

## MEDIDA O UNIDAD DE TIEMPO EN QUE SE DEBEN EXPRESAR LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

*Alejandro Vergara Blanco*  
Abogado. Doctor en Derecho  
profesor de Derecho de Aguas  
Pontificia Universidad Católica de Chile

### INTRODUCCIÓN

¿Es posible solicitar y conceder derechos de aprovechamiento de aguas superficiales expresando únicamente que, la medida de tiempo, a partir de la cual se fijará la cantidad de agua que se solicita y autoriza extraer, será "un año"?

En otras palabras, a partir de la exigencia legal de que el derecho de aprovechamiento de aguas *se expresará en volumen por unidad de tiempo* (art. 7 Código de Aguas), nos preguntamos: ¿es jurídicamente legítimo que la Dirección General de Aguas, al constituir un derecho de aprovechamiento de aguas, autorice a extraer aguas considerando como única unidad de tiempo "un año"? ¿Cuál es la unidad de tiempo técnicamente adecuada y jurídicamente legítima para constituir derechos de aprovechamiento de aguas sobre aguas corrientes? ¿Es esencial en este problema el hecho de que las aguas fluyen constantemente, continuamente, a cada instante, y que han de ser utilizadas simultánea y colectivamente junto a otros titulares de derechos de aguas en una misma fuente de abastecimiento, y sometidos todos ellos a la distribución por una junta de vigilancia?

Con el objetivo de responder tales interrogantes, se exponen, en el presente trabajo, los principales fundamentos acerca de la forma jurídicamente correcta para expresar en un derecho de aprovechamiento de aguas la medida de su caudal en cuanto al factor tiempo.

De partida, debe afirmarse que, basado en el análisis que se ofrece en este trabajo, existe desde el punto de vista técnico y jurídico la necesidad de que los derechos de aprovechamiento de aguas, al ser constituidos, deban

siempre ser expresados en la unidad de tiempo creada por el Hombre lo más cercana posible a la simultaneidad de la afluencia de las aguas en las corrientes naturales y en la necesaria simultaneidad de su uso colectivo y distribución. Esta afirmación fluye de tres líneas de argumentación:

- En primer lugar, de los propios términos de la legislación vigente referida a la unidad de medida de los derechos de aprovechamiento de aguas, considerada sistemáticamente, aparece la necesidad de acogerse a la unidad de tiempo más próxima a la instantaneidad, respecto de las aguas, que por ser corrientes, fluyen continuamente;
- en segundo término, dada la íntima ligazón de la unidad de medida de los derechos con las obras de captación y conducción de las aguas, y con el instrumental de medición, en caso de que el derecho de aguas tenga una unidad de medida del tiempo superior al segundo, su envergadura y medición simultánea no serían compatibles, y
- en tercer término, existe igualmente una íntima ligazón de la unidad de medida del tiempo de los derechos de aprovechamiento con la distribución de las aguas, que les corresponde a las juntas de vigilancia, las que tienen por misión distribuir simultáneamente el agua que de manera continua e instantánea fluye en una fuente de abastecimiento, a todos los titulares que tienen derechos en tal fuente; de lo que se deriva que si la unidad del tiempo en que está expresado un dere-

cho es superior al segundo y, por ejemplo, es un año, en los hechos la distribución queda entregada a tal titular de derechos, lo que es un quebranto sustantivo de la juridicidad vigente.

Expongo en seguida los argumentos para formular estas afirmaciones y las conclusiones de rigor.

#### I. LA MEDIDA DEL TIEMPO EN QUE SE DEBE EXPRESAR CADA DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

1. El Código de Aguas vigente (1981) en su artículo 7 expresa que: *El derecho de aprovechamiento se expresará en volumen por unidad de tiempo*, dando a primera vista la impresión de que se podrán expresar los derechos de aguas en "cualquier" unidad de volumen o en "cualquier" unidad de tiempo.

Consecuente con estos términos amplios, el artículo 140 N° 2 señala que la solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento deberá contener, entre otras menciones: *La cantidad de agua que se desea extraer, expresada en medidas métricas y de tiempo*; a la vez que, según el artículo 149 N° 3, la resolución en cuya virtud se constituya tal derecho contendrá, entre otras precisiones: *La cantidad de agua que se autoriza extraer, expresada en la forma prevista en el artículo 7° de este Código*.

