

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO



**EL AGUA COMO BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO Y SU RÉGIMEN,
ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA, ACTUAL Y
LA REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autora:

MARIA PAZ ALFARO JULIO

maria.alfaro.j@ug.uchile.cl

Profesor Guía:

CRISTIAN QUINZIO SANTELICES

Santiago, Chile

2018

Agradecimientos

A mis profesores guía, Cristian Quinzio y Ernesto Vargas, por su confianza, profesionalismo, guías y criterios a lo largo de la investigación y elaboración de este trabajo.

A mis padres, por haberme forjado como persona, todos mis logros se los debo a ustedes, por su amor y soporte incondicional.

A mi hermano, familia, a Matías, amigos y cercanos, por su constante apoyo y confianza en mis capacidades, han sido clave en este proceso.

Resumen

Este trabajo trata la administración de las aguas dulces en Chile a través de dos instituciones bases, la denominación de las aguas como bienes nacionales de uso público y el otorgamiento de derechos de aprovechamiento a particulares para un uso y disposición privativa. Mediante un análisis descriptivo de la regulación histórica de las aguas en Chile, se analiza la aparente contradicción entre ellos y eventuales justificaciones a su coexistencia, desde el Código Civil de 1857 hasta la actual reforma al Código de Aguas, con miras a la necesidad de una gestión integrada de los recursos hídricos.

Palabras Clave: *Régimen normativo de las aguas en Chile, Bienes Nacionales de uso Público, Reforma al Código de Aguas, Derechos de Aprovechamiento sobre las aguas, Gestión Integrada de los Recursos Hídricos.*

Abstract

This report analyzes the administration of water in Chile through two basic institutions, the designation of waters as national goods for public use and the granting of exploitation rights to individuals for a private use and disposition. The description is built from the analysis of the historical regulation of water in Chile, the apparent contradiction between them and possible justifications for their coexistence. Based on the need for integrated management of water resources, it is analyzed from the Civil Code of 1857 to the current reform of the Water Code.

Keys Words: *Water Right in Chile, Reform of the Water Code, Public Domain, Water right, Integrated Management of Water Resources.*

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS	1
TABLA DE CONTENIDOS	3
SIGLAS Y ABREVIATURAS ESPECIALES	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I: LOS DESAFÍOS REGULATORIOS QUE DERIVAN DE LA NATURALEZA FÍSICA DEL AGUA Y SU DISTRIBUCIÓN GEOGRÁFICA	7
IMPORTANCIA DEL AGUA Y SU MULTIFUNCIONALIDAD	7
CARACTERÍSTICAS FÍSICAS DEL AGUA Y LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA SU REGULACIÓN	12
REALIDAD HIDROLÓGICA HETEROGÉNEA DE CHILE	17
CAPITULO II: EL AGUA COMO BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO	21
BIENES NACIONALES: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y CLASIFICACIONES	21
BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO	24
EL AGUA COMO BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO	29
CAPITULO III: DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS Y SUS CARACTERÍSTICAS	33
CONCEPTO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO	33
CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO	39
CAPITULO IV: REVISIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS EN CHILE	49
CÓDIGO CIVIL DE 1857	49
CÓDIGO DE AGUAS 1951	51
CÓDIGO DE AGUAS DE 1967	53
RÉGIMEN ORIGINAL DEL CÓDIGO DE AGUAS DE 1981	57
<i>Artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República</i>	57
<i>Decreto Ley N°2.603 de 1979</i>	61
<i>Código de Aguas de 1981</i>	63
CAPITULO V: REFORMA DEL 2005 AL CÓDIGO DE AGUAS, LEY N°20.017	67
REFORMA DEL 2005 Y SU PROCESO DE DISCUSIÓN PARLAMENTARIA	67
MODIFICACIONES, ADAPTACIONES Y NOVEDADES DE LA LEY N°20.017	73
<i>Comentarios a las modificaciones expuestas de la ley N°20.017</i>	76
PATENTE DE PAGO POR NO USO.....	78
CAPÍTULO VI: RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DE LAS AGUAS EN CHILE Y ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS BASE	87
RÉGIMEN VIGENTE	87
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS BASE DEL SISTEMA	89
CAPÍTULO VII: PROYECTO DE LEY DE REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS, BOLETÍN N°7.543-12	95
PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS Y SU INSPIRACIÓN	95
PROPUESTA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 5° EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS....	96
COMENTARIOS AL EVENTUAL MARCO REGULATORIO DE LAS AGUAS, DE APROBARSE LA REFORMA....	107
CONCLUSIONES	117
BIBLIOGRAFÍA	121

SIGLAS Y ABREVIATURAS ESPECIALES

<i>ab initio</i>	parte inicial de un artículo, inciso o texto normativo
Art.(s)	artículo(s)
BNUP	Bienes Nacionales de Uso Público
CA	Código de Aguas (cuando se dice sólo CA o Código de Aguas se hace referencia al cuerpo normativo vigente, es decir, al Código de Aguas de 1981)
CC	Código Civil
C. de A.	Corte de Apelaciones
CPR	Constitución Política de la República
CS	Corte Suprema
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DGA	Dirección General de Aguas
Dir. / direc.	Director / directores
DL	Decreto Ley
Dr. D	Doctor en Derecho
DS	Decreto Supremo
edit.	editor(es)
et al.	y otros
GIRH	Gestión Integrada de los Recursos Hídricos
<i>Ibidem</i>	misma obra citada previamente, pero página distinta
<i>Ídem</i>	exactamente misma cita anterior
inc.	inciso
infra	abajo / más adelante
p. / pp.	página / páginas
supra	arriba / más atrás
TC	Tribunal Constitucional
Vid.	véase
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La necesidad humana por agua es permanente y creciente. El agua dulce¹ es un recurso de disponibilidad incierta, a causa de una existencia limitada y por su distribución irregular en la naturaleza. En Chile este diagnóstico se acentúa debido a una realidad hidrológica heterogénea a lo largo de su geografía y a la ocurrencia de períodos de sequía y abundancia. En el sur del país el agua es abundante a diferencia de la zona norte y centro que su disponibilidad es en ocasiones insuficiente. A esto se le debe sumar que su presentación física de flujo constante, determina que el agua como un bien no es susceptible de posesión material y exclusiva.² Estas características han condicionado que el agua históricamente presente desafíos en su regulación y métodos de asignación; si a esto le sumamos que los recursos hídricos son fuente imprescindible para el desarrollo económico, se produce un aumento sostenido en la demanda de agua, que genera una situación de escasez del recurso hídrico que debe ser analizada, gestionada y regulada.

En el país, el agua se define jurídicamente como un bien nacional de uso público, por lo que su uso pertenece a la Nación toda. Al mismo tiempo, se permite a la autoridad sectorial conceder su uso privativo a particulares a través de derechos de aprovechamiento. Estos corresponden a derechos reales especiales que confieren facultades de uso y goce perpetuas e independientes de las tierras que cruzan, capacidad de libre transferencia, sin exigencias de usos prioritarios, su propiedad cuenta con protección de rango constitucional, entre otras características singulares. La coexistencia de estos elementos determina que el régimen jurídico de las aguas este compuesto por dos instituciones base, por una parte, su denominación de bien nacional de uso público y por la otra, la facultad de usar y gozar privativamente de las aguas a través de derechos aprovechamiento. En este contexto, es posible cuestionar la coherencia entre ellos, sus características y relaciones.

¹ El artículo primero del Código de Aguas divide las aguas entre las marítimas y las terrestres. Delimita la competencia de sus disposiciones sólo a las aguas terrestres, lo que comúnmente se conoce como agua dulce.

² BAUER Carl, Régimen Jurídico del Agua: La Experiencia de Estados Unidos, Revista de Derecho de Minas y Aguas Vol. III, 1992, p.112.

Este trabajo expone que en Chile existe una controversia entre los elementos base del régimen de las aguas, es decir, entre su denominación como bien nacional de uso público y que sobre los derechos de aprovechamiento de este bien sus titulares tienen, al tenor del inciso final del artículo 19 N°24, un derecho de dominio. Se propone buscar una eventual justificación a la concurrencia entre derechos constituidos sobre la lógica de la propiedad privada y los bienes públicos, y así distinguir si la caracterización del agua como un bien nacional de uso público determina su regularización y métodos de asignación o, por el contrario, es sólo nominativa.

Cabe considerar en este cuestionamiento que, actualmente el sistema de los derechos de aprovechamiento -sus características, cargas y limitaciones- está en pleno análisis y discusión a raíz del proyecto de ley que pretende reformar el Código de Aguas. El Boletín N°7.543-12 “*Reforma el Código de Aguas*”, plantea entre sus principales objetivos un cambio que intensifique el régimen público de las aguas, reforzando las facultades de la Administración y limitando los derechos de aprovechamiento; dando cabida, a la protección y priorización de usos en función de la subsistencia, y así, fortalecer la calidad del agua como bien nacional de uso público y establecer una real diferenciación entre los derechos de aprovechamiento y el dominio privado.³

Enfocándose en esta discusión y a través del examen del marco jurídico de las aguas y la conceptualización de los bienes públicos, se pretende analizar a la luz de la legislación histórica, actual y las propuestas contenidas en el proyecto de ley de reforma al Código de Aguas, principalmente de su artículo quinto, la aparente contradicción entre los elementos bases del sistema. Y determinar así, si el derecho chileno regula las aguas dulces a través de dos instituciones antagónicas o, por el contrario, compatibles.

La revisión de la historia jurídica es el antecedente principal de las instituciones del derecho de aguas, y es justamente a través de su estudio que se desarrollará el siguiente trabajo.

³ Indicación sustitutiva al proyecto de ley (Boletín N°7.543-12) presentada por la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, con fecha de 8 de octubre de 2014. [*en línea*] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>> (consulta: 10 agosto 2017), pp.1-2.

CAPITULO I: LOS DESAFÍOS REGULATORIOS QUE DERIVAN DE LA NATURALEZA FÍSICA DEL AGUA Y SU DISTRIBUCIÓN GEOGRÁFICA

Para la comprensión del ordenamiento jurídico chileno de las aguas, como de cualquier sistema jurídico, deben tenerse en cuenta ciertas cuestiones preliminares que configuran la problemática objeto de regulación. En este capítulo se aprecia las aristas multidisciplinarias del estudio del agua, aspectos geográficos, económicos, sociales y legales; a través del estudio de tres temas principales: (i) Importancia del Agua y su Multifuncionalidad, (ii) Características Físicas del Agua y los problemas que presenta su Regulación, y por último (iii) la Realidad Hidrológica Heterogénea en Chile.

Importancia del Agua y su Multifuncionalidad

El agua cubre el 71% de la superficie del planeta y es matriz de la vida. Todos los seres que poblamos el área terrestre la necesitamos para vivir. El 97,5% del total de agua existente se encuentra principalmente en océanos marinos, el 2,5% restante es agua dulce. De esta cifra, el 75% está presente en estado sólido en glaciares, considerados como grandes reservas hídricas prácticamente inaccesibles para las personas, aunque, debido al factor cambio climático, estos depósitos está sufriendo una disminución constante de sus reservas. Así, el agua disponible para uso humano, agrícola, industrial y otros, presente en ríos, lagos y acuíferos subterráneos, es decir, el agua susceptible de apropiación sólo equivale al 0,62% del total, un 25% del agua dulce.⁴ Esta distribución del agua en la naturaleza determina que nos encontremos ante un bien vital y escaso.

Incluso esta cantidad de agua representa una cifra irreal para áreas que, a causa de una distribución irregular del agua accesible, de una demanda en rápido aumento, y de la contaminación de las fuentes de agua cercanas a áreas urbanas, viven bajo condiciones de escasez del recurso.⁵

⁴ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, Atlas del Agua Chile 2016, Santiago, 2015 [en línea] <<http://www.dga.cl/DGADocumentos/Atlas2016parte1-17marzo2016b.pdf>> (consulta: 10 octubre 2017).

⁵ HENRY J. Glynn, HEINKE W. Gary, et al., Ingeniería Ambiental, Segunda edición, Capítulo N°10“Recursos hidráulicos”, traducción ESCALONA Héctor García, Editorial Pearson Educación, México, 1999, pp.346-347.

Respecto de la forma en que el agua se hace presente en la naturaleza, para este trabajo, interesa las características e institucionalidad referida sólo a las aguas terrestres que escurren en forma superficial o subterránea después que se han producido las precipitaciones. No compete a las aguas marítimas ni el agua dulce contenida en glaciares, tampoco son relevantes las aguas que se encuentran en forma líquida en la lluvia y en las nubes, así como en estado gaseoso en la humedad del aire.

