un contexto mucho más amplio, que es la modernización, ordenación y racionalización de la ley de aguas. Dentro de ese ámbito, hay consenso en que deben existir normas más o menos diferenciadas, acordes con las distintas realidades geográficas. El país, dadas su extensión, latitudes, climas, etc., requiere necesariamente de enfoques distintos en lo que concierne al recurso natural del agua. A vía de ejemplo, en la zona de Calama, la pluviosidad anual es cero y, por el contrario, en la zona de Aysén, existen lugares donde la pluviosidad anual es superior a dos metros". Y de ello se extrae la conclusión -apurada a nuestro parecer- consistente en que "no es posible pensar que una misma ley, por muy perfecta que sea, contenga normas que puedan aplicarse a realidades distintas". (Informe de la Comisión de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones, sobre el proyecto de ley mencionado. Cámara de Diputados).

En concreto, sin embargo, fueron otras las motivaciones que respaldaron la reforma conforme a la cual "no se podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimentes áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la Dirección General de Aguas, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas". (Artículo 58, inciso final, Código de Aguas).

De esta manera, se intenta proteger asentamientos humanos de importancia geopolítica, evitar la marginalidad producto de las migraciones hacia sectores urbanos, y preservar el medioambiente evitando que se sequen vegas y bofedales como ocurrió con las de Ojos de San Pedro, Siloli y Calama.

Ello demuestra la necesidad de articular medidas de programación integrales, compatibles con la libertad para desarrollar actividades de interés económico. De hecho, la norma referida es, por su naturaleza, una medida de planificación, aunque fuera de un contexto formal general.

III.- Uso hidrológico energético.-

Parace curioso que en una Región desértica como la de Antofagasta pueda plantearse siquiera la problemática intersectorial en relación al aprovechamiento energético de los recursos hídricos.

Sin embargo, la energía geotérmica asociada con ciertas formas de aparición de las aguas, tiene en la Segunda Región un significativo alcance en las zonas de los geiseres del Tatio.

Nuevamente se aprecia a propósito ahora de este tema, el fenómeno de generalizar normas de origen especial. Porque a partir de los campos geotérmicos del Tatio, se formuló el 2 de Noviembre de 1989, un proyecto de ley sobre energía geotérmica, que no cristalizó en definitiva por la cesación en sus funciones del órgano legislativo de la época, y que actualmente no ha sido repuesto en el Parlamento.

No corresponde examinar en esta ocasión detenidamente el mencionado proyecto de ley. Vale si anotar que no parece una técnica legislativa adecuada remitirse casi in totum a otro Código, como es el de Minería, para construir por vía indirecta una especie parcial de Código Energético espúreo.

Probablemente, la técnica legislativa más adecuada consiste en elaborar un Código de la Energía, en clara armonía con los aspectos de Derecho de Aguas (particularmente en relación a los aprovechamientos no consuntivos) y con la legislación minera (especialmente en lo vinculado con hidrocarburos, litio, torio, uranio y carbón), sin perjuicio de otras potencias energéticas, en la línea de pensamiento desarrollada fundamentalmente por Martín Mateo (1982).

Con todo, la vertiente energética en relación a las aguas, pone de manifiesto incluso en los campos geotérmicos la necesidad de integrar la relación armónica entre el aprovechamiento minero, de aguas, energético y de preservación medioambiental, a lo cual ya nos hemos referido en este informe.

IV.- Uso hidrológico sanitario.-

No cabe duda que en el contexto de la polémica intersectorial sobre el aprovechamiento de las aguas, al sector sanitario le corresponde, de hecho, un rol primordial, toda vez que la existencia y disponibilidad de las aguas para fines urbanos y domésticos posibilita el ser mismo del asentamiento humano en la Región de Antofagasta. En cierto sentido, entonces, el uso hidrológico sanitario está fuera de discusión, y lo que se discute en cambio dice relación con el costo tarifario del suministro de agua potable a pagar por los usuarios, y con la existencia y disponibilidad de reservas hidrológicas para dichos fines.

En efecto, en el contexto del nuevo régimen sanitario, articulado fundamentalmente en el D.F.L. Nº 382 de 21 de Junio de 1989, Ley General de Servicios Sanitarios, fuera de las distintas concesiones sanitarias (producción de agua potable, distribución de agua potable, recolección de aguas servidas y disposición de aguas servidas), cuya supervigilancia corresponde a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el tema fundamental, a los efectos de este informe, es el abastecimiento de agua cruda para fines sanitarios.