2. Un examen aislado de estas disposiciones legales podría dar lugar a cualquier interpretación, por excesiva que fuese; así:

- Tratándose de la unidad de volumen, a partir de esos textos aparentemente tan amplios, ¿podría pensarse no sólo en litros o metros cúbicos, sino también, por ejemplo, en una medida tan excesiva como los kilómetros cúbicos? ¿O en medidas de volumen arcaicas, como: una vara, o un almud, o un celemín, o una fanega, o un cuartillo? ¿Se consideraría habilitada la Dirección General de Aguas para otorgar un derecho con estas medidas? ¿O lo consideraría excesivo o extemporáneo? ¿No le incitaría a pensar en los inconvenientes posteriores de captación, conducción y distribución de un derecho así concedido?;
- tratándose de la unidad de tiempo, a partir de los señalados textos en principio tan amplios, ¿podría pensarse, no sólo en segundos, sino también en horas, días, semanas, meses

o aun en años? ¿Y por qué no en lustros y décadas? ¿O en otras medidas más rebuscadas aún como quince días, o períodos bimensuales, o un trimestre, o un semestre o dos años?

Las preguntas anteriores están dirigidas a hacer pensar al intérprete sobre las consecuencias aberrantes (esto es, que se apartan de lo que es normal) que podría tener postular, a partir de los términos en apariencia tan amplios de estos artículos 7, 140 N° 2 y 149 N° 3 del Código de Aguas, la aplicación, como argumento interpretativo, de aquel antiguo refrán según el cual: "todo en la ley no distingue, no cabe al intérprete distinguir".

En derecho sólo es posible llegar a respuestas adecuadas cuando se interpreta armónicamente todo el articulado de los cuerpos legales<sup>1</sup>. Por tal razón, sólo a partir de un examen incompleto, y por tal razón superficial, del derecho de aguas vigente, se podría llegar a concluir que los derechos de aprovechamiento de aguas pueden ser válidamente solicitados, y aun otorgados, considerando "cualquier" unidad de medida, por excesiva o arcaica que sea.

3. Resulta tan evidente que el aprovechamiento de las aguas debe decir relación con la instantaneidad de la afluencia de las aguas, que ello forma parte de una de las características esenciales de cada derecho: con la continuidad. Si el derecho de aprovechamiento de aguas no se constituye de acuerdo a una unidad de tiempo lo más cercana a la instantaneidad, o a la manera ininterrumpida en que se ofrecen las aguas por la naturaleza, ese derecho habrá sido

<sup>1</sup>El art. 22 Código Civil inc. 1° dice: *El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.*

constituido alterando esta característica esencial, o alterándola de manera esencial.

En efecto, los derechos deben constituirse señalando si su uso será o no ininterrumpido en el tiempo; así, si el ejercicio del derecho será ininterrumpido (durante las veinticuatro horas del día), esto es, durante todo el tiempo, ese derecho será de ejercicio continuo (art. 19 inciso 1º Código de Aguas); si sólo se permite usar el agua durante "determinados períodos", el derecho será de ejercicio discontinuo; o, en fin, puede ser alternado (art. 19 incisos 2º y 3º Código de Aguas).

Por lo tanto, cuando la legislación se refiere al tiempo, considera:

- O el uso ininterrumpido de las aguas corrientes, que también afluyen ininterrumpidamente (en los derechos de ejercicio continuo);
- o el uso interrumpido, pero estableciendo claramente que en el título respectivo se deberá establecer los períodos "determinados" en que se usará el agua.

Por lo tanto la continuidad/discontinuidad implica una referencia al tiempo que es esencial; referencia lo más cercana posible al modo en que las aguas escurren en un río. La indeterminación en el título de un derecho de aguas de ejercicio discontinuo acarrea entonces, de

acuerdo a la legislación, la falta de una característica esencial: la fijación del período de tiempo determinado en que se usará el agua (cuyo fluir nunca se interrumpe, salvo sequía extrema). Lo mismo para el caso de un derecho continuo, pues si la Dirección General de Aguas constituye un derecho, formalmente continuo, pero sin una expresión de medida de tiempo cercana a la instantaneidad en que se produce el fluir continuo del río (como lo es la unidad del segundo, o incluso de menor tiempo, si hubiese instrumental), y con expresión de una unidad de medida lejana a la continuidad, instantaneidad o afluencia ininterrumpida del río (como la hora, la semana, el mes, o el año), no sólo infringe la ley por dejar de expresar una característica esencial del derecho, sino que está estableciendo una desigualdad, pues lo que está configurando es la entrega de una amplia discrecionalidad al titular de ese derecho, pues le permitiría usar, a su voluntad, el volumen semanal, mensual, o anual otorgado, en el momento en que él determine, sin ninguna consideración al uso simultáneo de las aguas por otros titulares, los que sí están limitados entre sí, y sin ningún reflejo a unas obras de captación físicamente vinculadas a tal aprovechamiento simultáneo, y sin ninguna posibilidad de que la entidad encargada por ley de distribuir el agua pueda llevar adelante sus potestades de gestión del recurso.