El agua como recurso natural es único, finito e indispensable para todo organismo viviente y, para la mayoría de las actividades económicas, el crecimiento de la población y de la economía, lo que estimula su demanda global.⁶ Esto determina al agua dulce como un recurso multifuncional, ya que es esencial para la vida humana, animal y vegetal y al mismo tiempo, sostiene actividades productivas, como la agricultura, generación de energía, la minería, etc.⁷

La importancia de cómo se regulan y gestionan las aguas recae en que el agua no sólo es un elemento vital para el medio ambiente y el ser humano, sino que también constituye un factor potencial o limitante para el desarrollo socioeconómico, debido a que es un recurso absolutamente necesario para satisfacer necesidades básicas de la población y con una enorme capacidad multiplicadora de la riqueza, convirtiéndose en un indicador fundamental, tanto de los niveles de desarrollo económico, como también de la calidad de vida de los seres humanos.⁸

El ser humano al utilizar el recurso hídrico para diversas actividades: obtención de agua potable, procesos industriales, generación de energía eléctrica, actividad minera, agricultura y ganadería, entre otras; debe considerar el aumento de la población y la mayor demanda para

⁶ BARQUEA Roxana, LARRAÍN Sara, POLANCO Rodrigo, URQUIDI Juan Carlos, Glaciares Chilenos. Reservas Estratégicas de Agua Dulce para la Sociedad, los Ecosistemas y la Economía, Programa Chile Sustentable y Sociedad Nacional de Agricultura, LOM Ediciones, Santiago, 2006, p.11.

⁷ ARANDA Pablo Valenzuela, Los Derechos de Aprovechamiento de Aguas en Chile y su Marco Regulatorio, Revista de Derecho Universidad de Chile, Escuela de Postgrado N°4, diciembre 2013, p.106.

⁸ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, Las Aguas como Bien Nacional de Uso Público, base para un cambio regulatorio que promueva un uso sustentable, Revista Ambiental Facultad de Derecho Universidad de Chile Justicia Ambiental, N°1, Santiago, 2009, p.203.

cubrir las necesidades de los diferentes rubros económicos, se requiere de un análisis que permita al Estado garantizar la calidad de vida de las personas, así como el crecimiento económico del país y la sustentabilidad de los ecosistemas hídricos. En Chile, del total de agua disponible en el territorio nacional, se estima que el 82% es utilizado por el sector Agropecuario, un 7% por el área Industrial, un 3% en Minería y un 8% es utilizado para los servicios de Agua Potable y Saneamiento.⁹ La polifuncionalidad de las aguas hace que su regulación sea aún más compleja que la de otros recursos.¹⁰

Las demandas en continuo aumento han hecho que los recursos hídricos sean relativamente más escasos, lo que ha elevado el valor económico del agua, intensificando los niveles de competencia y de conflicto entre los diferentes consumidores, y magnificando los impactos ambientales del uso del agua.¹¹ La escasez de agua no es solamente un problema de cantidad de agua; también incluye aspectos como la contaminación y la calidad del agua. “*La falta de agua suficiente de la calidad adecuada, para cualesquiera que sean sus usos, es un problema de escasez*”.¹² Estos dos aspectos, cantidad y calidad en la gestión del agua están siempre físicamente interrelacionados.

Desde un punto de vista económico, de estricta eficiencia en la asignación de recursos, la sociedad debería procurar que las necesidades que se satisfacen con un determinado uso del recurso, no fuesen menos prioritarias que aquellas que se sacrifican al no poder contar con él. En otras palabras, que no tengan un valor social. Como es natural, siendo el agua un recurso de primera necesidad, esta función de cubrir las necesidades básicas para la vida de las personas domina sobre cualquier otra. Sin embargo, en sociedades como la chilena el problema es del decisor social, básicamente del legislador. El enfoque de asignación no suele

⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, *Ibidem*, p.8.

¹⁰ CELUME Tatiana Byrne, *Íbidem*, p.15.

¹¹ BAUER Carl, Canto de Sirenas: El Derecho de Aguas Chileno como Modelo para Reformas Internacionales, Traducción: Juan Pablo Orrego, Ediciones El Desconcierto.cl, 2º edición, Santiago, 2015, p.31.

¹² BAUER Carl, 2015, *Ídem*, p.32.

ser el de garantizar acceso mínimo vital para la población, sino el de garantizar el acceso al recurso, entre usos competitivos y/o excluyentes, que ya no tienen esta característica.¹³ El reto es simple: garantizar el acceso a los servicios del agua a todo el mundo en igualdad de condiciones, consiguiendo al mismo tiempo priorizar aquellos usos de la misma que maximicen el bienestar social. La dificultad recae en que el cálculo del valor económico total del agua es prácticamente imposible, ya que la sociedad tiene ciertos intereses que no pueden cuantificarse por completo, pero cuya falta de atención puede impedir en el futuro asignar el recurso hídrico a aquellas funciones que efectivamente maximizan el bienestar social.¹⁴

En la búsqueda de aquellas políticas de gestión para un mejor aprovechamiento del recurso en sus múltiples propósitos, el año 1992 en Dublín se celebró la Conferencia Internacional sobre Agua y el Medio Ambiente (CIAMMA),¹⁵ con el propósito de formular las primeras bases para el desarrollo de políticas de recursos hídricos, que se materializaron en la Declaración de Dublín, a través de los siguientes principios:

Principio 1º: El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente.

Principio 2º: El aprovechamiento y la gestión del agua debe inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles.

Principio 3º: La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua.

Principio 4º: El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y deberá reconocérsele como un bien económico.

¹³ AZQUETA Diego Oyarzun, El valor del Agua desde una perspectiva económico-social, En: Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza “El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio”, dirigido por EMBID Irujo Antonio, Tomo I, Civitas Ediciones, 2002, pp.83-85.

¹⁴ AZQUETA Diego Oyarzun, *Ibidem*, pp.105-107.

¹⁵ SALGUERO Francisco Javier, ¿Qué fue la Declaración de Dublín?, iAguas.es, 2014 [*en línea*] <<https://www.iagua.es/blogs/francisco-javier-salguero/%C2%BFque-fue-la-declaracion-de-dublin>> (consulta: 12 diciembre 2017).

Además, la Asociación Mundial para el Agua (Global Water Partnership, “GWP”), organización que vela por la administración y el desarrollo sostenible de los recursos hídricos, agrega que la Declaración debe complementarse con la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos (“GIRH”). Construyendo los parámetros internacionales básicos para las estrategias legales y administrativas en materia de aguas.¹⁶

La Gestión Integrada de los Recursos Hídricos pretende ser un enfoque completo e interdisciplinario que reconoce y trata los muchos aspectos sociales, económicos, políticos, técnicos y ambientales de los temas relativos al agua.¹⁷ Un enfoque integrado destaca las íntimas conexiones entre aspectos que casi siempre se regulan de forma separada, tales como la relación entre los usos de las aguas y de los suelos, la relación entre aguas subterráneas y superficiales, y la relación entre calidad y cantidad. Un enfoque integrado, por su naturaleza, trata las cuencas hidrográficas de los ríos como la unidad geográfica más apropiada para la gestión del agua, en vez de tratarlas como áreas definidas por límites políticos o administrativos.

El régimen chileno se aleja de esta visión. La Dirección General de Aguas (“DGA”), es el órgano administrativo a cargo de la gestión de las aguas, dotado de personalidad de derecho público. Cumple la función general de control de las fuentes de aguas, a través de su registro y asignación de los derechos, ambas tareas, que como veremos más adelante no son aplicadas bajo el paradigma de la GIRH. Este órgano técnico encuentra sus competencias en el DFL N°850 DE 1998 del Ministerio de Obras Públicas,¹⁸ en artículos del Código de Aguas y el DFL N°1.115 de 1970.¹⁹

¹⁶ DONOSO Guillermo Harris, *Gestión Integrada del Agua: Lecciones de Experiencias Implementadas*. En: *Actas de Derecho de Aguas N°3-2013*, dirigido por VERGARA Alejandro Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Thomson Reuters, pp.121-122.

¹⁷ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p.34.

¹⁸ DFL N°850 del Ministerio de Obras Públicas, “Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del DFL N° 206, de 1960, que aprueban la Organización y Funciones del Ministerio de Obras Públicas”, publicada en el Diario Oficial el 25 de febrero de 1998.

¹⁹ DFL N°1115 del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, “Determina disposiciones de la Ley N°15.840 y otras aplicables a la Dirección General de Aguas”, publicada en el Diario Oficial el 6 de enero de 1970.

Dentro de sus atribuciones más importantes encontramos:²⁰ (i) gestión y administración del recurso hídrico en un marco de sustentabilidad, interés público y asignación eficiente; (ii) constituir los derechos de aprovechamiento de las aguas; (iii) ejercer policía y vigilancia del recurso; (iv) ejercer supervigilancia sobre las organizaciones de usuarios; y (v) planificar el desarrollo general del recurso.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha estimado que las facultades de la DGA son insuficientes para el control efectivo del manejo de las aguas.²¹

Su actuación contiene una serie de limitaciones que alejan sus labores de la GIRH, a saber: (i) no puede introducirse, salvo en casos reglado de restringida excepción, en la distribución de las aguas que se realiza en forma descentralizada, como revisaremos más adelante por las organizaciones de usuarios; (ii) no puede intervenir en la resolución de conflictos de aguas, cuyo conocimiento queda otorgado primero a las propias organizaciones de usuarios y en su defecto a los tribunales ordinarios de justicia o a un juez arbitro que dispongan las partes; (iii) no puede introducirse en las transacciones de los derechos de aprovechamientos de las aguas que lleven adelante los usuarios aun cuando ellas pudiesen producir externalidades sobre terceros o el entorno, resultados no esperados en la reasignación del recurso; entre otras que serán tratadas en el trabajo.

Características Físicas del Agua y los problemas que presenta su Regulación

El agua posee características de índole físicas que dificultan su apropiación: primeramente, está en constante movimiento, esto desafía la forma tradicional de apropiación, ya que no es

²⁰ VERGARA Blanco Alejandro, Transformación de la Dirección General de Aguas en una Agencia Independiente, y entrega de Competencia de los Conflictos de Aguas a los Tribunales Ambientales, Propuesta y Presentación ante la Comisión de Agricultura del Senado, 11 de junio 2018, [*en línea*] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=192&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de_Agricultura&idsesion=12567&idpunto=0&fecha=11/06/2018&inicio=11:30&termino=13:20&lugar=Sal%C3%B3n%20de%20Los%20Presidentes,%20Senado%20Santiago.&listado=2> (consulta: 14 agosto 2018), pp. 7-8.

²¹ ARANDA Pablo Valenzuela, *Íbidem*, p. 110.

posible retener “mi propiedad”.²² Además, es un fluido que debe ser contenido, lo implica una infraestructura que permita extraer al agua de su cauce natural y contenerlo para luego darle uso.

Otra característica relevante es la imposibilidad de reemplazarlo, no existe un método artificial de creación de agua y finalmente, posee relaciones internas en un mismo sistema hidrológico lo que provoca que el consumo aguas arriba influye inevitablemente aguas abajo. En la naturaleza los recursos hidráulicos rara vez existen cuando y donde se les necesita. La erosión, las inundaciones y las sequías también afectan la disponibilidad y la calidad del agua para su uso.²³

El agua posee varias propiedades físicas peculiares que son la causa directa de la evolución de nuestro ambiente y de la vida que funciona dentro de él. Su capacidad para conducir (conductividad térmica) y almacenar calor (capacidad calorífica), que permite el funcionamiento del sistema cerrado “ciclo del agua”. Al mismo tiempo, es un elemento dinámico y está en continuo movimiento, cambiando tanto de estado físico como de un lugar a otro.²⁴ El agua es una sustancia soluble y contiene diversas sustancias químicas, físicas y biológicas disueltas o suspendidas en ella, por estas razones suele ser necesario tratarla a fin de hacerla adecuada para su uso.²⁵

Además, la naturaleza del agua impide definirla como un objeto de dominio, ya que es imposible distinguir unidades de agua dentro de sus fuentes, dada su naturaleza fugitiva, o mejor dicho de flujo constante, nadie podría apuntar con sus dedos las “aguas que le pertenecen” o sobre las que recaen sus derechos, sin antes haber procedido a su extracción.²⁶

²² CELUME Tatiana Byrne, “Régimen público de las aguas”, Legal Publishing Chile, 2013, p.10.