En ese contexto, en el ámbito del derecho de Aguas, cabe considerar ciertas optimistas consideraciones expresadas por Karzulovic, 1991, ya citado.

En efecto, se piensa que las grandes reservas hidrológicas para fines sanitarios se encuentran en el río Zapaleri, respecto de lo cual destina el mencionado autor parte considerable de su estudio.

Sin embargo, y pese a la validez técnica de las consideraciones aludidas, conviene destacar el hecho de que, toda vez que el río Zapaleri es un curso de agua internacional sucesivo, esto es, que en su tránsito recorre los territorios de diversos Estados soberanos (Argentina, Bolivia y Chile), el mismo se encuentra sujeto a un estatuto especial de Derecho Internacional Fluvial, rama en la cual existe abundante práctica y jurisprudencia internacionales, aunque se encuentre todavía en proceso de formación, como expresan autores tales como Ponte Iglesias (1989) y Llanos Mansilla (1991).

Consecuentemente, es indispensable abordar en el futuro con profundidad la temática jurídica relativa a la gestión de los cursos de aguas internacionales, para definir el régimen de aprovechamiento del río Zapaleri, de importancia para la Región de Antofagasta.

Dejaremos, con todo, sentadas ciertas bases fundamentales:

En efecto, la doctrina internacional en esta materia ha evolucionado desde una estricta teoría de la soberanía territorial absoluta hasta la tesis de la unidad de la cuenca hidrográfica internacional.

Así, la más drástica doctrina postulaba que todo Estado tiene la facultad de utilizar en forma discrecional un curso de agua internacional, en términos que el Estado riberano aguas arriba puede usar arbitrariamente sus propias aguas con exclusión de los derechos o intereses de Estado aguas abajo.

En total oposición a dicha doctrina, la teoría de la integridad territorial absoluta, sostiene que el Estado por cuyo territorio discurre un curso de agua que atraviesa además el territorio de uno o varios estados antes de desembocar en el mar, viene obligado a

conservar de forma íntegra el caudal y la calidad de este curso de agua. Así, no puede desviar el agua ni aprovecharla de manera que afecte el curso, el caudal, el volumen o la calidad de las aguas en perjuicio del Estado aguas abajo. En suma, no puede haber ninguna alteración de las condiciones naturales del curso de agua internacional.

Entre estas dos tesis opuestas fundamentalmente, hay teorías de acercamiento como son la tesis del abuso de derecho, la tesis de las servidumbres internacionales, la tesis del condominio, la tesis de las relaciones de vecindad, la tesis de la comunidad de intereses entre los Estados corribereños, todas las cuales tienen prácticas y costumbres internacionales.

Sin embargo, en el orden de ideas ya destacado en la primera parte de este informe, la tesis que se impone en la actualidad con mayor aceptación en la comunidad internacional, es la de la unidad de la cuenca hidrográfica internacional.

Con arreglo a dicha tesis, la unidad física natural que crea un sistema de aguas hace que éste deba ser considerado en forma independiente de toda frontera política. Como ya se dijo, una cuenca hidrográfica constituye un ecosistema, una unidad geográfica natural estrechamente entrelazada con los factores del medio que son causa y efecto. "La característica distintiva sigue siendo que las aguas que la cuenca fluvial recibe tienden a avenar hacia una salida única y forman un sistema interconectado que puede transmitir dentro de sí cualquier perturbación causada por cambios que afectan al agua en cualquiera parte de la cuenca. La distribución del drenaje por una salida única constituye una unidad espacial, y el comportamiento del agua una unidad funcional". (Ponte, 1989). Por ello configura un sistema hidrológico.

De todo lo anterior se deriva el hecho de que la cuenca hidrográfica es una unidad geográfica y económica, interdependiente, en donde más que una expresión física o territorial, la cuenca constituye un sistema ecológico coligado donde el agua desempeña un papel regulador fundamental, de tal manera que crea una relación particular entre el clima, los suelos, la geología, y la vegetación. Consecuentemente, debe existir un aprovechamiento integrado.

Por consiguiente, las relaciones entre los Estados para aprovechar cursos de agua internacionales están gobernadas por una serie de principios integrantes del Derecho Internacional Fluvial: la obligación de no causar un perjuicio sensible a otro Estado; la utilización razonable y equitativa de las aguas; el deber de información y consulta previa; la responsabilidad de los estados ribereños por cualquiera actividad que modifique el régimen de un curso de agua internacional en perjuicio de otro Estado.