## II. SOLO EL SEGUNDO, O LA UNIDAD DE MEDIDA QUE MÁS SE APROXIME A LA AFLUENCIA CONTINUA DE LAS AGUAS, PERMITE AFORAR LA CANTIDAD DE AGUAS QUE INSTANTÁNEAMENTE SE EXTRAE DESDE UNA CORRIENTE NATURAL A TRAVÉS DE UNA OBRA DE CAPTACIÓN

1. Si bien, como se ha dicho, en principio, de los artículos del Código de Aguas citados parece desprenderse que cualquier unidad de volumen de agua y cualquier unidad de tiempo son válidas para los efectos de especificar el caudal de un derecho de aprovechamiento de aguas, existen otros artículos del Código de Aguas de los cuales podría concluirse un criterio distinto: que la unidad de tiempo que el legislador entiende que debe ser utilizada para estos fines, por su cercanía a la afluencia instantánea de las aguas, es el *segundo*, pues tal unidad de tiempo, es la única que posibilita la simultaneidad de la

extracción del agua de la fuente, y uso colectivo del agua, según reparto también colectivo.

En efecto, el artículo 294 del Código de Aguas, que enumera determinadas obras hidráulicas que, para su ejecución, requieren autorización previa de la Dirección General de Aguas, menciona: *Los acueductos que conduzcan más de dos metros cúbicos por segundo (letra b)] y Los acueductos que conduzcan más de medio metro cúbico por segundo, que se ... (letra c)]*.

A partir de este texto, e interpretándolo de manera armoniosa con el resto de la legislación, si en el caso del art. 294 se habla de metros

cúbicos por segundo, esa disposición no podría ser contradictoria con las de los artículos 7, 140 y 149 del Código de Aguas, que se refieren a la expresión del caudal de un derecho de aprovechamiento de aguas, dado que las obras a que se refiere el art. 294 por regla general tienen por objeto, precisamente, el posibilitar el ejercicio de un derecho de aprovechamiento. Entonces, si para ejecutar tales obras se utiliza la medida "metros cúbicos por segundo", lo lógico es que para expresar los derechos de aprovechamiento que se ejercen a través de esas obras se utilice la misma medida. Es decir, si para un caso (obras hidráulicas) se habla expresamente de "metros cúbicos por segundo", lo lógico es que para otro caso (en que no existe tal especificación, pero que en definitiva se refiere a lo mismo: expresión de un caudal de un derecho de aprovechamiento), rija la misma medida, es decir "metros cúbicos por segundo". Más aún si las obras del art. 294 tendrán por objeto, por regla general, el ejercicio de un derecho de aprovechamiento.

Además, es natural que estas disposiciones se refieran al segundo como unidad de tiempo para medir la conducción o extracción de aguas *corrientes* de un cauce, pues estas aguas se están aprovechando simultáneamente con otros usuarios. Sería un desajuste íntegro postular que un acueducto, por ejemplo, pueda llegar a conducir un volumen de agua por semana, por mes o por año, pues ello no guarda armonía con la forma en que fluye el agua en las fuentes de abastecimiento (recuérdese que son aguas "corrientes", que corren en cada instante, cuya medida más cercana a la instantaneidad es el segundo, y en ningún caso la semana, el mes o el año), y con la simultaneidad del uso de los demás usuarios del sistema hídrico respectivo. Ninguna ley podría haber establecido como unidad de medida, para conocer la envergadura de una obra de conducción, la semana, el mes o el año, sin adicionar una medida cercana a la instantaneidad de la afluencia del agua como el segundo, medida esta última, salvo una inferior, que debe considerarse como la más adecuada (ya sea ella sola o complementada con otra) para la medición de las aguas, dada la condición y naturaleza continua e ininterrumpida de las aguas corrientes, esto es fluyentes en

cada instante. Las aguas de un río, en los hechos, van corriendo, fluyendo en cada instante, en cada segundo (que es la medida, humanamente hablando, de acuerdo a la técnica y al instrumental técnico actual, más similar a esa afluencia instantánea), y las obras de conducción se construyen precisamente en consideración a esa medida del segundo.