²³ HENRY J. Glynn, HEINKE W. Gary, et al., *Ibidem*, 1999, p.340.

²⁴ HENRY J. Glynn, HEINKE W. Gary, et al., *Ídem*, pp.341-343.

²⁵ HENRY J. Glynn, HEINKE W. Gary, et al., *Ídem*, pp. 389-390.

²⁶ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p.10.

En palabras de Joshua Getzler:²⁷ *“The water as an ephemeral and changeable element incapable of exclusive possession was hard to fit within any available legal or philosophical categories”*.

El propio Código de Aguas reconoce en sus artículos segundo y tercero que las aguas afluyen continuamente o discontinuamente y que las aguas se presentan de forma diversa en la naturaleza, así clasifica a las aguas terrestres en superficiales o subterráneas. Las primeras son aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas, a su vez, aguas corrientes las que escurren por cauces naturales o artificiales; y detenidas las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales (lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses). Por su parte, define las aguas subterráneas como las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas. Según el profesor Alejandro Vergara en este artículo se consagra el concepto de unidad de corriente.²⁸

La unidad de corriente es un principio que responde a la geografía física de las cuencas, entendidas como una totalidad, es comprender una realidad hidrográfica impuesta por la naturaleza y el ciclo del agua. Consiste en incluir al derecho de aguas que la base fundamental de la disponibilidad de las aguas, es esta “unidad de la cuenca” en sus dos dimensiones principales: el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de los particulares y en el ejercicio de las potestades del Estado.

Sin embargo, una simple consagración no es suficiente, a lo largo del presente trabajo se evidenciará que no existe consideración al principio de la unidad de la cuenca en la gestión y regulación de las aguas. Retomando el análisis de Vergara, *“el contenido dogmático del artículo 3° no tiene un desarrollo diáfano en el propio Código de Aguas”*. Carece de un desarrollo a pesar de ser un concepto impuesto por la realidad de la naturaleza.²⁹

²⁷ GETZLER Joshua, *A History of Water Rights at Common Law*, Oxford Studies in Modern Legal History, 2004, p. 329.

²⁸ VERGARA Alejandro Blanco, *Derechos de Aguas*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998 pp.239-241.

²⁹ VERGARA Alejandro Blanco, 1998, *Ídem*, pp.248-249.

Respetando la unidad geográfica, es posible conformar un marco teórico-jurídico adecuado para resolver los diversos problemas que se originan en cada cuenca, y que no admitan miradas seccionadas: por ejemplo, la contaminación, en la necesidad de comprobar la disponibilidad real del recurso, la creación de nuevos derechos en distintas secciones, la distribución de las aguas entre diferentes usos, en los conflictos entre diversos usuarios, etc. No obstante lo anterior, el conocimiento de los recursos de agua superficiales y especialmente los subterráneos es precario, como también su empleo. Este conocimiento es escaso en relación con las actuales necesidades del país, el desarrollo de su conocimiento e infraestructura de empleo no ha ido a la par con el desarrollo económico.³⁰

Asimismo, resultado de las características físicas y geográficas del agua, uno de los principales costos de transacciones en los mercados de derechos de agua corresponde a la construcción o modificación de la infraestructura para la distribución del agua. Sin embargo, es importante destacar que los costos en infraestructura son inevitables; es decir, corresponden a una obligación contraída por las características particulares del recurso hídrico y ésta se debe pagar irremediamente, cualquiera sea el sistema de asignación de los derechos de aprovechamiento de aguas, no siendo exclusivo del mercado.³¹

Todos aquellos aprovechamientos relevantes del agua sólo son posibles a través de la realización de obras hidráulicas que faciliten su aprovechamiento.³² El crecimiento exponencial de la población y la expansión industrial crean la necesidad de suministrar y

³⁰ PERALTA Fernando Toro, El mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas. La experiencia chilena, En: Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza “El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio”, dirigido por EMBID Irujo Antonio, Tomo I, Civitas Ediciones, 2002, p.155.

³¹ DONOSO Guillermo, MONTERO Juan Pablo, VICUÑA Sebastián, Análisis de los Mercados de Derechos de Aprovechamiento de Agua en las Cuencas del Maipo y el sistema Paloma en Chile: Efectos de la variabilidad en la oferta hídrica y de los costos de transacción, En: Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza “El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio”, dirigido por EMBID Irujo Antonio, Tomo I, Civitas Ediciones, 2002, p.147.

³² VERGARA Alejandro Blanco, Derechos de Aguas, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 412.

distribuir agua en mayores cantidades. Esta necesidad se debe satisfacer construyendo presas, embalses, derivaciones de ríos, tuberías y acueductos para llevar agua entre fuentes más distantes y no contaminadas. La aplicación generalizada de la tecnología moderna a la provisión de agua ha incrementado la competencia para fuentes limitadas de agua.³³

Humberto Peña, ingeniero civil hidráulico que trabajó en la Dirección General de Aguas desde 1969 hasta el 2006, de los cuales los últimos doce años, los desempeñó como Director de este organismo; en una entrevista,³⁴ ante la pregunta sobre las dificultades del estudio de las aguas, plantea la complejidad del sistema de recursos hídricos: *“son sistemas complejos en los cuales hay aspectos económicos, sociales, ambientales, estrictamente productivos, técnicos, etc. Entonces, si tú quieres hacer una gestión adecuada de estos sistemas de recursos hídricos, tienes que tener una visión amplia: multidisciplinaria. Creo que esa visión no existe en el país y conduce a muchos errores. Por ejemplo, hay mucha gente que opina acerca de los sistemas de gestión de agua en Chile, pero no tienen idea de cómo operan desde el punto de vista físico”*. El profesional, plantea la necesidad de cubrir la carencia de planificación en todas las temáticas sobre cambios en los comportamientos del recurso hídrico hacia aguas abajo. Las alteraciones a las condiciones de uso o el cambio climático, suponen una visión de largo plazo y, en función de ello, requieren instrumentos para una gestión armónica del derecho de agua, que hoy no se ha desarrollado.

En todos los países la institucionalidad del agua y el ejercicio de las distintas competencias que la gestionan, es compleja. Ello porque el agua, a pesar de su comportamiento unitario en la naturaleza, a través del ciclo hidrológico, en la práctica presenta múltiples interacciones con la actividad humana, las cuales son abordadas en forma fragmentaria por la sociedad.³⁵

³³ HENRY J. Glynn, HEINKE W. Gary, et al., *Ibidem*, p. 338.

³⁴ PEÑA Humberto Torrealba, Entrevista: El Derecho del Agua, por YÁÑEZ Gonzalo Morroni, para la Sociedad Chilena de Energía Hidráulica (SOCHID), publicada el 24 mayo, 2016 [*en línea*] <<http://www.sochid.cl/2016/05/24/humberto-pena-el-derecho-del-agua/>> (consulta: 20 noviembre 2017).

³⁵ PEÑA Humberto, Las Competencias de la Administración Hídrica en Chile, En: Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza “El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio”, dirigido por EMBID Irujo Antonio, Tomo II, Civitas Ediciones, 2002, p. 331.

Realidad Hidrológica Heterogénea de Chile

Chile -por su amplitud latitudinal- posee gran diversidad climática dada, entre otros factores, por la influencia oceánica, la corriente de Humboldt y el Anticiclón del Pacífico; la conjugación de elementos morfológicos como las cordilleras de Los Andes, de la Costa y la Depresión Intermedia. Todos, le otorgan características en cuanto al relieve, vegetación natural, suelos y en especial, de recursos hídricos muy variados y de grandes contrastes entre el norte y sur del país.³⁶

Dentro de este contexto, Chile en su conjunto es considerado un país privilegiado en materia de recursos hídricos. La esorrentía media total, es decir, el volumen de agua procedente de las precipitaciones que escurren por los cauces superficiales y subterráneos, equivale a un promedio nacional per cápita de 51.218 m³/persona/año, valor bastante más alto que la media mundial de 6.600 m³/persona/año y muy superior al valor de 2.000 m³/persona/año considerado internacionalmente como el umbral para el desarrollo sostenible. Sin embargo, cuando se analiza regionalmente este valor promedio, se hace evidente la heterogeneidad hídrica del país. De este modo, desde la Región Metropolitana hacia el norte, prevalecen condiciones de escasez, donde la esorrentía per cápita promedio está por debajo de los 500 m³/persona/año, mientras que las regiones de O'Higgins hacia el sur superan los 7.000 m³/persona/año, llegando a un valor de 2.950.168 m³/persona/año en la Región de Aysén.³⁷

Chile es un país hídricamente heterogéneo a lo largo y ancho de su territorio. En la zona norte impera sin restricción el desierto más absoluto, la lluvia es realmente escasa no superando los 10 mm al año; en la zona central prevalece un clima típicamente mediterráneo, con precipitaciones en el invierno y un prolongado período de sequía de verano, los ríos poseen escurrimientos permanentes; al sur los ríos tienen caudales permanentes, regímenes pluviales y grandes lagos.³⁸ Desde su diversidad, se encuentra expuesto a una serie de cambios

³⁶ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, Atlas del Agua en Chile 2016, Santiago, 2015 [*en línea*] <<http://www.dga.cl/DGADocumentos/Atlas2016parte1-17marzo2016b.pdf>> (consulta: 10 octubre 2017), p.8.

³⁷ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, *Ídem*, pp. 8-9.

³⁸ VERGARA Alejandro Blanco, Tomo II, 1998, *Ibidem*, p. 414.

tendenciales en materia climatológica asociados al agua, experimentando con mayor frecuencia eventos meteorológicos extremos y fenómenos como sequía, inundaciones y aluviones, los cuales han despertado una preocupación para enfrentar los posibles impactos de este cambio climático en la cantidad y calidad del recurso hídrico. Los resultados de distintos escenarios proyectados para el futuro coinciden en pronosticar aumentos de temperaturas y variación de precipitación, según la zona geográfica del país. Este análisis requiere considerar la climatología reciente de Chile y compararla con la simulación de escenarios futuros en un periodo de tiempo definido.

Las condiciones geográficas de Chile que determinan su realidad hidrológica heterogénea junto con los eventuales efectos del cambio climático, plantean el gran reto de abordar adecuadamente la sequía y la recurrencia de eventos extremos. Sin embargo, a pesar de las grandes diferencias de magnitud de las variables hidrometeorológicas a lo largo del país, las normas y herramientas actuales tienden a aplicarse en forma homogénea. La actual institucionalidad, normativa y política de gestión del agua no consideran estos elementos en sus normativas, no se ajustan a la realidad geográfica de cada región o cuenca hidrológica.

El profesor Segura,³⁹ advierte que, en un país con una geografía tan heterogénea, desde el desierto más seco del mundo a los glaciares más antiguos se requiere de una legislación que reconozca estas diferencias, una legislación como la actual crea y seguirá creando conflictos locales de compleja solución sin normativas especializadas y contextualizadas que en la práctica tengan vialidad.

Por otra parte, la proyección de escenarios futuros y los reiterados eventos climáticos extremos evidencian la necesidad de avanzar en la búsqueda y generación de nuevas fuentes de agua, así como de planes y políticas tendientes a facilitar la construcción de infraestructura hidráulica de acumulación de agua, que permita regularla y almacenarla, tanto para mitigar eventos extremos, como para disponer de ella en épocas de escasez.

Se hace latente la necesidad de contar con un marco legal e institucional que considere tanto la diversidad y la escasez hídrica como fenómenos reales.

³⁹ SEGURA Francisco Riveiro, 2006, *Ibidem*, p.11.

El proyecto de ley que pretende modificar al Código de Aguas, incluye indicaciones como modificar el marco normativo priorizando la subsistencia humana a través del acceso de la población al agua potable. Además, aumentar las capacidades de información, gestión, fiscalización y protección ambiental del agua, tanto para asegurar un acceso equitativo a ésta como para la preservación del recurso en el futuro. Asimismo, se busca incorporar mecanismos de generación de información que permitan a la autoridad conocer y fiscalizar las extracciones de agua en los principales ríos, canales, cuerpos de agua y acuíferos, lo que posibilitará conocer de un mejor modo la magnitud de los diferentes usos del agua en el país, y mejorar la gestión del recurso.⁴⁰ Sin embargo, no considera una aplicación distinta en la macro zona norte a la macro zona sur o la austral, nuevamente se cae en el error de una aplicación homogénea del derecho a realidades completamente dispares.