Los antecedentes expresados, demuestran la existencia de un amplio rubro investigativo que debe ser abordado pormenorizadamente en un proceso pertinente, y respecto de lo cual hemos querido sólo poner de manifiesto sus aspectos básicos. Ello indica que, independientemente de cualesquiera actuación nacional unilateral, el aprovechamiento de las aguas del río Zapaleri están sometidas al Derecho Internacional Fluvial.

V.- Uso hidrológico ecológico.-

A partir del concepto de unidad de la cuenca hidrográfica, ya expresado en este informe, puede decirse que a propósito de las aguas gestionadas por cuenca se presenta la

problemática ambiental en general, en el sentido de que existen interacciones complejas desde diversos sectores económicos y sociales dentro de un sistema físico compartido.

Ello suscita, como primera consideración, a propósito de la gestión ambiental de las aguas, la resolución de la problemática intersectorial, respecto de todo lo cual corresponde aquí establecer ciertos criterios fundamentales.

En primer lugar, cabe consignar que la modernas tendencias sitúan el "uso ecológico" del agua como aquél que consiste en uno no degradante del recurso, esto es, compatible con el ambiente, en términos de no deteriorarlo. Ello implica, por ende, el desarrollo de los usos respetuosos de las normativas de protección ambiental.

Sin embargo, es relevante el hecho de que, con esa lógica, hoy dominante, el ambiente natural pasa a ser considerado como un usuario más del agua al cual hay que garantizarle ciertos caudales mínimos para la preservación de todos los elementos integrados al ecosistema hidrodependiente.

En segundo lugar, la problemática intersectorial apunta a decidir con arreglo a qué criterios se resuelve la asignación del recurso hídrico, escaso, entre distintos rubros económicos alternativos.

El sistema jurídico de aguas vigente, entrega dicha función al mercado. Sin embargo, recientes investigaciones (Bauer, 1993) han postulado que un tal mercado de aguas nunca ha funcionado en el Sur de Chile en donde el conflicto intersectorial más manifiesto se da entre el rubro agrícola y el energético.

En efecto, según Bauer, el mercado depende de la propiedad privada, pero no a la inversa. Es decir, puede perfectamente existir propiedad privada sobre los derechos de aprovechamiento de aguas sin que por ello deba producirse automáticamente un mercado de aguas. En el caso del Sur de Chile, en las cuencas del Bío-Bío y del Maule, tal mercado no ha existido en base a diversas razones. Entre ellas, una cultura agraria fuertemente alejada de la idea de comercializar las aguas con el objeto de que, aún cuando existan excedentes, es conveniente conservar un alto volumen de agua para que cuando exista sequía y deba prorratearse el aprovechamiento se conserve también una cantidad de aguas significativas; además, por el hecho de la incertidumbre jurídica asociada al deficiente sistema registral de aprovechamiento de aguas; también, por la circunstancia de que un predio sin aguas disminuye notablemente su valor y, desde el ángulo del eventual comprador, la diferencia entre comprar un predio barato sin agua para comprar posteriormente las aguas en forma separada es tan poco conveniente que más vale comprar directamente un predio con agua; además existen problemas físicos geográficos relativos a la existencia de canales, bocatomas, marcos partidores, etc.; y, por último, la relación entre valor y precio en el agua nunca ha llegado a ser en el Sur de Chile del todo coherente, por las razones expuestas.

De allí que la problemática intersectorial no haya podido resolverse por la vía del mercado de aguas -que en verdad no existe- y que, por lo demás, difícilmente podría llegar a aplicarse hasta sus últimas consecuencias, en términos de abandonar el desarrollo agrícola en aras del desarrollo energético, cuestión francamente inimaginable.

Consecuentemente, en ese contexto, el resultado ha sido que las soluciones implementadas han consistido más en decisiones políticas que en aplicaciones del Derecho. Por otro lado, la imprevisibilidad de las decisiones judiciales ha resentido el alcance

práctico de los derechos de propiedad sobre los aprovechamientos de aguas tanto consuntivos como no consuntivos, en la medida que toda decisión en favor de unos perjudica las pretensiones del titular de los otros.

Lo dicho ha puesto de manifiesto la necesidad de adoptar ciertas pautas programáticas o de planificación con respecto a la gestión de las aguas, que hagan más previsibles los alcances prácticos de la propiedad que ha motivado la inversión privada, pero no necesariamente un fluido mercado de aguas ni la resolución de conflictos intersectoriales.