2. Técnicamente es perfectamente posible saber la envergadura de una obra de captación con una capacidad de porteo de un volumen de agua por segundo (tal como se señala en el artículo 294 del Código de Aguas). Pero, técnicamente es imposible saber la envergadura de una obra de captación con una capacidad de porteo de un volumen de agua, por ejemplo, por semana, por mes o año, pues para ello será necesario *complementar* tal dato, con la cantidad que *simultáneamente con otros usuarios* y, en cada instante de afluencia de las aguas corrientes (con la medida más cercana a la simultaneidad o a cada instante que ofrece el instrumental normal, que es el segundo), ingresa a cada obra de captación. Pues los ríos fluyen o corren a cada instante, a cada segundo, y no corren a cada semana, a cada mes, o a cada año; y los demás usuarios, igualmente, usan las aguas en el mismo instante, y no sólo en la misma semana, mes o año.

A partir de estas consideraciones, entonces, aparece claro que: si bien los artículos 7, 140 y 149 del Código de Aguas señalan que el derecho de aprovechamiento de aguas se expresa en volumen por unidad de tiempo, sin especificar un volumen o una unidad de tiempo específico; dado que este derecho será ejercido simultáneamente con otros usuarios, extrayendo instantáneamente aguas de la corriente y conduciendo tales aguas a través de una obra de captación y de una obra de conducción, la propia legislación, en el artículo 294 del Código de Aguas, considera que su porteo debe medirse con el segundo, a partir del hecho natural de que el agua se extrae a cada instante, a cada momento, y en ningún caso el agua se extrae a cada semana, o a cada mes, o a cada año; y la medida humana que más se acerca al instante o al momento instantáneo, como lo aclara el artículo 294 citado, es *el segundo*. En otras palabras, la legislación no hace más que acercarse, con la

unidad de medida del segundo, a la instantaneidad de la afluencia de las aguas, y a la simultaneidad de su uso y reparto, pues las aguas no las ofrece la naturaleza a cada semana, mes o año, sino a cada momento: esto es según el instrumental que más se acerca a ello: *a cada segundo*.

En fin, un argumento técnico sobre la pala-

bra "caudal": el *Diccionario de geografía*, dirigido por Pierre George (Madrid, ediciones Akal. 1991, pág. 98), define *caudal* del siguiente modo: "[Ingl.: *discharge*] *Hidrol.* -Volumen de agua que discurre en un segundo por un curso de agua en un punto de su curso. Este caudal bruto se expresa en metros cúbicos/segundo".

### III. SÓLO EL SEGUNDO, POR SER LA UNIDAD DE MEDIDA CONSAGRADA EN LA LEGISLACIÓN Y QUE MÁS SE APROXIMA A LA AFLUENCIA INSTANTÁNEA DE LAS AGUAS, PERMITE QUE LAS JUNTAS DE VIGILANCIA PUEDAN EJERCER SUS POTESTADES DE DISTRIBUCIÓN DE LAS AGUAS QUE SIMULTÁNEAMENTE LOS USUARIOS DE UNA MISMA CORRIENTE NATURAL EXTRAEN A TRAVÉS DE SUS OBRAS DE CAPTACIÓN

1. Las aguas de los ríos, sobre las que se otorgan los derechos de aprovechamiento, siempre es *agua profluens*; esto es, agua que siempre está fluyendo, como consecuencia natural del ciclo del agua. Pero como el agua de los ríos está en movimiento, a medida que éstas van fluyendo, se debe determinar a cada instante, a cada momento, el volumen que de ellas aprovechará (esto es, extraerá de una fuente natural en permanente afluencia) cada titular de derechos. Esto es, la unidad de medida debe adecuarse a ese hecho de la naturaleza (al movimiento continuo de las aguas), y la extracción que se autoriza de ellos debe hacerse a partir de lo que, en armonía con ello, exprese el título del derecho de cada usuario.

La determinación que se haya efectuado en cada título de aguas, esto es, su unidad de medida, es esencial para la distribución de las dotaciones a todos los usuarios que en un mismo sistema hídrico aprovechan simultáneamente aguas; distribución ésta que se efectúa por mandato de la ley exclusivamente por las juntas de vigilancia (vid. arts. 190, 198 N<sup>o</sup> 4, 241 N<sup>o</sup>. 3 y 5; y 266 del Código de Aguas). En otras palabras, el régimen jurídico de la unidad de medida está íntimamente conectado con la distribución de las aguas que realizan las organizaciones de usuarios; pues el ejercicio de todos los derechos de una fuente de abastecimiento, en caso de existir una junta de vigilancia, está sometido a la distribución efectuada por éstas (arts. 268 Código de Aguas: *el total de los derechos...*), y todo nuevo derecho queda incorporado por mandato legal a tal distribución (art. 272 inc. 1<sup>o</sup> Código de Aguas).

2. La distribución de las aguas se efectuará, entonces, de acuerdo a las características de cada derecho (esto es su consuntividad o no; su ejercicio permanente o eventual; o su continuidad o discontinuidad); a la unidad de medida de cada derecho de aprovechamiento de aguas y se controlará y verificará en el lugar que legítimamente esté construida cada obra de captación.