Ejemplo de una comprensión de las realidades hidrológicas en las políticas regulatorias es lo que aconteció en el sector oeste de los Estados Unidos, en esta región donde los recursos hídricos son más escasos que en ninguna otra parte del país. Desde la década de los setenta, diversas limitaciones financieras y ambientales, obligaron a desplazar el interés hacia la reasignación y la protección de los recursos existentes. Sus políticas públicas enfocadas en la eficiencia económica, los incentivos de mercado, una gestión integrada de los recursos y el enfoque de la cuenca como un todo y la restauración ambiental, les permitieron una reasignación del agua a sectores productivos más eficientes y potenciar la tecnología en la extracción y reutilización de las aguas.⁴¹ En la legislación norteamericana se aprecia una amplia gama de sistemas que varían de acuerdo a la realidad climática de cada Estado. En aquellos con climas más secos, el régimen de aguas se constituye normalmente en base al principio de la prioridad del uso efectivo y beneficioso (doctrine of prior appropriation), de manera que quien recibe del Estado el derecho al uso del agua debe hacerlo efectivamente, en caso contrario el dominio y la capacidad de uso vuelven al Estado. Por su parte, en los Estados

⁴⁰ Tramitación legislativa Boletín N°7543-12, disponible en <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>>.

⁴¹ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p.71.

más húmedos y ricos en aguas el uso queda entregado al dueño de las riveras (riparian doctrine), aun cuando dependiendo del Estado existen también reglas que garantizan el aprovechamiento racional de ellas, como asimismo normas de policía para regular el derecho de uso.⁴²

En efecto, la regulación de las aguas y sus instituciones no pueden ser iguales en un sector con abundantes precipitaciones y riqueza de agua que en otro que es árido y con precipitaciones escasas e irregulares.

Así, en Chile es necesaria una comprensión del contexto fáctico, de la disponibilidad de las aguas y de sus usos. Tanto la importancia del agua para múltiples propósitos, como las características físicas del elemento y su distribución geográfica heterogénea, son elementos de interés para la gestión de las aguas, que están íntimamente conectados. Poder protegerlas depende del marco legal e institucional general. También implica necesariamente distribuir los costos y beneficios de los diferentes usos del agua entre diferentes personas y grupos de la sociedad. Exige un enfoque más completo e interdisciplinario.

El Código de Aguas no trata temas de protección ambiental o de la calidad de las aguas, las cuestiones ambientales no eran prioridad pública o política en Chile durante la década de los setenta o a comienzos de los ochenta.⁴³ Y si bien hoy existen otros órganos y legislaciones competentes de exclusiva preocupación ambiental, como el Ministerio de Medio Ambiente y sus Subsecretarías, la sana administración de los recursos hidráulicos requiere tanto del control del flujo de agua, como del entendimiento de la necesidad de coexistencia de todo tipo de usuarios y propósitos dentro de una hoya determinada. El objetivo general de la administración de las aguas, es aumentar al máximo los beneficios derivados de la utilización y el control de los recursos hídricos y ajustarlos a los límites físicos, geográficos, medioambientales.⁴⁴

⁴² SEGURA Francisco Riveiro, 2006, *Ibidem*, p.8.

⁴³ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p.79.

⁴⁴ HENRY J. Glynn, HEINKE W. Gary, et al., *Ibidem*, p.140.

CAPITULO II: EL AGUA COMO BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO

En nuestro ordenamiento jurídico las aguas son consideradas bienes nacionales de uso público. Aquello se establece, primero en el artículo 589 del Código Civil que define los bienes nacionales como aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda, y específica además que, si el uso de aquellos bienes pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.⁴⁵ Más adelante y de forma explícita el artículo 595 prescribe que todas las aguas son bienes nacionales de uso público. De la misma forma, en el Código de Aguas, en específico en sus artículos 5 y 6, reiteran la naturaleza de las aguas como bienes nacionales de uso público y establece el otorgamiento a particulares del derecho de aprovechamiento, el cual lo define como un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, bajo los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el Código.

Desde el inicio de la colonización española, y en los orígenes de la República, se establecieron las aguas como un “bien nacional de uso público” sin entrar en los detalles del lenguaje de cada época para referirse a esta definición.⁴⁶

Ante esto, se hace necesario comenzar con el estudio de esta categoría de bienes para comprender la relación que existe entre el régimen jurídico consagrado de las aguas y el funcionamiento de sus instituciones en general.

Bienes Nacionales: concepto, características y clasificaciones

En Chile se reconocen distintos sistemas de propiedad sobre los bienes, el principal y más común es el dominio privado, se caracteriza en el artículo 582 del Código Civil como el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo

⁴⁵ ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel, VODANOVIC Antonio, Tratado de los Derechos Reales, Capítulo IX: Derechos Privados sobre Bienes Nacionales, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 312.

⁴⁶ HEDERRA Donoso Ana, Comentarios al Código de Aguas, Editorial Jurídica de Chile. 1960, pp.53-54.

contra la ley o el derecho ajeno y cuenta con protección constitucional por el artículo 19 numeral 24 de la Constitución Política de la República. Debido a la preponderancia de este régimen es que se hace necesario distinguir primeramente los bienes públicos o bienes nacionales, de los privados. Los bienes privados son los que pertenecen a particulares y se rigen por las reglas del derecho común; los públicos son aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda y su orden normativo es esencialmente público y especial.⁴⁷ Se trata de dos regímenes distintos, distinción que se justifica en atención al interés al cual los bienes están inmediatamente afectos, pero que se configuran jurídicamente atendiendo al tipo de bien sobre el que recaen.⁴⁸

Ya en 1856 el profesor Santiago Prado distinguía que los bienes o las cosas se dividen en “*nacionales i particulares o privados*”. Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda y recalca que a esta especie de bienes nacionales -distinguiendo de los fiscales- corresponden los ríos y todas las aguas que concurren por cauces naturales. Y respecto de los bienes nacionales de uso público es deber principal de la Administración velar por su conservación y mejora; impedir que el interés de particulares se sobreponga al general estorbando o menoscabando el uso común.⁴⁹

Desde una perspectiva más moderna, los profesores Atria y Salgado,⁵⁰ plantean que hay que distinguir entre dominio público y dominio privado, que el dominio privado existe para garantizar un espacio de autonomía individual a su titular. En cambio, el dominio público está compuesto por bienes que, reservados por ley, han quedado sujetos a la titularidad del Estado con el fin de satisfacer una necesidad pública, evitando que ésta quede condicionada a la

⁴⁷ ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel, VODANOVIC Antonio, *Ibidem*, pp. 312-313.

⁴⁸ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, “La propiedad, el Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de Aguas en Chile”, Thomson Reuters, 2015, p.11.

⁴⁹ PRADO Santiago, Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno adaptadas a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional, Colección Obras de Derecho Público, Tribunal Constitucional de Chile, Volumen IV, Santiago de Chile, 2017, pp. 249-250.

⁵⁰ VERGARA Alejandro, 1998, Tomo II, *Ibidem*, pp. 50-51.

voluntad de los particulares. Así, el dominio público “*es la forma que utiliza el derecho para destinar ciertos bienes a fines de interés general*”.

Entre los bienes de dominio privado y público, la existencia de un acto legislativo será lo que los diferencie: la *publicatio*. Corresponde a una técnica jurídica por medio de la cual el Estado se irroga ciertas potestades de intervención administrativa sobre una determinada clase de bienes a efectos de satisfacer necesidades colectivas,⁵¹ consiste en un acto jurídico del legislador que tiene como propósito excluir ciertos bienes del comercio, configurarlos como *res extra commercium*, con el objetivo de que todo el sistema civil relativo a los bienes le resulte inaplicable, por cuanto carecerían del requisito esencial de la apropiabilidad, médula del derecho civil patrimonial.⁵² El ordenamiento jurídico extirpa a los bienes públicos del derecho común por ser este insuficiente. La falta de apropiabilidad implica una carencia de dueño, es decir, no puede configurarse una titularidad sobre ellos y tampoco la necesitan puesto que lo que pretenden las denominaciones de bienes como comunes es eliminar el acceso a la propiedad y crear formas de aprovechamiento que se sujeten a una regulación completamente diversa. El artículo 19, número 23 de la CPR dispone que “*La Constitución asegura a todas las personas: La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así*”. De esta norma nace la distinción entre los bienes disponibles de dominio privado, y los que serán del dominio público ya sea por su naturaleza o por declaración legal.

A su vez el dominio público se divide en bienes nacionales de uso público y bienes fiscales. La diferencia recae en la relación entre el Estado y el dominio sobre ellos; el carácter de “público” se construye a partir del tipo de potestad estatal sobre ellos. En el primer caso, es una potestad exclusivamente de administración, sobre los BNUP el Estado no tiene propiedad en el sentido de propiedad privada, sino titularidad. En cambio, en el caso de los bienes fiscales, el Estado sí tiene propiedad sobre ellos, por lo que sus potestades incluyen uso, goce

⁵¹ CELUME Tatiana Byrne, *Íbidem*, p. 170.

⁵² CELUME Tatiana Byrne, *Idem*, p. 145.

y disposición sobre ellos, a través del Fisco.⁵³ No hay bienes que sean a la vez fiscales y nacionales de uso público.⁵⁴

Bienes Nacionales de Uso Público

Como ya fue mencionado se definen en los artículos 589 y 595 del Código Civil, bienes de este tipo son las calles, las plazas, los caminos y las aguas. Tal como fue planteado en el subcapítulo anterior, es evidente que los bienes nacionales de uso público se distinguen de la propiedad privada porque niegan su elemento esencial, el derecho de un dueño exclusivo de disponer arbitrariamente. La definición de los bienes nacionales de uso público, como aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda, contiene un elemento subjetivo y plural: “la Nación toda”, que se le contrapone. El régimen sobre los BNUP es, por tanto, un tipo de propiedad esencialmente contrario a la propiedad privada, son incompatibles en su justificación. Según el profesor Atria, el dominio público se justifica en su atención directa al interés general y por eso un régimen como el de la propiedad privada en que cada uno usa y goza sin consideración de otros se torna problemático, ya que no existe satisfacción del interés general.⁵⁵

Sin embargo, aquí cabe una distinción respecto de la titularidad sobre estos bienes. Atria y Salgado asumen que el titular de los bienes nacionales de uso público es el Estado, ya que “*el Estado es la personificación jurídica de la Nación*”⁵⁶ y como titular de la Nación, el Estado y su aparato administrativo permiten la operación del sistema en la práctica, y esto sería reconocido tanto por tribunales como por la doctrina. Justifican su postura, en la práctica: “*Negar que el Estado pueda reclamar la tutela pública de dichos bienes implica que nadie pueda reclamarla*”.⁵⁷

⁵³ DUHART Daniela Vera, La Institucionalidad de la Gestión del Agua en Chile, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 24.

⁵⁴ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ibidem*, pp.17-23.

⁵⁵ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ibidem*, p.12.

⁵⁶ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ídem*, p. 36.

⁵⁷ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ídem*, p. 39.

Y lo hacen en crítica referencia a lo postulado por el profesor Vergara, quien por su parte, señala que la categoría “*deben pertenecer a la Nación toda, es un concepto cercano a “pueblo”, en quien reside la soberanía, y que por eso mismo la aleja de cualquier titularidad estatal. Por lo tanto, estos bienes que deban pertenecer a la Nación toda no corresponde ni pertenecen al Estado, ni a alguno de sus órganos. Debe recordarse que el Estado es un concepto al que la propia Constitución Política le da expresamente un contenido diferente a Nación en sus artículos 6 y 7*”.⁵⁸ Según el autor, muestra de aquello sería que el artículo 19 N°24 inciso sexto de la Constitución, declara solo en ese caso y expresamente, que las minas son de dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado; en este caso la Constitución, desviándose de la separación entre Estado y Nación, le reconoce de forma excepcional un dominio sobre bienes de la Nación, al Estado.

Más allá de analizar las críticas de una u otra postura es relevante rescatar que no existe conceso en si el Estado se subroga la titularidad de los bienes que pertenecen a la Nación toda o este tipo de propiedad tiene un titular subjetivo, plural e indeterminado. Esta discusión se debe probablemente en que no hay claridad en la norma, no existe una designación como en el caso de las minas, sino el uso de la “Nación”, como un elemento de bienes comunes a disposición de todos. De todas formas, tal “titularidad” no puede significar automáticamente una traducción en un dominio exclusivo del Estado. Si bien, es evidente que en la práctica solo a través de la Administración se ejercen las gestiones y protecciones que amerita la publicación, aquello no es suficiente para igualar bienes nacionales de uso público a bienes fiscales.