La consecuencia anteriormente anotada, según su autor (Bauer, 1993), puede ser extrapolada a las diversas cuencas hidrográficas como un criterio general. Si bien ello puede ser así, es evidente que en la zona Norte, y en particular en Antofagasta, la problemática intersectorial ha tomado características específicas lo mismo que la existencia de un mercado de aguas.

En efecto, existe un mercado de aguas criticado por algunos sectores en cuanto sirve para la especulación con un derecho adquirido gratuitamente sin la intención de utilizarlo efectivamente por su constituyente.

Por otro lado, en Antofagasta la polémica intersectorial se radica básicamente entre los sectores mineros, sanitarios y agrícolas. Algunos de esos aspectos fueron puestos de manifiesto en las párrafos I.-, II.- y IV.- de esta tercera parte.

Con todo, pensamos que en orden a la gestión de un recurso eminentemente escaso y esencial, como es el agua en esta región, debe intentarse el diseño de una cierta programación o planificación ordenadora compatible con la custodia de la iniciativa privada y la tutela del entorno.

Por otra parte, la regulación del régimen de las aguas no puede hacerse hoy contemplando el recurso aisladamente sino sólo en función de los ecosistemas en que participa. Además, el desafío del futuro consiste en "Someter el sistema productivo a las exigencias ecológicas del planeta (mutatis mutandis, de la región), armonizar el crecimiento económico y la preservación del medioambiente, implantar el aprovechamiento sostenido en los recursos naturales, en definitiva, hacer compatible la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes sin hipotecar a las generaciones venideras" (Delgado Piqueras, 1992).

Por consiguiente, resulta adecuado reforzar el criterio conforme al cual la disponibilidad del recurso hídrico, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 141, inciso final, del Código de Aguas, esto es, para constituir un derecho de aprovechamiento de aguas, se mire también en términos cualitativos, reservándose un caudal ecológico mínimo para la conservación del cauce o acuífero y del ecosistema en general.

VI.- Conclusiones.-

Del análisis de la temática de la asignación de los recursos hídricos en la Región, en sus aspectos diferenciales, fluyen las siguientes conclusiones:

1.- En general, la problemática intersectorial de la Región participa de las mismas características de las que se han analizado en investigaciones desarrolladas en

otras cuencas del país. De ello se sigue ciertas insuficiencia del actual sistema jurídico de aguas para resolverla sobre la base de la lógica de mercado exclusivamente.

2.- En especial, en la región el conflicto intersectorial más acentuado en la gestión hídrica dice relación con el uso de las aguas para fines mineros versus otros sectores, en particular las reservas ecológicas, fines sanitarios y agrícolas. La problemática energética aparece en la Región casi completamente disociada de las aguas. La agricultura aparece notablemente menos rentable que el sector minero, pero susceptible de ser objeto de protección en base a consideraciones geopolíticas y culturales, para lo cual se cautelan ciertas aguas (vegas y bofedales). El sector sanitario debe potenciar la utilización de cursos de aguas internacionales existentes en la Región (Río Zapaleri).

3.- En todo caso, el efecto transectorial de la gestión hídrica en esta región con escasez del recurso, potencia la necesidad de diseñar ciertos programas o planes que permitan cumplir múltiples fines socialmente valiosos, resguardando sólidamente la seguridad jurídica necesaria para el desarrollo de la empresa privada. En ese sentido, urge definir los contenidos y alcances concretos de algunos derechos relativos al aprovechamiento de recursos naturales asociados con las aguas.

CUARTA PARTE: INSTRUMENTOS DE ADECUACION REGIONAL DE UN SISTEMA UNITARIO DE DERECHO DE AGUAS POR LA VIA DE LA GESTION HIDRICA POR CUENCA.-

I.- La planificación hidrológica.-

Las modernas tendencias asumen que "la legislación tradicional de aguas regula fundamentalmente las corrientes o cursos de agua naturales, procurando una distribución equitativa entre los distintos aprovechamientos, con el convencimiento de que se puede establecer un orden aplicable por igual a todo el territorio nacional". Agregándose que: "la planificación de aguas viene, en cierto modo, a quebrar esta idea. La escasez del recurso obliga a tomar ciertas disposiciones más restrictivas en unas zonas determinadas. Se tiende a destinar el agua para aprovechamientos considerados prevalentes en función del lugar e, incluso, del momento. En definitiva, se trata de adaptar la ordenación de las aguas en la mayor medida posible al marco geográfico, social y económico por el que discurren". (Menéndez Rexach y Díaz Lema, 1986).