Además, como es necesario compatibilizar la escorrentía que se produce instantánea y simultáneamente al uso colectivo del agua, las *tasas de extracción* deben ser compatibles con tal simultaneidad. En otras palabras, si todos los usuarios de un río reciben según una tasa de extracción de aguas medida por segundos, no puede quebrarse tal reparto con un tasa distinta, como el año. Ofreceré el ejercicio práctico de la distribución de dos tipos de derechos bien diferenciados, para argumentar que todo el sistema establecido en la legislación para el reparto del agua opera sobre la base de la necesaria determinación de los derechos con una unidad de medida cercana a la instantaneidad de la afluencia y simultaneidad del uso de las corrientes de agua, como es el segundo; ejemplos de los cuales se podrá concluir que si todos los usos de un sistema hídrico están siendo distribuidos con una *tasa de extracción de aguas* medida por segundos, no será posible, sin quebrantar la juridicidad del reparto de aguas en Chile, constituir una tasa de extracción superior a esa unidad de tiempo, como lo sería la hora, la semana, el mes, o, la más excesiva, el año.

a) en el caso de los derechos de ejercicio permanente, y que son al mismo tiempo consuntivos y

de ejercicio continuo, el agua les será repartida a los titulares conforme a sus derechos, simultáneamente con los demás usuarios del río; y, para el caso de que la dotación no permita satisfacer a todos estos usuarios, la junta de vigilancia podrá establecer un reparto alicuota (caso en el cual todos los usuarios del río siguen aprovechando a prorrata de manera simultánea en el río) o un reparto turnal (caso en el cual se rompe la simultaneidad de uso; pero no la instantaneidad con que el río sigue fluyendo: ininterrumpidamente). En virtud de esto último, en el caso de los titulares de los derechos de ejercicio permanente, consuntivos y de ejercicio discontinuo, en que se rompe sólo para ellos el ejercicio ininterrumpido, pero por causa de su título, pues en el río las aguas siguen fluyendo ininterrumpidamente.

Así, aparece de manifiesto que cada vez que se autoriza romper la simultaneidad o lo ininterrumpido o continuo del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, ello sólo puede ser dispuesto por una causa descrita en la ley (en el caso de los derechos de ejercicio discontinuo) o por las organizaciones de usuarios (en el caso de los turnos), pero esa determinación no puede quedar entregada a la discrecionalidad de uno de los múltiples usuarios que simultáneamente utilizan las aguas que ininterrumpidamente ofrece la naturaleza. Si la discontinuidad o el turno no fueran determinados por la ley o por una junta de vigilancia, se produciría la más completa anarquía en las captaciones de cada río, lo que precisamente trata de evitar el sistema de reparto de los derechos de aguas consagrado en la legislación vigente.

b) en el caso de los derechos de ejercicio eventual, que sean además consuntivos y de ejercicio continuo, en el caso de que éstos no sean cons-

tituidos con una unidad de medida del tiempo cercana a la instantaneidad y continuidad de las corrientes, como el segundo (y por ejemplo un derecho eventual sea constituido considerando un volumen máximo a extraer en una semana, un mes o incluso un año), las conclusiones anteriores se agravan aún más.

En efecto, dado que *el ejercicio de los derechos eventuales queda subordinado al ejercicio preferente de los derechos de la misma naturaleza otorgados con anterioridad* (art. 18 inciso 3º del Código de Aguas), si no se precisa a través de una unidad de medida cercana a la instantaneidad de la corriente, simultáneamente aprovechada por muchos usuarios, como el segundo, la oportunidad en que el titular de un derecho expresado con un volumen máximo, por ejemplo, *de un año*, podrá ejercerlo, la fijará él a su completa discrecionalidad, y podrá determinar libremente el instante dentro de ese año, en que extraerá el agua, lo que puede implicar en los hechos que los demás titulares de derechos de ejercicio eventual en el mismo río, que están subordinados al ejercicio preferente del titular anterior, queden más bien subordinados a la discreción, y quedarán en una situación precaria, impidiéndose así un equitativo uso simultáneo de las aguas. En efecto, en el ejemplo, el titular de ese derecho de ejercicio eventual, cuyo título le permita extraer un volumen *anual*, puede elegir libremente en qué oportunidad del año extraer ese volumen, sin dejar la posibilidad de que los titulares subordinados a una preferencia (que nunca puede significar quedar sujetos una arbitrariedad permitida a otro titular de derechos), no tengan ninguna determinación previa (como la ley o la distribución por junta de vigilancia) en cuanto a la época probable en que ejercerán su preferencia.