Por otro lado, la designación de la Nación como titular de sus usos no significa necesariamente que todos los habitantes puedan utilizarlos en cualquier momento o que no sea admisible que existan usos exclusivos y excluyentes. En muchos casos es necesario establecer reglas que regulen el acceso y el uso de un bien por razones de ordenación económica, seguridad en el uso u otras razones de diversa índole. Todas normativas ordenadas a realizar una finalidad pública que justifica la *publicatio* y que en ningún caso busca resguardar la autonomía del

⁵⁸ VERGARA Alejandro Blanco, El Novísimo Derecho de Bienes Públicos y Recursos Naturales en Chile. *Publicatio*, derechos reales administrativos, Revista de Derecho Administrativo N°49, 2004, p. 579.

individuo.⁵⁹ Si bien la regla general es que el uso de estos bienes sea común, gratuito y libre, existen usos privativos sobre ellos. Son aquellos que consisten en la ocupación de una parte del dominio público, a través del otorgamiento de una concesión o autorización administrativa, en virtud de la cual queda excluida la utilización de los demás.⁶⁰ Y si bien puede parecer problemático que sean usos exclusivos y excluyentes, aquello requiere una justificación especial de interés general que lo vuelve compatible y necesario. En la práctica, los bienes nacionales de uso público están sujetos a una reserva legal, de modo que sólo la ley podrá autorizar el acceso y aprovechamiento de particulares a la adquisición de estos bienes determinados.

Entonces, se trata de un régimen excepcional de propiedad que excluye ciertos bienes de la esfera de libertad de acceso a la propiedad por parte de los particulares. Para que opere la publicación, debe existir una justificación en el interés general, de tal magnitud que solo pueda ser logrado acudiendo a este régimen extremo de desterrarlo del comercio privado. La ley creará un sistema exorbitante al derecho privado, concediendo al Estado una función tutelar más firme que deberá velar por el efectivo cumplimiento de los intereses generales que han motivado la publicación y configurar las específicas modalidades por medio de las cuales los particulares pueden acceder a aquellos.⁶¹ Este régimen al tener por objeto excluir bienes del comercio, determina que no será el mercado el que decida cómo se distribuyen y asignan y no es el propietario el que determina su forma de uso y goce, sino un régimen público, exorbitante del derecho común que tiene por objeto proteger el bien de la apropiación de los particulares.

La publicación debe estar justificada en un interés colectivo que se pretende satisfacer, tal finalidad determina la regulación jurídico-pública. De este modo, no es el hecho mismo de la

⁵⁹ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ibidem*, p. 20.

⁶⁰ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ídem*, pp. 54-55.

⁶¹ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 99.

publicación el que determina cierto régimen jurídico, sino los motivos que han llevado a ella.⁶²

La justificación de la publicación no recae en la naturaleza del bien sobre el cual se consagran. Tanto el Código Civil (arts. 582-585) como la Constitución (art. 19 N°23) reconocen cuatro categorías de propiedad: (i) propiedad privada; (ii) los que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres; (iii) los que deben pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así; y (iv) los que se declaran de dominio del Estado, como las minas. De aquello se desprende que existe una categoría de bienes del dominio público que se caracteriza por que la naturaleza los ha hecho comunes a todos los hombres; y que esta es distinta de los bienes del artículo 589 del Código Civil. Las calles, plazas, puentes y caminos son bienes que en principio y por su naturaleza son bienes susceptibles de propiedad privada, pero que el legislador los excluye del régimen por una función pública y los declara bienes nacionales de uso público. La decisión de un tipo de bienes debe servir a todos, resulta en la publicación del régimen que le es aplicable. Por tanto, la *publicatio* no fluye de características objetivas de la cosa sino “*de la decisión legislativa de que ciertos bienes se organicen, distribuyan, se aprovechen y se gocen de una forma que no venga determinada por el poder de eventuales propietarios, sino por todos*”.⁶³

Más concretamente las razones para publicar ciertos bienes han sido permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional y garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial, su protección y su racional aprovechamiento.⁶⁴

Desde el punto de vista económico un bien es económicamente susceptible de propiedad privada cuando presenta rivalidad en su consumo y es factible física y económicamente consagrar mecanismos de exclusión a su respecto. En referencia al consumo de un bien, la rivalidad consiste en que si puesto el bien a disposición de algún usuario, puede ser entregado

⁶² CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, p. 73.

⁶³ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ibidem*, p. 26.

⁶⁴ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ídem*, p. 27.

a otro usuario para que también lo utilice. Por su parte, la capacidad de exclusión trata fundamentalmente de la posibilidad de impedir que alguien ingrese al uso o disfrute de un bien, oponiéndose legítimamente a su admisión, requiere la aptitud del bien para que a su respecto se puedan crear fronteras que permitan excluir a otros de su goce o disfrute. Un recurso común es cuando existe rivalidad, pero no exclusión, mientras que al bien privado ambas circunstancias le son aplicables.⁶⁵

Frente a los bienes comunes es posible que se desate el fenómeno de “La tragedia de los comunes” (Tragedy of the commons) el dilema descrito por Garrett Hardin en 1968, que describe una situación en la cual varios individuos, motivados solo por el interés personal y actuando independiente pero racionalmente, terminan por destruir un recurso común, compartido y limitado; aunque a ninguno de ellos, ya sea como individuos o en conjunto, les convenga que tal destrucción suceda. El autor explica el fenómeno basado en un pastizal cuyo uso es compartido y cada pastor tiene x número animales, pudiendo agregar más, así: *“The rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd. And another; and another “(...)” But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit-in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all”*.⁶⁶

A juicio de la Dr.D. Tatiana Celume Byrne, los sistemas de acceso restringido, en principio, sólo provocarán la disminución de posibles competidores, quizás hasta desacelerar la tragedia del recurso común, pero mientras no sea complementado con reglas de apropiación que no se basen en la primera apropiación, probablemente no se resolvería la tragedia.⁶⁷

⁶⁵ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 11.

⁶⁶ HARDIN Garrett, The Tragedy of the Commons, Science N°162, 1968, p. 124.

⁶⁷ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 45.

En resumen, las características de los bienes nacionales de uso público son: (i) su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, la falta de titularidad real y determinable se satisface en los fines que pretende: extra comerciabilidad y uso público común; (ii) son intransferibles⁶⁸ (*res extra commercium*), ajenos al tráfico privado, por tanto, inalienables, inembargables e imprescriptibles,⁶⁹ (iii) la autoridad puede otorgar a particulares “permisos” y “concesiones” sobre ellos o, más usualmente, sobre partes de BNUP, para ser destinados a fines específicos de los que se beneficie también, en último término, la comunidad.

Así las cosas, el agua es una sustancia que, por sus características peculiares, desdibuja la distinción entre lo público y lo privado y plantea graves dificultades para la propiedad privada, tal como se entiende habitualmente. El agua es vital para la supervivencia biológica y para una amplia gama de actividades económicas y sociales. Sus propiedades cinéticas, fluidez, multiplicidad de usos e importancia vital le confieren un carácter intrínsecamente público.⁷⁰

El Agua como Bien Nacional de Uso Público

En noviembre de 1819 el Senado-Consulta de O’Higgins dictó el Decreto Supremo sobre “Regadores de Agua”. Es la primera norma posterior al proceso de Independencia relativo a las aguas que se dictó en Chile. De su texto es posible deducir el reconocimiento legal implícito de un uso común y público de las aguas al establecer que si bien las infraestructuras de *boca-toma* serán de cuenta de los privados, el cuidado y la gestión será del Gobierno, determinando quien consuma el agua y de donde pueden sacarla.⁷¹

⁶⁸ PEÑAILILLO Daniel Arévalo, Los bienes: la propiedad y otros derechos reales, Primera parte: Conceptos Fundamentales y Clasificaciones, Capítulo II: Clasificaciones, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 65-67.

⁶⁹ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ibidem*, pp. 50-51.

⁷⁰ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, pp. 112-114.

⁷¹ VERGARA Alejandro Blanco, Tomo I, 1998, *Ibidem*, pp. 129-131.

A partir del siglo XIX el agua es concebida en todo Hispanoamérica como pública, por medio de conceptos que vinculan a las aguas con el Estado, la Nación, o simplemente con lo público.⁷²

En la actualidad, el artículo 595 del Código Civil dispone “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”. A su vez, el Código de Aguas en su artículo 5º reafirma esa calidad al señalar que: “*Las aguas son bienes nacionales de uso público, y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código*”. Estas afirmaciones normativas constituyen el punto de partida de la regulación de las aguas. Se deja de manifiesto el fin último al que están destinados los recursos hídricos, el uso público de las aguas y que justifica un dominio público, toda vez que sus finalidades son múltiples y esenciales, las cuales se expresan en las distintas necesidades colectivas que son satisfechas mediante el uso del agua.⁷³ Es por ello que el ordenamiento jurídico les ha otorgado un régimen especial, así como al resto de los bienes nacionales de uso público, con el objeto de protegerlos, ordenar el uso y aprovechamiento de los mismos.

Este rol especial del Estado en la gestión del agua es reconocido en la totalidad de los países del mundo y tiene antecedentes que lo remontan a la construcción de los primeros Estados de la antigüedad, como es el caso de Egipto y Mesopotamia. Sin duda, su origen se encuentra en el carácter profundamente social de la gestión del agua, lo que siempre ha obligado a establecer regulaciones y a realizar grandes esfuerzos cooperativos en su aprovechamiento y en el control de sus excesos.⁷⁴

A las aguas como parte de los bienes de dominio público al ser BNUP, se les asignan dos características centrales: (i) la prohibición de la apropiación privada del recurso, desde la

⁷² VERGARA Alejandro Blanco, *Evolución y Principios del Derecho de Aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile*. En: *Derecho de Aguas*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 465.

⁷³ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 206.

⁷⁴ PEÑA Humberto, *Las Competencias de la Administración Hídrica en Chile*, En: *Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza “El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio”*, dirigido por EMBID Irujo Antonio, Tomo II, Civitas Ediciones, 2002, p. 335.

óptica del tráfico jurídico: y, (ii) las potestades regulatorias del Estado, representado por la Administración pública, relativas a las actividades que realicen los privados en torno al agua, en miras del interés público sobre el bien.⁷⁵

La primera característica nace del efecto práctico de la *publicatio*, es la sustracción *ab initio* de la apropiación privada de todas las aguas.⁷⁶ Así la concesión de derechos de aprovechamiento es el único instrumento de adquisición originaria sobre las aguas, no hay posibilidad de recurrir a otros modos de adquirir, como la ocupación. La excepción a aquello es el reconocimiento de usos consuetudinarios a través de jurisprudencia, previo informe de la DGA.

Jurídicamente, la *publicatio* de las aguas impide la creación de derechos exclusivos que recaigan directamente sobre ellas. El bien es declarado como insuceptible de propiedad privada y, en consecuencia, intransferible, de lo que resulta que el ordenamiento jurídico no puede permitir el desmembramiento de porciones del bien para queden alojadas en el patrimonio de los particulares.⁷⁷ Ello es precisamente lo que se quiere evitar por medio de la técnica de la publicación, en tanto se entiende que las satisfacciones de ciertos intereses generales no pueden ser logrados bajo la lógica privada. En relación al dominio público de las aguas, la Administración debiese estar dotada de ciertas potestades tendientes a regular el uso y garantizar el cumplimiento de las necesidades públicas.⁷⁸

Por su parte, las potestades regulatorias del Estado, a través de la DGA, sobre las actividades que realicen los privados en torno al agua deben construirse en pleno respeto y protección del interés público que justificó la *publicatio* sobre el bien.

⁷⁵ ARANDA Pablo Valenzuela, *Ibidem*, p. 116.

⁷⁶ VERGARA Alejandro Blanco, Sistema y Autonomía del Derecho de Aguas, Actas de Derecho de Aguas N°1, Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 70.

⁷⁷ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 10.

⁷⁸ ARANDA Pablo Valenzuela, *Ibidem*, p. 116.

En el caso de las aguas, la calificación de bien nacional de uso público se justifica en el interés de hacer posible el uso común de las mismas, y al mismo tiempo compatibilizar su conservación como recurso esencial, tanto para sus usos vitales, como para su aprovechamiento económico.