Consecuentemente, la planificación hidrológica -de diversos contenidos- ha pasado a configurarse como el más valioso instrumento de intervención de autoridad, sobre todo en zonas de escasez hídrica, compatibilizando los intereses sociales con una sólida tutela a la iniciativa privada.

En efecto, puede pensarse que originalmente el Derecho de aguas no hacía más que reconocer el aprovechamiento a ciertas personas (por ejemplo, los ribereños), añadiéndose tal vez una potestad de policía de aguas. En una etapa posterior, la autoridad pasa a constituir orgánicamente con arreglo a un procedimiento concesional los derechos de aprovechamiento, que serán utilizados con absoluta discrecionalidad por sus titulares. Finalmente, en una etapa ulterior, en la que en la actualidad nos encontramos, la autoridad pasa gradualmente a ordenar la utilización de los recursos hídricos en función de

consideraciones de preservación ambiental y, en general, de custodia de la racionalidad en el aprovechamiento de un recurso escaso en ciertos sectores.

Consecuentemente, toda vez que puede aceptarse el principio conforme al cual a mayor escasez del recurso hídrico mayor intervención de la autoridad, cabe destacar que dicha intervención se resuelve concretamente en la planificación hidrológica.

Con respecto a sus contenidos, la planificación se refiere esencialmente a la formulación de inventario de los recursos hidráulicos, comprensiva no sólo de una sumatoria de ellos sino de su estimación cualitativa y a su distribución temporal. Además, contiene un programa de usos y demandas existentes y previsibles, conjugando las diversas asignaciones sectoriales en función de la necesidad de agua para uno o varios usos. Contiene también los criterios de prioridad y compatibilidad de los usos así como la preferencia entre ellos en función de la concesión de aprovechamientos. Incluye asimismo, la asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros como también para la conservación o recuperación del medio natural. Se hace cargo del mismo modo, de las características básicas de la calidad de las aguas y de la ordenación de los vertidos de aguas residuales. Considera también el estudio de las directrices para la recarga y protección de acuíferos. Fija también las normas básicas sobre mejoras y transformaciones en regadío que aseguren el mejor aprovechamiento del conjunto de los recursos hidráulicos y terrenos disponibles. Contempla perímetros de protección y las medidas para la conservación y recuperación del recurso y entorno afectados. Se hace cargo de los programas hidrológicos forestales y de conservación de suelos. Contiene también las infraestructuras básicas requeridas por el plan. Determina criterios de evaluación de los aprovechamientos energéticos y la fijación de los condicionantes requeridos para su ejecución. También estima criterios sobre obras y actuaciones para prevenir y evitar daños derivados de inundaciones, avenidas y otros fenómenos hidráulicos. (Embid Irujo, 1991)

En suma, la planificación hidrológica adopta una visión omnicomprensiva de la gestión hídrica en orden a su mejor aprovechamiento. En cierto modo, es el resultado, como técnica, de la constatación de la insuficiencia de la sola discrecionalidad privada para gestionar el recurso. En todo caso, se trata de un programa para la gestión de mercado, configurando prácticamente una ordenación y control del mismo.

En cierto modo, la planificación hidrológica ha pasado a justificarse sobre la base de los mismos predicamentos que apoyan la planificación urbanística, con pleno respeto a los derechos privados, pero justificadas en razón de Bien Común.

Una adecuada planificación hidrológica, no tiene por qué llevar necesariamente a un dirigismo económico, a partir del efecto transectorial de la gestión hídrica. Al contrario, puede perfectamente diseñarse un programa para estimular la iniciativa privada, alejando de la gestión hídrica todos los elementos erráticos e imprevisibles que impliquen medidas intespestivas que afecten el alcance concreto de un derecho de aprovechamiento.

En cierto modo, por lo demás, en nuestro país permanentemente se han adoptado específicas medidas de planificación de reservas nacionales o con las prohibiciones o limitaciones para explorar y explotar aguas en ciertos sectores, según se vio supra tercera parte.

Por otro lado, desde los más diversos sectores, en particular la zona Norte, se ha venido reclamando la necesidad de "programar" (Colegio de Ingenieros de Chile, Zonal Antofagasta, 1989) o "planificar" (Karzulovic, 1991), la gestión hídrica en la Región. En

esa misma línea se inscribe el proyecto "Gestión Ambiental de Recursos Hídricos para la Segunda región" (GARHIN), que persigue llegar a ser la fase de inventario y proyección que sirva de base para una programación futura.

Por otra parte, de todo el elenco de medidas que componen teóricamente el contenido de un plan hidrológico, pueden seleccionarse algunas y no necesariamente ocuparlas todas. De hecho, puede despertar algún grado de sensibilidad la definición autoritativa de los usos que deba dársele a las aguas por los concesionarios.