#### IV. ILEGALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE UN DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS CONSIDERANDO UNA MEDIDA DE TIEMPO ANUAL

1. Derivado de lo anteriormente expuesto, a partir del momento en que, por ejemplo, la Dirección General de Aguas otorgue en un río un derecho de aprovechamiento de ejercicio eventual, con la autorización para extraer un

determinado volumen máximo (por ejemplo, 75 millones de metros cúbicos) durante el período de *un año*, con esa actitud, se está produciendo inmediatamente la imposibilidad de que, con un mínimo grado de certeza y seguri-

dad jurídicas, puedan existir nuevos derechos de esa misma naturaleza eventual en ese mismo río, y cuyo aprovechamiento dependa de una determinación previa de la ley o de una distribución de la junta de vigilancia, pues quedarán subordinados enteramente a la discreción del titular del derecho preferente expresado por un volumen máximo anual, en que no se sabrá en qué momento del año hará uso de él. La naturaleza de todos los siguientes derechos en ese mismo río será absolutamente precaria. Sin perjuicio que ello, de paso, desprecia absolutamente las facultades de reparto de las juntas de vigilancia, según se ha expresado.

En otras palabras, si la Dirección General de Aguas constituye un derecho de aprovechamiento de aguas, señalando que su medida es un volumen anual, está infringiendo la ley, dado que está quebrantando en su esencia la posibilidad, constitucionalmente garantizada a todas las personas (artículo 19 N<sup>os</sup> 23 y 26 de la Constitución), de acceder a nuevos derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio eventual en un río, dado que a partir de la constitución de un derecho de ejercicio eventual anterior, cuya medida es, en el ejemplo, un volumen de agua por año, ya no existirá ninguna certeza de que los siguientes titulares de derechos eventuales quedarán subordinados a una verdadera preferencia, como lo establece la ley (art. 18 inciso 3<sup>o</sup> Código de Aguas); sólo quedará la falta de certeza jurídica que produce quedar sometidos a la discreción más absoluta del primer preferente. Además, al crear un derecho de ejercicio eventual, sin considerar una medida cercana a la instantaneidad en que fluyen las aguas, hará imposible la determinación de la envergadura de la obra de captación, las cuales deben reflejar una conducción de una determinada cantidad de volumen por unidad de segundo (art. 294 Código de Aguas); y, lo que es más grave aún, hará imposible el ejercicio de las potestades de distribución de tales aguas por las juntas de vigilancia, en conjunto con los demás usuarios que simultáneamente aprovechan las aguas de ese río.

2. De las resoluciones de la Dirección General de Aguas que constituyen derechos de aprovechamiento, son innumerables (sin duda alguna,

la mayoría) las que especifican el caudal en litros por segundo. No obstante ello, existen algunas que lo precisan en millones de metros cúbicos al año ( $m^3$ /año). Pero, *el hecho de que con anterioridad se hayan otorgado por la Dirección General de Aguas algunos derechos, vinculados a embalses, con la sola determinación de un volumen por una unidad de tiempo anual, no implica que ello haya sido legítimo*. Es posible citar en este sentido, y por vía meramente ejemplar, los siguientes casos:

- a) Resolución D.G.A. N<sup>o</sup> 339, de fecha 17/09/1991 (embalse Puclaro): Constituye a favor del Fisco, Dirección de Riego (actualmente, Dirección de Obras Hidráulicas), un derecho de aprovechamiento consuntivo, de agua superficial, de ejercicio eventual y continuo, *por un caudal de 400.000.000 de  $m^3$ /año*, en el río Elqui, provincia de Elqui, IV Región. Las aguas, que se destinarán al embalse Puclaro que la Dirección de Riego proyecta construir en el lugar, se captarán gravitacionalmente en el río Elqui, en un punto de coordenadas geográficas 29° 59,5' de latitud sur y 70° 51,4' de longitud oeste, a 3,7 km aguas arriba de la estación fluviométrica río Elqui en Almendral.
- b) Resolución D.G.A. N<sup>o</sup> 220, de 23/06/1992 (embalse Laguna del Maule): Constituye derecho de aprovechamiento consuntivo, de agua superficial, de ejercicio eventual y continuo, de 800.000.000 de  $m^3$  anuales, en el río Maule, embalse Laguna del Maule, a favor del Fisco, Dirección de Riego, provincia de Talca, VII Región. Las aguas, que se almacenarán en el embalse Laguna del Maule, se captarán gravitacionalmente en las obras de toma de dicho embalse, situadas en su ribera izquierda, a unos 132 m aguas arriba del eje de la presa, a la cota 2.154,14 m.s.n.m.
- c) Resolución D.G.A. N<sup>o</sup> 324, de 13/07/1995 (sistema embalse Digua): Constituye derechos de aprovechamiento consuntivos, de ejercicio permanente y continuo, de aguas superficiales y corrientes del Sistema Embalse Digua, VII Región, *por un volumen anual para una probabilidad de excedencia de 85 % de 359.307.415  $m^3$* , a favor de usuarios de dicho Sistema, los que están mencionados en la