A este interés general se le puede sumar una de las justificaciones que encuentra la doctrina contemporánea, que el dominio público de las aguas se debe a su carácter de recurso ambiental. Francisco Segura plantea que *“Se trata de un auténtico replanteamiento de los antiguos conceptos de la disciplina. Luego de una prolongada evolución se formó el sólido concepto de dominio público de las aguas, basado en la concepción del agua como bien estratégico y básico para la subsistencia del hombre. Hoy, sin embargo, se considera básico para la subsistencia del medio ambiente en el que el hombre se desenvuelve y tiene, por cierto, deber de conservar”*.⁷⁹

Así la publicación de las aguas se justifica en el interés de garantizar usos eficientes y conservar el recurso; por cuanto sus múltiples usos, su distribución heterogénea y dificultades de apropiación, requieren de un régimen que propicie un uso común de las aguas compatible con su naturaleza de recurso escaso, vital y económico.

⁷⁹ SEGURA Francisco Riveiro, 2006, *Ibidem*, pp. 33-34.

CAPITULO III: DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS Y SUS CARACTERÍSTICAS

A raíz de la declaración estatal de las aguas como bienes nacionales de uso público, durante toda nuestra vida republicana, el uso de las aguas por los privados debe necesariamente ser concedido por el Estado: este otorga a los particulares una “concesión o merced de agua”, de la cual nacen los derechos de aprovechamientos de aguas. Si bien, esta es la regla legal y general, su vigencia íntegra es sólo teórica, pues como se desarrolla más adelante, hay otras fuentes de derechos, como por ejemplo los usos consuetudinarios de aguas que son reconocidos por ley.⁸⁰

Los derechos de aprovechamiento de las aguas constituyen el segundo pilar del régimen sobre las aguas en Chile, es imprescindible para una cabal comprensión del sistema jurídico un análisis sobre el concepto, sus fuentes y características, de todo aquello trata el siguiente capítulo.

Concepto de los Derechos de Aprovechamiento

Cuando se habla de derechos de aprovechamiento se habla de una potencia jurídica entregada a un particular. En materia de aguas, su objeto es el uso de aguas que no le pertenecen al sujeto, puesto que ellas son de dominio público, pero que sobre las cuales se tiene el derecho de usar y el derecho de tener el dominio sobre ese derecho de uso.

El profesor Vergara plantea que los derechos de aprovechamiento se manifiestan por la posibilidad del particular de usar y disponer de un volumen de agua para los fines que estime conveniente, de acuerdo con las características de su título.⁸¹ Producto de la naturaleza de flujo, se expresan en volumen por unidad de tiempo.⁸²

⁸⁰ VERGARA Alejandro Blanco, Derechos de Aguas, Tomo II, *Ibidem*, 1998, p. 311.

⁸¹ VERGARA Alejandro Blanco, Evolución y Principios del Derecho de Aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile, *Ibidem*, 2004, p. 468.

⁸² SEGURA Francisco Riveiro, 2006, *Ibidem*, p. 51.

El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es como se relacionan o posicionan los particulares o privados con las aguas. La historia legislativa chilena tiene tres formas de relaciones:⁸³

(i) Derechos de los riberaños / mercedes de aguas

A pesar de la temprana caracterización de las aguas como bienes públicos, siempre existió además de forma consuetudinaria el reconocimiento y la posibilidad de que los propietarios riberaños utilizaran libremente el agua que escurre al borde de sus predios, en la medida de sus necesidades. Por lo que hubo una convivencia de usuarios, los titulares de derechos y aquellos dueños de tierras con riberas de ríos.

Esto hasta 1951, año en que se sometió a la generalidad de las aguas al régimen legal de los títulos privados.

(ii) Derechos de aprovechamiento y propiedad sobre ciertas aguas

En un inicio la legislación reconoció la existencia de derechos de propiedad particular sobre algunas aguas: *aquellas que nacen, corren y mueren en la misma heredad, o las que se encuentran en lagos menores*. Sin embargo, en 1967 se declaró definitivamente la *publicatio* de todas las aguas, sin excepción.

(iii) Derechos de aprovechamientos, transferibles y sin usos específicos

A partir del Código de 1981 se configura un nuevo régimen que le otorga a los particulares la posibilidad de decidir libremente la desvinculación jurídica, total o parcial, de estos derechos de uso de aguas respecto de la tierra o las industrias y de algún uso específico.

Actualmente, el Estado permite a los particulares el uso exclusivo de las aguas mediante el otorgamiento de un derecho de aprovechamiento, definido en el artículo 6 del Código de Aguas: *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código”*.

⁸³ VERGARA Alejandro Blanco, Las Aguas como Bien Público (no estatal) y lo privado en el Derecho chileno: Evolución legislativa y su proyecto de reforma. Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 1, 2002, pp. 6-9.

Sin embargo, el origen del concepto no proviene del actual CA. El primer Código de Aguas de 1951, fue resultado de una serie de proyectos de codificación que comenzaron en 1927.⁸⁴ En el Proyecto de Código de Aguas de 1930, se introdujo el concepto de “derecho de aprovechamiento de aguas”, si bien el termino “aprovechamiento” había sido usado por la legislación de la época, en este proyecto adquiere fuerza. En efecto, el artículo 10 del proyecto ubicado en el Título “Del dominio y el aprovechamiento de las aguas”, dice “*el Estado es dueño de las aguas, cualquiera que sea su naturaleza, y de la energía o fuerza motriz producida por ella, salvo excepciones legales. Pero se concede a los particulares el derecho de aprovechamiento de aguas y de la energía y fuerza motriz*”. Luego, en el artículo 13 lo define: “*El derecho de aprovechamiento es un derecho real, y consiste en el uso y goce de ellas con los requisitos y bajo las reglas que prescribe el presente Código. El aprovechamiento es público si su uso y goce pertenece a todos los habitantes de la Nación, y privado si pertenece a una o más personas determinadas*”. En cuanto a la adquisición del derecho, el artículo 26 planteaba que “*el derecho de aprovechamiento sólo se puede adquirir en virtud de una merced concedida en la forma que establece este Código y por el Presidente de la República*”. En palabras del profesor Vergara, desde este proyecto se perfila con claridad el binomio “concesión – derecho de aprovechamiento”, en la cual por un lado existe una concesión que crea derecho y por el otro, los derechos nacidos de esa concesión.⁸⁵

Los derechos de aprovechamiento se clasifican en (i) consuntivos o no consuntivos; (ii) de ejercicio permanente o eventual; (iii) continuo, discontinuo o alternado entre varias personas y (iv) constituidos inscritos o no inscritos.

El derecho de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad.⁸⁶ Los derechos de aprovechamiento no consuntivos son aquellos que permiten emplear el agua sin consumirla y obligan a restituirla

⁸⁴ VERGARA Alejandro Blanco, Derechos de Aguas, Tomo I, 1998, *Ibidem*, pp. 206-235.

⁸⁵ VERGARA Alejandro Blanco, Derechos de Aguas, Tomo I, *Ídem*, 1998, pp. 219-220.

⁸⁶ ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel, VODANOVIC Antonio, *Ibidem*, pp. 313-314.

en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho. La extracción o restitución de las aguas debe hacerse siempre en forma que no se perjudiquen los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades.

Por su parte, son derechos ejercicio permanente los que se otorgan en fuentes de abastecimiento no agotadas, en conformidad a las disposiciones del Código, así como los que tiene esta calidad con anterioridad a su promulgación. Los demás son de ejercicio eventual. Los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente facultan para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la calidad suficiente para satisfacerlo en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuye en partes alícuotas. Los derechos de ejercicio eventual sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el causal matriz tenga un sobrante después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente. El ejercicio permanente de los derechos eventuales queda subordinado al ejercicio preferente de los derechos de la misma naturaleza otorgados con anterioridad.

Otra clasificación distingue; los derechos de ejercicio continuo como aquellos que permiten usar el agua de forma ininterrumpida durante veinticuatro horas al día. Los derechos de ejercicio discontinuo sólo permiten usar el agua durante determinados períodos. Los derechos de ejercicio alternado son aquellos en que el uso del agua se distribuye entre dos o más personas que se turnan sucesivamente.

Finalmente, los derechos inscritos, son aquellos que se ajustan al sistema registral del artículo 20 y siguientes del Código. Los no inscritos, son todos los derechos e incluso simples usos que están amparados en legislaciones anteriores al actual Código bajo diferentes formas de registro o incluso nunca siendo registrados. Son reconocidos por el DL N° 2.603 de 1979 y Código de 1981.⁸⁷ Cabe mencionar que jurídicamente estos derechos reconocidos tienen una protección

⁸⁷ SEGURA Francisco Riveiro, 2006, *Ibidem*, pp. 69-70.

idéntica a la de los derechos constituidos o inscritos, en virtud del mandato de la Constitución de 1980, que los ha puesto en un pie de igualdad bajo el amparo del derecho de propiedad.⁸⁸

Además de los artículos de los Códigos Civil y de Aguas, parte importante del marco jurídico de los aprovechamientos de las aguas en Chile está en la Constitución. El artículo 19 numeral 24° inciso final dispone “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*”. Así el titular de un derecho de aprovechamiento posee pleno dominio sobre este, y además protección constitucional. Cabe distinguir enfáticamente que la propiedad recae sobre el derecho, no sobre las aguas propiamente tal. De la disposición constitucional además se desprende que el Estado protege bajo la garantía del derecho a la propiedad, los derechos concedidos por acto de la Administración- *aquellos constituidos*- como los consuetudinarios – *los reconocidos*-, así en Chile se presta reconocimiento jurídico y plena validez a los usos consuetudinarios no formalizados, que pueden incluso carecer de inscripción.⁸⁹

En consecuencia, los derechos de aprovechamiento tienen cuatro fuentes: (i) los constituidos por actos de autoridad; (ii) los adquiridos por transferencias propias del derecho común; (iii) los usos consuetudinarios reconocidos por ley (DL N°2.603 de 1979); y (iv) aquellas aguas cuyas titularidades son establecidas por ministerio de la ley.⁹⁰

Los antecedentes y consecuencias de aquella disposición serán tratados más adelante. Pero es preciso hacer presente que esta garantía resulta a lo menos problemática, teniendo a la vista la categoría de las aguas como bienes nacionales de uso público, y con ello su exclusión del ámbito del derecho común de la propiedad. Probablemente para evitar la contradicción teórica

⁸⁸ VERGARA Alejandro Blanco, *Derechos de Aguas*, Tomo II, 1998, *Ibidem*, p. 322.

⁸⁹ VERGARA Alejandro Blanco, *Evolución y Principios del Derecho de Aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile*, 2004, *Ibidem*, pp. 471-472.

⁹⁰ Las situaciones contempladas son las siguientes: aquellas aguas que se publicaron, otorgándose sus derechos a sus antiguos propietarios; a los titulares de una concesión de acuicultura sobre aquellas aguas necesarias para sus labores, las comunidades aymara y atacameñas siempre que cumplan los requisitos del art. 64 de la Ley N°19.25 y las comunidades agrícolas regidas por la Ley N°19.223.

de la denominación de bienes públicos y el otorgamiento de derecho de propiedad transables en el mercado, es que se protege la propiedad sobre los derechos de agua y no sobre el agua propiamente tal. El profesor y Dr.D., Liber Martín plantea que tal distinción sutil no puede eliminar la tensión de intereses, que en el fondo subsiste.⁹¹

En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento existen discrepancias. Así, algunos autores siguiendo a Vergara defienden la tesis de que son concesiones o permisos administrativos.⁹² Otros defienden que sobre ellos consisten una especie de propiedad, basados en el último inciso del numeral 24 del artículo 19. Así el profesor Pliscoff plantea que esta protección eleva de categoría los derechos de aprovechamiento frente a un permiso administrativo general y que como su propósito es la prohibición de privación alguna al ejercicio de los derechos, al igual que la propiedad, solo operan restricciones en casos de expropiación por causa de utilidad pública y con su consecuente pago.⁹³

También se ha intentado categorizar los derechos de aprovechamiento de las aguas como derechos reales administrativos. Concepto propio de la doctrina española que es esencialmente limitativo y consiste en un régimen jurídico de respeto irrestricto al dominio de los bienes que son objeto de los derechos a la Administración, aún cuando se hayan desprendido ciertas facultades del dominio a favor de los particulares.⁹⁴ Dado que en Chile no existe titularidad estatal propiamente tal sobre las aguas, resultaría una contradicción afirmar la existencia de este tipo de derechos reales administrativos sobre las aguas.

⁹¹ MARTÍN Liber, Instituciones y Principios Matrices del Derecho de Aguas: Contradicciones entre la Teoría y la Práctica, En: Actas de Derecho de Aguas N°3-2013, dirigido por VERGARA Alejandro Blanco, Pontificia Universidad Católica, Facultad de Derecho, Thomson Reuters, p.110.