Con todo, la naturaleza jurídica reconocida por la doctrina y el Derecho Comparado a la planificación hidrológica, en cuanto a ser de índole normativa, aleja ciertas tensiones, toda vez que, como tal norma, no se comporta como imperativa sino vinculante negativamente. Es decir, define amplios espacios de libertad en la gestión hídrica, y sólo es vinculante en el sentido de definir estrictamente qué cosas no son tolerables jurídicamente. Es decir, al igual que en la planificación urbanística, el plan definirá ciertas zonas con vocaciones económicas especiales, dentro de las cuales podrá desarrollarse todo género de actividades y usos con las aguas, menos aquellas que no correspondan al programa. Así, podrán definirse zonas mineras, zonas energéticas y zonas de preservación ecológica. Además, la vigencia del plan hidrológico es por naturaleza provisional.

La ventaja de dicha programación implica la definición vinculante para la Administración de un marco jurídico que debe ella misma respetar, sin afectar derechos de los particulares.

Además, la adecuada programación o elaboración del plan se valida en función de mecanismos de participación en su construcción, sobre la base de una composición adecuada de los organismos de usuarios de aguas (tal vez más amplia que la que existe en la actualidad) e, incluso, es homologable a otras decisiones de índole regional que pueden adoptarse en el contexto de la institucionalidad de Gobierno regional.

Cabe consignar también, que una vez aprobado formalmente el plan, pasa a ser norma jurídica, vinculante ad intra para la Administración, y ad extra para los particulares, en el sentido de que también pueden afectarse derechos de aprovechameinto que no se ajusten al plan siempre que ellos sean con posterioridad a su vigencia.

Consecuentemente, en el marco de un sistema unitario de Derecho de Aguas, que resuelva con carácter general el núcleo dogmático de la temática, puede alcanzarse un ajuste regional, por unidad de cuenca, precisamente por medio de la planificación hidrológica, sin necesidad de crear un Derecho regional de Aguas o, lo que es lo mismo, creando y aplicando en cada región las disposiciones de planificación adecuadas a su realidad.

En la actualidad, el Código de Aguas vigente reconoce a la Dirección General de Aguas la atribución de "planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento" (artículo 299, letra a), del Código de Aguas). Sobre la base de dicha potestad, la Dirección General de Aguas ha elaborado en diciembre de 1990 el documento intitulado "Bases para la Formulación de la Política Nacional sobre Aguas". En dicho documento, se aprecia el manejo de la noción de plan, particularmente (en lo que atañe directamente a este informe) en cuanto a reformas legales vinculadas con establecer una "normativa especial para regímenes o zonas específicas del país, en particular para las zonas áridas, que exigen un tratamiento distinto al resto del territorio". Con todo, el concepto de plan allí aludido, no encarna el rico

sustrato jurídico antes mencionando y que hace, de suyo, innecesaria una normativa legal especial para las zonas áridas sino que sólo exige la aplicación ajustada territorialmente de una disposición regional por naturaleza, como es la planificación.

Evidentemente, son muchos los rubros investigativos pendientes sobre este particular, respecto de todo lo cual hemos querido perfilar los criterios fundamentales.

II.- Cargas a beneficio público en el aprovechamiento de aguas bajo sanción de extinción o caducidad del derecho.-

Uno de los instrumentos que frecuentemente se invoca como útil a los fines de obtener una más eficiente gestión hídrica, está asociado al conjunto de técnicas que gravan a beneficio público un derecho concedido por la Autoridad, como es el de aprovechamiento de aguas.

En ese contexto, además, se acude a un argumento que tiende a situar comparativamente el sistema de aprovechamiento minero con el de aguas, propugnando una suerte de extrapolación o traslado de los regímenes de amparo minero y de las causales de caducidad de la concesión minera hacia los derechos de aprovechamiento de aguas.

Sobre el particular, conviene tener presente que el sistema minero ha demostrado que las técnicas del intervención pública aludidas, han sido perfectamente compatibles con un próspero desarrollo de la industria de la minería, toda vez que al riesgo inherente a dicho sector por naturaleza, se le ha compensado con seguridad jurídica, sin dejar de lado criterios de beneficio público.