misma resolución. Las aguas se captarán gravitacionalmente en el río Cato en la bocatoma Remulcao por el canal Matriz Digua, en el punto de coordenadas UTM 5.982.500 y 259.250; en el río Perquilauquén en el punto de coordenadas UTM 5.982.850 y 251.450, por la bocatoma Per-Niquén; y, en el mismo río Perquilauquén en el punto de coordenadas UTM 5.984.200 y 241.500 por la bocatoma Perquilauquén Fiscal.

d) Resolución D.G.A. N° 152, de 11/04/1991; modificada por Resolución D.G.A. N° 382, de 14/10/1991 (embalse Coihueco): Constituye derechos de aprovechamiento consuntivos, de ejercicio permanente y continuo, por un volumen máximo de 51.300.000 m<sup>3</sup> anuales correspondientes a 4.233,77 acciones, equivalente a un caudal máximo de 1,1 l/s por acción en el embalse Coihueco, provincia de Chillán, VIII Región. Las aguas se captarán gravitacionalmente en las siguientes fuentes y puntos:

1. Río Niblinto, en la bocatoma del canal Alimentador al embalse Coihueco, a 9 kms aguas arriba de su confluencia con el río Cato.
2. Río Coihueco en la bocatoma del canal Ñuble-Rupanco (Matriz 3), a 3 km aguas arriba de su confluencia con el río Cato.
3. Derrames provenientes del área regada entre el río Niblinto y el estero Pullami, que caen al canal Ñuble-Rupanco.
4. Derrames provenientes del área regada entre el estero Pullami, río Coihueco y canal Ñuble-Rupanco; que caen al estero Pullami y se captan a través del canal Ñuble-Rupanco a 2,5 km aguas arriba de su confluencia con el río Cato.
5. Derrames provenientes del área regada entre el estero Culenar y el canal Ñuble-Rupanco, que caen al río Coihueco y se captan a través del canal Ñuble-Rupanco a 2,0 km aguas arriba de la confluencia con el río Cato.

El N° 5 de la Resolución D.G.A. N° 152, de 1991, dejó constancia de los caudales máximos expresados en litros por segundo, que podrán captarse mensualmente en los puntos a) y e) precedentes.

Como se ve, la Dirección General de Aguas, a pesar de que es posible reprocharlo desde el punto de vista jurídico, ha constituido derechos de aprovechamiento cuyos caudales están expresados en metros cúbicos por año. No obstante, todos los ejemplos citados en tal sentido son para obras de riego construidas por el Fisco de Chile, Dirección de Obras Hidráulicas (antes, Dirección de Riego). Y, hay un caso, entre los citados, en que no obstante estar expresado el derecho en metros cúbicos por año, se estableció una equivalencia mensual en litros por segundo.

Por lo tanto, si la Dirección General de Aguas, por ejemplo, se enfrenta a una petición de un volumen determinado por año (los 75 millones de metros cúbicos por año señalados antes), debiera complementar la resolución de otorgamiento, de acuerdo al artículo 272 inciso 2° y demás citados, con una declaración en virtud de la cual limite y determine el caudal máximo a extraer instantáneamente a la esorrentía del río, y simultáneamente al uso de los demás usuarios de aguas del río, en un volumen por segundo, el que debiera estar además vinculado con la capacidad máxima de porteo de la obra de captación que se autorice construir. Pues si no se establece un caudal máximo instantáneo, no se podrá conocer la envergadura de la obra de captación, por estar ambos íntimamente vinculados, según se dijo antes.