⁹² VERGARA Alejandro Blanco, Derechos de Aguas, Tomo I, 1998, *Ibidem*, pp. 219-220.

⁹³ PLISCOFF Ariel Castillo, La Institución de la Caducidad en el Proyecto de Ley que reforma el Código de Aguas en Chile, Revista Actualidad Jurídica N°36, Universidad del Desarrollo, 2017, p. 4.

⁹⁴ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 204.

Al finalizar la caracterización de los derechos de aprovechamiento en el siguiente subcapítulo, se podrá apreciar que contienen en su esencia diversos elementos de una u otra categoría, que obligan a asumir que nos encontramos frente a una construcción jurídica que no encaja pacíficamente en una sola figura. Así, por ejemplo, su otorgamiento es por acto de autoridad, propio de las concesiones administrativas, pero al mismo tiempo son entregados a perpetuidad sin causales de caducidad, lo que lo asemeja a una propiedad particular. Por lo que nos enfrentamos a lo que la doctrina considera una figura jurídica *sui generis*, propia en su especie, cuyas características y elementos revisaremos en el siguiente apartado.

Características de los Derechos de Aprovechamiento

En este subcapítulo se caracterizarán los derechos de aprovechamiento, desde su constitución hasta sus condiciones de ejercicio, y las consecuencias de aquello.

El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. Para adquirir este derecho es necesario presentar una solicitud a la Dirección General de Aguas con los detalles que la ley señala. La resolución que otorgue el derecho, ha de reducirse a escritura pública y una copia de ella debe inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces que corresponda.⁹⁵ La inscripción cumple dos roles trascendentales, de medio probatorio de titularidad y de certeza jurídica.⁹⁶

Una vez constituido, el titular adquiere un derecho real, así lo dispone el artículo sexto del Código. Esto conlleva que para el Estado una vez otorgado el derecho, el titular no puede ser privado del él por la vía administrativa, es decir, no puede ser dejado sin efecto por decisión de la propia Administración.⁹⁷ Es un derecho real de goce sobre cosa ajena, el titular del derecho puede usar y gozar de las aguas, pero no es dueño de ellas.⁹⁸

⁹⁵ ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel, VODANOVIC Antonio, *Ibidem*, 1998, p. 318.

⁹⁶ VERGARA Alejandro Blanco, *Derechos de Aguas*, Tomo II, 1998, *Ibidem*, p. 326.

⁹⁷ SEGURA Francisco Riveiro, 2006, *Ibidem*, p. 44.

⁹⁸ SEGURA Francisco Riveiro, 2006, *Ídem*, p. 46.

El acceso a la titularidad sobre nuevos derechos de agua se asigna bajo la lógica del primer ocupante, por oposición a los sistemas riberanos. Corresponde a quien lo solicite en los parámetros reglados y no al dueño de la tierra por la cual fluyen las aguas. Es un derecho principal, no es accesorio a la tierra o industria para los cuales hubiera estado destinada, de modo que el solicitante de un derecho no necesita acreditar la propiedad territorial.⁹⁹

Junto con la solicitud, no se requiere pagar canon o tributo para la obtención originaria de los derechos. Debe la autoridad otorgar a los particulares, todos los derechos nuevos que se soliciten con el único límite de su disponibilidad física y el perjuicio ajeno.¹⁰⁰ Esta potestad de la DGA, es una atribución reglada, es decir, que concurre la asignación una vez constatado los requisitos previstos por la ley, de esta manera rige al proceso una discrecionalidad reducida a casi cero.¹⁰¹

Así, el sistema vigente de acceso y aprovechamiento de las aguas implica solo la existencia de una prohibición general previa a extraer aguas, bajo la reserva de obtener el derecho de aprovechamiento, que no es en la práctica un título discrecional de la administración, sino que un acto administrativo de autorización, con una discrecionalidad reducidísima.¹⁰² En resumen, el derecho de aprovechamiento de aguas es un bien autónomo que integra el patrimonio de su titular. Constituido el derecho, el titular puede transferirlo libremente, transmitirlo por acto entre vivos o a causa de muerte, y adquirirlo o perderlo por prescripción; pero no operan

⁹⁹ VERGARA Alejandro Blanco, *Evolución y Principios del Derecho de Aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile*, 2004, *Ibidem*, p. 472.

¹⁰⁰ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 75.

¹⁰¹ ARANDA Pablo Valenzuela, *Ibidem*, p. 110.

¹⁰² VERGARA Alejandro Blanco, 2011, *Ibidem*, p. 76.

respecto de él la ocupación, ni la accesión.¹⁰³ Asimismo pueden ser puestas en garantía, hipotecadas.¹⁰⁴

A lo largo del proceso de solicitud y otorgamiento, se reconoce el libre acceso de los derechos de aguas, con excepción de la reciente incorporación del pago de patente por no uso, institución que será revisada más adelante. En efecto, no hay en el sistema usos determinados o causales especiales que habiliten a pedir prioritariamente derechos sobre las aguas o que determinen las preferencias de unos solicitantes sobre otros. El Código no establece privilegios o prioridades legales entre diferentes usos del agua, dejando tales determinaciones a los particulares y al mercado.¹⁰⁵ Así, en el evento en que existan varias solicitudes simultáneas se subastan a través del procedimiento del remate al mejor postor.

El titular del derecho de aprovechamiento lo es también de los medios necesarios para ejercitarlo. En base a los artículos 8 y 25 del Código, el titular del derecho puede constituir las servidumbres que sean necesarias para llevar las aguas desde el cauce natural o artificial hasta donde ha de utilizarlas, ello supone pagar las indemnizaciones correspondientes.¹⁰⁶

Así como la regla general en el proceso de solicitudes de los derechos es la exención de cargas, durante su ejercicio se establece la libertad de transferencia de los derechos de aprovechamiento de las aguas, sin necesidad de autorización. Así como no es necesario que al solicitar los derechos los particulares justifiquen uso futuro alguno, tampoco es necesario que en las transferencias de derechos de aguas se respete el uso a que antiguamente se destinaba el

¹⁰³ SEGURA Francisco Riveiro, 2006, *Ibidem*, p. 105.

¹⁰⁴ VERGARA Alejandro Blanco, *Evolución y Principios del Derecho de Aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile*, 2004, *Ibidem*, p. 472.

¹⁰⁵ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 212.

¹⁰⁶ SEGURA Francisco Riveiro, 2006, *Ibidem*, pp. 52-53.

agua, los particulares pueden cambiar libremente su destino, por ejemplo, de riego a consumo humano, sin necesidad de aprobación administrativa de la DGA.¹⁰⁷

Complemento de la libertad de transferencia, es que los derechos concedidos a los titulares son derechos perpetuos y no operan sobre ellos causales de caducidad por su no uso o uso indebido. El Código protege una especie de intangibilidad sobre los mismos.¹⁰⁸

Esta protección encuentra su mayor manifestación en el hecho que los derechos de aprovechamiento de las aguas están jurídicamente reforzados al contar con directa protección constitucional mediante la extensión de la garantía de la propiedad del artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la República, lo cual está ratificado por el Tribunal Constitucional.¹⁰⁹ El principal medio de protección de la garantía que confiere la propietario de los derechos de aprovechamiento es la potestad de accionar vía el artículo 20 de la CPR, la acción de protección como medio de resguardo.¹¹⁰ Así la DGA o cualquier particular, no puede anular o restringir la esencia de los derechos de aprovechamiento una vez que han sido otorgados o constituidos de alguna otra forma, excepto expropiándolos y pagando por ellos, lo que es extremadamente infrecuente.¹¹¹

También están fuera de la competencia de la DGA la gestión de las aguas y la solución de conflictos entre usos diversos y titulares de derechos de aprovechamiento. La organización de las aguas se rige por la “autogestión de los usuarios”, quienes asumen la gestión y distribución a través de las organizaciones de usuarios.¹¹² Todos los usuarios que poseen derechos de aprovechamiento de agua en un río, pertenecen a una organización denominada Junta de

¹⁰⁷ VERGARA Alejandro Blanco, *Evolución y Principios del Derecho de Aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile*. 2004, *Ibidem*, p. 473.

¹⁰⁸ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ibidem*, p. 73.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°260, 13 de octubre de 1997.

¹¹⁰ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, pp. 119-120.

¹¹¹ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 77.

¹¹² VERGARA Alejandro Blanco, 2011, *Ibidem*, p. 76.

Vigilancia. La extracción de las aguas desde un río se hace a través de canales, del mismo modo todos los usuarios que extraen sus aguas en un mismo punto del río y emplean un mismo canal constituyen otra organización denominada Asociación de Canalistas o Comunidad de agua. Así pues, los derechos de agua de cada canal es la suma de los derechos de agua de cada uno de sus miembros. La Junta de Vigilancia es la encargada de distribuir las aguas del río a cada canal de acuerdo con sus derechos; las asociaciones de canalistas o comunidades de agua, reciben el agua en sus bocatomas y son las responsables de distribuir las aguas a cada usuario conforme a sus derechos.¹¹³

Por su parte, la solución de conflictos entre usuarios de aguas, tampoco está contemplada dentro de la competencia de la DGA. Las controversias se deben ventilar ante los tribunales civiles ordinarios de justicia.

Todo el aparataje de autogestión de las cuencas por particulares que, fue previamente descrito, arrastra una serie de consecuencias y falencias criticables.¹¹⁴ Las Juntas de Vigilancia al integrarse exclusivamente por los titulares que actualmente tienen derechos de aprovechamiento en una determinado río o cuenca no toman en consideración a los demás individuos que pudieren verse afectados por las decisiones a pesar de no ser titulares de derechos, lo que en principio no es un problema en sí mismo, pero que sumado a que la DGA no tiene facultades de mediación o solución de conflictos, deja sin posibilidad de participación sujetos con eventuales intereses de relevancia. Asimismo, la organización política no es igualitaria, ya que son en proporción a los derechos poseídos por cada usuario, provocando una posición políticamente privilegiada para quienes poseen más derechos de agua y, por tanto, concentrado el poder de gestión.

¹¹³ PERALTA Fernando Toro, El mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas. La experiencia chilena, En: Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza “El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio”, dirigido por EMBID Irujo Antonio, Tomo I, Civitas Ediciones, 2002, pp. 157.

¹¹⁴ COSTA Ezio Cordella, Diagnóstico para un Cambio: Los Dilemas de la Regulación de las Aguas en Chile, Revista Chilena de Derecho, Vol. 43 N° 1, 2016, pp. 335 - 354 [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v43n1/art14.pdf>> (consulta: 6 julio 2017), p. 339.

Respecto al objeto de los derechos, el uso de las aguas, en Chile la forma como se han otorgado históricamente los derechos de aguas, permite el uso completo de los recursos que circulan por los cauces, por lo que en las cuencas con escasez de aguas no se tiene asegurada la existencia de algún caudal mínimo para los períodos de estiaje a lo largo de todo su recorrido. De igual forma, tampoco se han tomado en cuenta los ecosistemas relacionados con los cauces.

Estos aspectos no eran prioridad en la época de dictación del Código, recién se han empezado a considerar desde mediados de la década de los 90, a partir de la dictación de la Ley de Bases del Medio Ambiente y la incorporación de condiciones ambientales al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de agua. Tema en parte recogido por la reforma del Código de Aguas del 2005 para la constitución de derechos futuros. Sumado a aquello, no existen iniciativas orientadas a revertir problemas ambientales asociados al ejercicio de derechos de agua, generados con anterioridad.¹¹⁵

Las exiguas exigencias o cargas a la constitución y ejercicio de los derechos de aprovechamientos de las aguas son conflictivas con la denominación de las aguas dulces como bienes nacionales de uso público y el interés general que lo justifica. Aquello se contradice con diversas concesiones de bienes y servicios públicos, que contienen requisitos como: plazos de otorgamiento, fiscalización de su ejercicio, causales de caducidad, revocaciones unilaterales y diversas contraprestaciones del titular de la concesión. Así ocurre con las concesiones marítimas, los permisos de pesca y agricultura, las concesiones de energía geotérmica, las concesiones y permisos de telecomunicaciones, etc. Incluso en materia de concesiones mineras donde la protección a los derechos de los titulares es fuertísima, se contempla como causal de caducidad el no pago de la patente. Si bien es discutible la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento, cabe considerar que la imposición de cargas también aplica a la propiedad privada, así todos los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, muebles, industriales o de autor tienen la carga de pagar algún tipo de impuesto, patente, tasa, contribución o cualquier tipo de carga económica. Por tanto, que el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas sea gratuito y sin mayores exigencias,

¹¹⁵ Comisión de Aguas, Temas Prioritarios para una política nacional de recursos hídricos, Institutos Ingenieros de Chile, 2011, p. 15.

contraviene toda lógica, puesto que, resulta del todo comprensible que el aprovechamiento del agua, en su calidad de bien nacional de uso público, este sujeto a ciertos requisitos, condiciones, obligaciones o gravámenes, que permitan a la Administración cumplir con su rol de tutelar los intereses públicos, de manera similar a lo que ocurre con otro bienes de idéntica o análoga naturaleza. Al quitarle a los órganos del Estado las atribuciones necesarias para velar por la conservación y protección de las aguas, también se le extirpa al recurso hídrico una parte esencial de su naturaleza jurídica que ciertamente es la estar destinada al uso de la Nación.¹¹⁶

La falta de exigencias o imposiciones que representan condiciones o requisitos para la constitución y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de las aguas, hacen que la utilización de un bien de uso público quede regulada casi exclusivamente desde una perspectiva económica y orientada al mercado, con una mínima intervención estatal.¹¹⁷ El único contrapeso a aquello es la existencia de un régimen de amparo especial, que obliga al pago de una patente a quienes no usan efectivamente su derecho de aprovechamiento de aguas, principal reforma formulada en las modificaciones del 2005.