Sin embargo, no resulta dogmáticamente coherente dicha traspolación conceptual, toda vez que si bien el sistema jurídico de aguas participa de un conjunto de elementos muy cercanos al minero, entre ambos existen diferencias radicales. Desde luego, el efecto transectorial de le gestión hídrica no tiene homologo en el sector minero, sin perjuicio del crecimiento económico asociado a la industria minera, en términos de servicios, empleo, tecnología, tributación, etc.

En el fondo, la raíz de las causales de caducidad y del régimen de amparo mineros, son reconducibles a un mismo criterio económico: el valor de los recursos mineros explotados hoy, ceteris paribus, es mayor al de mañana. Sin perjuicio de considerar además, la aparición de sustitutos minerales, agotamiento o complicaciones en la explotación de un yacimiento, etc. De todo lo cual se desprende el principio de la participación a beneficio público de la explotación minera, enunciado constitucionalmente como una función social especial de la propiedad sobre la concesión minera, en el sentido de que "la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento" (artículo 19, número 24, inciso séptimo, tercera parte, de la Constitución Política). De ello se sigue, en consecuencia, la existencia de un régimen de amparo, que materializa la satisfacción de dicho interés público, toda vez que debe tender "directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación", de tal modo que si ello no ocurre se aplican causales de caducidad. En la misma línea, todas las causales de caducidad incardinadas en el procedimiento constitutivo de la concesión minera, sobre la base de plazos fatales, apuntan a obtener la pronta constitución de la concesión minera, para arribar rápidamente a la sentencia constitutiva,

que habilita para explotar y satisfacer, en consecuencia, también prontamente, el interés público comprometido.

Consecuentemente, el fundamento constitucional y material del régimen de amparo y las causales de caducidad minera es claramente patrimonial, en particular del Estado, y que apunta precisamente a una rápida explotación e, incluso, agotamiento de los yacimientos mineros, para comercializar sus productos.

En cambio, el régimen de aguas no reconoce de lege lata un fundamento constitucional similar. Y, por el contrario, los criterios de fondo generalmente aceptados en materia de gestión hídrica se basan en predicamentos completamente opuestos a una pronta explotación y, por ello, agotamiento del recurso hídrico. Al contrario, las opiniones dominantes en la materia, expresadas en la primera parte de este informe, apuntan a conceptuar que: "sin agua no hay vida posible. Es un bien preciado, indispensable a toda actividad humana. Los recursos de agua dulce no son inagotables. Es indispensable preservarlos, controlarlos y, si es posible, acrecentarlos" (Carta Europea del Agua, 1967). De tal manera que no se trata de una genuina propiedad estatal sobre las aguas, según se vio en la primera parte de este informe, ni menos de nacionalización, aunque a veces se ocupen dichos términos, sino de títulos competenciales del Estado, que lo faculta para intervenir y controlar el uso racional de los recursos hídricos.

En el ámbito nacional, y en particular para la Región, se ha postulado la necesidad de declarar formalmente que el agua es un recurso natural del patrimonio nacional y regional que debe usarse con austeridad y protegerse bajo términos razonables (Karzulovic, 1991). Esa línea de pensamiento, se encuentra del todo ausente en una proclamación constitucional adecuada que, en el mismo sentido de técnica legislativa ocupado en la minería, respalde, mutatis mutandis, un sistema de Derecho de Aguas de alcance integral y no sólo patrimonial.

Ello facilitaría la construcción constitucionalmente admisible de un conjunto de instrumentos de aplicación a los aprovechamientos de agua que permitiera en su utilización más racional y eficiente en términos sociales y de inversión privada.

Por consiguiente, conviene tener presente que todo sistema de "patentes de aguas", a diferencia de la patente minera, no actúa como un estímulo para explotar intensamente el recurso natural (que en materia minera se traduce en la posibilidad de obtener ventajas tributarias de los ingresos provenientes de la explotación de la concesión, sea utilizado la patente minera como gasto de puesta en marcha o como pago provisional de impuestos), sino precisamente, al contrario, como un contramotivo a la explotación irracional de un recurso que necesariamente debe ser conservado (como de hecho ha ocurrido análogamente con los castigos tarifarios para consumos excesivos) o a la falta de utilización efectiva o especulación con un recurso vital escaso. Por lo demás, la idea de "patente de aguas", daría más coherencia al sistema en la medida que parece irracional que gratuitamente pueda obtenerse exclusividad en el aprovechamiento de un recurso que pertenece a todos y lucrar con ello, cosa que no ocurre en el ámbito minero.