3. Es conveniente para evaluar las consecuencias de la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas considerando sólo una unidad de medida de tiempo anual, el criterio fijado por la jurisprudencia en el caso *Junta de Vigilancia río Maule con Pehuenche* (sentencia de la Corte Suprema, 24 enero de 1991; que confirma sentencia de la Corte de Talca, 27 diciembre de 1990, publicadas en: *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. II, 1991, pp. 321-326), en el caso del llenado de un embalse. Así, en tal fallo se dice que si:

(...) la recurrida no precisa la forma, oportunidad y demás condiciones en que se llevaría a cabo el proceso de llenar un embalse, (...) sobre el particular cabe temer que la Empresa eléctrica se reserve la facultad de materializar su iniciativa sin tener en cuenta más que su propio interés y desentendiéndose



*se de los derechos que les asisten a los regantes aguas abajo (consid. 4º).*

Agrega, además, que:

*Dado que la alimentación del embalse debe irrogar una merma del caudal de agua que aprovechan más abajo los recurrentes, en una proporción que se ignora y por un lapso que también queda en la incertidumbre, resulta oportuno por ahora suspender dicha operación desde que al tenor de los planteamientos formulados por la Empresa Pehuenche ella representa una arbitrariedad que amenaza causar perjuicios irreparables a los regantes de tramos inferiores del cauce natural del río Maule (consid. 6º).*

Resulta evidente que la jurisprudencia citada no se refiere al mismo problema expuesto en este trabajo, pero es de una aplicación indudable el criterio general que consagra: *la oportunidad del uso de las aguas de los regantes de un mismo sistema hídrico no puede quedar sujeta a la arbitrariedad de uno solo de ellos, o siquiera al temor de un posible*

*desinterés en respetar los derechos de los demás regantes.* Y esto es lo que puede suceder a los titulares de derechos eventuales de una preferencia subsiguiente a un título expresado en volumen por año, a menos que se haga una referencia complementaria a la instantaneidad de la afluencia del agua, y la referencia más cercana es el segundo.

En caso que la Dirección General de Aguas constituya un derecho de ejercicio eventual, fijando como unidad de medida un volumen por año, configurará un título cuya potencialidad será la misma ya declarada ilegal por esta jurisprudencia: le permitirá al titular de ese derecho hacer temer una arbitrariedad o derechamente cometer tal arbitrariedad, lo que no se compadece con la naturaleza de las cosas (afluencia continua de las aguas), ni con los principios del derecho de aguas (reparto simultáneo de aguas en unas obras de captación adecuadas y compatibles), ni con los generales del ordenamiento jurídico chileno (la prohibición de la arbitrariedad y del perjuicio de terceros).

## CONCLUSIONES

1º El derecho de aguas chileno consagra la exigencia de expresar los derechos de aprovechamiento de aguas (además de un volumen determinado), con una unidad de tiempo lo más cercana a la realidad de la escorrentía de las fuentes de abastecimiento, como el segundo, como único factor de tiempo legítimo, dado que los derechos de aguas se constituyen respecto de fuentes de abastecimiento de aguas que corren, que fluyen, con instantaneidad a su uso y extracción, y con simultaneidad al necesario ejercicio y distribución colectivo de las aguas; unidad de tiempo ésta, la del segundo, que por su cercanía temporal con la afluencia de las aguas, en ningún caso puede ser reemplazada por una unidad de tiempo superior; y, en caso de ser necesario para medir un acopio total de aguas, puede ser sólo complementada con otro factor de tiempo superior (como el día, la semana, el mes o el año).

2º Si se llegara a constituir un derecho de aguas expresado en una unidad distinta al segundo, o

sin ninguna referencia a tal medida, implicaría en los hechos dejar entregada la gestión de toda la excedencia de un río a un solo usuario del mismo, cualquiera que sea la capacidad de porte de sus obras de captación, pudiendo tal titular de derechos desentenderse de los demás derechos de otros titulares de derechos de aprovechamiento de aguas con una preferencia inmediata (en el caso de los titulares de derechos eventuales), y asumiendo de facto las potestades de distribución que por ley le corresponden a las juntas de vigilancia.

3º Dado que la afluencia de las aguas corrientes es simultánea al ejercicio y distribución de las mismas, la unidad de medida más próxima a tal instantaneidad, es el segundo. Todo el instrumental de medición de tales aguas se expresa en tal unidad de medida del tiempo, y las obras de captación y conducción de aguas se construyen ajustadas a tal consideración, pues eso permite el reparto simultáneo y equitativo de las aguas por todos los titulares de derechos de aguas, de

acuerdo a sus obras de captación autorizadas, permitiendo asimismo la distribución equitativa por las juntas de vigilancia de todos los excedentes que traiga el río. De otra manera, los titulares de derechos eventuales de segunda o tercera prioridad quedarían expuestos a una incertidumbre y precariedad inadmisibles, lo que implica un quebranto sustantivo de la garantía

constitucional establecida en el artículo 19 N° 23 de la Constitución, que garantiza el acceso a las titularidades de derechos ciertos y seguros, de manera igualitaria y no precaria, como debe ser la esencia de un derecho de aprovechamiento de aguas, según el artículo 19 N°s 2 y 26 de la Constitución.