Por otro lado, las técnicas de caducidad o extinción del derecho de aprovechamiento de aguas, pueden vincularse como sanciones al incumplimiento de la carga de pago de "patente de aguas". En esta materia, es también conveniente tipificar estrictamente la infracción y definir exactamente la sanción, al mismo tiempo que rodearla

de las garantías procesales inherentes a un debido proceso, lo que implica, obviamente, la aplicación judicial de la sanción de caducidad.

Otras causales de caducidad, vinculadas a infracciones distintas al cumplimiento de la carga de patentes deben ser analizadas cuidadosamente, en la medida que pueden resentir la seguridad jurídica necesaria para el desarrollo de los sectores económicos hidrodependientes. En ese sentido, en determinadas situaciones la caducidad podría estar asociada a ciertas infracciones al plan hidrológico.

Puede también contemplarse entre dichos instrumentos, la extinción del derecho de aprovechamiento y su transferencia a terceros en pública subasta. Lo que aminora el desgaste del aparataje público al evitarse la necesidad de constituir un nuevo derecho de aprovechamiento sobre las aguas que queden disponibles por extinción del derecho legal preconstituido.

En zonas desérticas, especialmente, parece necesario arbitrar algún grado de protección al uso hidrológico sanitario de las aguas, más intensa que en los demás sectores. Del mismo modo, parece aconsejable garantizar el llamado "derecho a la sed" atendidas las características de la Región.

III.- Conclusiones.-

Acerca de los instrumentos de adecuación regional del Derecho de Aguas, puede concluirse lo siguiente:

1.- En el marco de un sistema nacional de bases unitario de Derecho de aguas, las técnicas de adecuación regional deben ser utilizadas por unidad natural de cuencas y no en función de definiciones territoriales político-administrativas exclusivamente.

2.- En especial, las técnicas jurídicas disponibles para producir dicho ajuste regional no difieren en su naturaleza y contenido de las que puedan aplicarse a las distintas zonas del país, toda vez que son susceptibles de ser implementadas en diversos grados y especificidades.

3.- En el fondo, la gestión hídrica sobre la base de las técnicas comentadas produce naturalmente un ajuste diferencial para todas las cuencas hidrográficas implícito en un sistema unitario de Derecho de Aguas construido precisamente sobre la base de atender a las características particulares de cada ámbito ecológico.

EPILOGO: HACIA UN DERECHO DE AGUAS DE TRANSICION.-

La implementación efectiva de las pautas normativas que se han propuesto y presentado en el curso de esta investigación, debe ser particularmente cuidadosa de los alcances de las mismas en orden a la afectación de los derechos adquiridos. En ello se juegan las bases mismas no sólo del sistema económico sino, a la larga, de la completa institucionalidad.

El Derecho Comparado ha desarrollado el ajuste de la transición de los regímenes tradicionales a los nuevos regímenes de aguas, buscando la adhesión voluntaria de los anteriores asignatarios de recursos hídricos al sistema de nueva generación, mediante el

ofrecimiento de estímulos que consistan en el otorgamiento de ventajas a quienes se incorporen al nuevo sistema que el anterior no contempla.

También en el Derecho Comparado, en la medida que, por otra parte, el nuevo régimen de Derecho de Aguas no afecte el alcance concreto de los derechos adquiridos mirados en su statu quo ante reforma, se ha aceptado su constitucionalidad, incluso sobre la base de transformaciones en la naturaleza jurídica de las asignaciones de recursos hídricos.

En el caso chileno, particularmente sobre la base de la concepción de propiedad privada, constitucionalmente garantizada, sobre bienes incorporales como son los derechos de aprovechamiento de aguas, el tránsito hacia un nuevo régimen de aguas es especialmente complejo.

Efectivamente, desde que nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, en caso alguno, sino sujetándose al procedimiento de expropiaciones, y toda vez que, por otra parte, el derecho de aprovechamiento de aguas es la cosa sobre la que recae el dominio, no podría una nueva ley, sin ser expropiatoria, afectarlo en su esencia al prohibir determinados usos, o darle una naturaleza transitoria. Ello, incluso sobre la base de los principios de sucesión de leyes en el tiempo, consagrados en la ley sobre efecto retroactivo de las leyes en materia de derechos reales, la que para algunos autores es, hoy, inconstitucional.

De esta manera, resulta que el aspecto jurídico dentro de la gestión interdisciplinaria del recurso hídrico está enfrentado a grandes desafíos.

NOTA:Este trabajo corresponde al Informe Final del Proyecto financiado por el F.N.D.R. de la Intendencia de la II Región, el año 1993, cuya difusión se ha autorizado últimamente.En consecuencia,se conserva el género originario del informe.