El sistema de mercado le da particular énfasis a la propiedad privada de los derechos de aguas, la lógica del mercado y el rol subsidiario del Estado. Explicado en términos simples, establecer derechos permanentes y transables tiene por finalidad permitir el uso eficiente del recurso, entendiendo por eficacia el hecho de que el agua sea utilizada por aquel agente que tenga mayor valoración. Por lo tanto, teóricamente después de la asignación inicial se deberían producir transacciones entre estos agentes hasta que los dueños finales sean aquellos que puedan poner a su mejor uso los derechos de aprovechamiento.¹¹⁸ La dificultad del planteamiento de la economía convencional, es lograr coordinar las múltiples finalidades de las aguas con la capacidad de transacción de sus titulares. La multifuncionalidad de las aguas incluye usos que no son avaluables pecuniariamente y con otros enfoques que se distancian de

¹¹⁶ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 214.

¹¹⁷ ARANDA Pablo Valenzuela, *Ibidem*, pp. 106-107.

¹¹⁸ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ídem*, p. 220.

la productividad económica. Sostener lo contrario, es decir, que el agua tiene la única finalidad de ser insumo de producción, implica necesariamente desconocer el bienestar social o colectivo derivado de la satisfacción del resto de las necesidades sociales y ambientales de usar el recurso hídrico.¹¹⁹

Todo lo planteado determina que, una vez que los derechos de aprovechamiento de aguas han sido constituidos son gobernados más por el derecho privado que por el público, es decir, por el derecho civil más que por el administrativo. Esto subraya su condición de bienes comerciales ordinarios y les otorga significativamente más protección respecto de la regulación gubernamental.¹²⁰

Asociado a eso hay otro tipo de problemas, que tienen que ver con las características propias del derecho de aprovechamiento de aguas, que es un bien que puede generar enormes externalidades y tiene un montón de implicancias cruzadas a nivel de una cuenca, o al nivel de una región entera. Entonces, todo lo que pasa después que se entrega el derecho al particular, es necesario revisarlo, en el sentido de cuáles son las obligaciones que existen y cuáles son los instrumentos de regulación existentes. Dentro de los instrumentos de regulación, un gran vacío que tiene la legislación del agua hoy día es que prácticamente la función de planificación no existe. Es un tema que no está abordado, porque se supone que cada uno actúa con su derecho y hace sus actividades propias, sin interferir con el resto. Pero los procesos más macro que se están generando a nivel de las cuencas, no son considerados.¹²¹

Es importante la distinción entre la privatización de los recursos hídricos y la privatización de los servicios hídricos. La privatización del agua como recurso tiene que ver con la propiedad, uso, goce, disposición, gestión y su regulación, lo que constituye el centro de este trabajo. En

¹¹⁹ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ídem*, p. 233.

¹²⁰ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 75.

¹²¹ PEÑA Humberto Torrealba, Entrevista: El Derecho del Agua, por YÁÑEZ Gonzalo Morroni, para la Sociedad Chilena de Energía Hidráulica (SOCHID), publicada el 24 mayo, 2016 [*en línea*] <<http://www.sochid.cl/2016/05/24/humberto-pena-el-derecho-del-agua/>> (consulta: 20 noviembre 2017).

contraste, la privatización de los servicios hídricos se refiere a las organizaciones y la infraestructura que suministran agua potable a los consumidores, y los costos y condiciones respecto al suministro. A pesar de que estas dos áreas están íntimamente relacionadas y a menudo se mezclan en el análisis, los temas fundamentales y los objetos de preocupación pueden ser muy diferentes.¹²²

¹²² BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 38

CAPITULO IV: REVISIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS EN CHILE

Es difícil intentar comprender a cabalidad el modelo actual que regula las aguas en Chile, sin antes revisar la historia, al menos la historia moderna, es decir, los cuerpos normativos que le preceden, sin tener el contexto de su creación y propósitos.¹²³ Como ya fue esbozado el legislador ha mantenido el régimen jurídico de las aguas como bienes nacionales de uso público, al menos desde la independencia,¹²⁴ sin embargo, las instituciones, potestades gubernamentales y formas de otorgar el uso y goce del recurso no han sido las mismas. Es por ello, que en este capítulo se pretende resumir las principales características y contextos de los cuerpos normativos precedentes, el Código Civil de 1857, Código de Aguas 1951, Código de Aguas 1967 y como repercutieron en el régimen original del Código de Aguas de 1981.¹²⁵

Código Civil de 1857

La importancia de este Código, es que fue el primer cuerpo de leyes codificado, de nuestro país, que reguló la materia de las aguas. Si bien no lo hace sistemáticamente, fija principios que rigen hasta el día de hoy el derecho de aguas en Chile. Respecto de la naturaleza jurídica de las aguas terrestres distinguía entre aquellas sometidas al dominio público o privado dependiendo de las características físicas de los cursos de aguas.¹²⁶ Hay una parcial publicación de ellas en los artículos 595 y 596. Por una parte, declara que “*los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales*” así como “*los grandes lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas*” son bienes nacionales de uso público. Por otra, exceptúa de este régimen y determinan como aguas privadas “*las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad*”, “*los lagos pequeños*” y “*las que corren por aguas artificiales*” (los canales).

¹²³ VERGARA Alejandro Blanco, Sistema y Autonomía del Derecho de Aguas, Actas de Derecho de Aguas N°1, Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 73-74.

¹²⁴ VERGARA Alejandro Blanco, Derechos de Aguas, Tomo I, 1998, *Ibidem*, pp. 129-131.

¹²⁵ En cuanto a la revisión histórica la opción de iniciar en el Código Civil se debe a que el régimen jurídico anterior se encontraba bajo el imperio de las ordenanzas españolas y por reglamentos locales.

¹²⁶ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 61.

En las aguas privadas el derecho de propiedad de las aguas ya se encontraba adquirido, sin necesidad de que la Administración interviniera, ajustándose al sistema riberano. En cambio, tratándose de aguas públicas, los derechos que se obtengan sobre ellas necesariamente debían de nacer de algún acto administrativo, de una “merced de agua”.¹²⁷

Desde el siglo XIX, se declararon las aguas como propiedad nacional de uso público, estableciendo dicho estatuto que este recurso nunca podría abandonar la propiedad pública y que lo único que podría hacer el Estado para con los privados es otorgar concesiones de uso, las cuales podrían ser libremente revocadas por la autoridad sin necesidad de compensación.¹²⁸

Este Código establecía tres clases de aguas: (i) aguas comunes a todos los hombres; (ii) aguas nacionales de uso público; y (iii) aguas de dominio privado. Y reconocía tres tipos de derechos que los particulares podían tener sobre las aguas públicas de la Nación: (i) derechos legalmente adquiridos con anterioridad al Código Civil; (ii) dominio del dueño de una heredad por la que corría o que era bordeada por un curso de agua público, es decir, uso riberano; y (iii) uso o aprovechamiento por parte de aquellos que estuvieran en posesión de una merced o concesión otorgada por la autoridad respectiva.¹²⁹

No contempla detalles de servidumbres de acueductos, regantes u otras materias más específicas, todo ello quedó entregado a ordenanzas generales o locales de aguas que se dictaron con posterioridad.¹³⁰

¹²⁷ VERGARA Alejandro Blanco, *Derechos de Aguas*, Tomo I, 1998, *Ídem*, pp. 139-131.

¹²⁸ VERGARA Alejandro Blanco, *Derechos de Aguas*, Tomo I, 1998, *Ibidem*, pp. 139-131.

¹²⁹ UGARTE Paula Araya, *Derecho de Aprovechamiento de Aguas. Análisis Histórico, Extensión y Alcance en la Legislación Vigente*, Memoria de Prueba para optar al grado Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales guiada por el Profesor Gustavo Manríquez, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, septiembre, 2003, pp. 38-42.

¹³⁰ Ejemplo de ellas: Ordenanza de distribución de las aguas de 1872, Ordenanza de las aguas de 1875 y de 1880, Leyes de Municipalidad es de 1887 y 1891. Para más detalles revisar VERGARA Alejandro Blanco, *Derechos de Aguas*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, pp. 143-178.

Código de Aguas 1951¹³¹

Es el primer Código de Aguas propiamente tal, y se puede resumir como una aproximación equilibrada entre derechos privados y regulación pública. Se buscó sistematizar las reglas y prácticas chilenas tradicionales respecto a los derechos de las aguas y aumentar la intervención gubernamental.¹³²

Durante la vigencia de este régimen se mantuvo el status de las aguas como bienes nacionales de uso público. Se estableció un procedimiento administrativo, legal y formal, para el otorgamiento de derechos privados para el uso de las aguas que eran pública, y estos eran tratados y protegidos más como propiedad privada que como concesiones administrativas. Llamados mercedes, debían ser registrados en el Conservador de Bienes Raíces, los otorgamientos y cualquier cambio subsiguiente en la propiedad.

Al mismo tiempo, fortalecía la autoridad administrativa e imponía condiciones legales significativas a los derechos sobre las aguas de los privados. Los derechos de aprovechamiento de aguas al solicitarse debían especificar el uso pretendido, justificar su necesidad del recurso y describir las obras físicas necesarias, sólo se podían utilizar para los fines para los cuales se había concedido, por tanto, si su titular quería destinarlo a un uso diverso se requería de la autorización administrativa correspondiente, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 *“Las aguas concedidas para un fin determinado no podrán aplicarse a otro diverso sin la autorización correspondiente, la que se otorgará como si se tratara de una nueva merced y salvas las excepciones legales”*. A los solicitantes se les otorgaban derechos provisorios, que se tornaban definitivos solo ante pruebas posteriores de que las obras habían sido completadas y el uso del agua era efectivo.

¹³¹ Ley N°9.909 “Fija los textos definitivos del Código de Aguas”, publicada en el Diario Oficial el 28 de mayo de 1951.

¹³² BAUER Carl, 2015, 2015, *Ibidem*, pp. 84-86.

En caso de que existiese más de un solicitante, la ley ofrecía un orden de preferencia por usos: primero, agua potable y uso doméstico; después, riego; hidroelectricidad y otros fines industriales.¹³³

Otra potestad de la Administración, más significativa aún, era que el derecho de aprovechamiento estaba sujeto a causales de caducidad, es decir, el derecho se extinguía, en caso de incumplimiento de las obligaciones que le imponía la ley a su titular, por ejemplo, si los propietarios no los usaban por un período de cinco años.¹³⁴

Por último, los derechos de agua estaban legalmente amarrados a la propiedad de la tierra y no podían ser transferidos separadamente.¹³⁵ El artículo 22 del citado cuerpo legal disponía “*El aprovechamiento de las aguas subterráneas en terrenos de particulares corresponde al dueño del suelo*”. En esta normativa se consolida el sistema de reparto y gestión de las aguas por sus propios usuarios. En este Código se distingue entre quienes gestionarán las aguas en los cauces naturales, Juntas de Vigilancia, de las organizaciones que lo harán en los artificiales, esto es, Comunidades de Aguas o Asociaciones.¹³⁶

En cuanto al dominio de las aguas no hay una novedad respecto al sistema que se encontraba vigente, ni siquiera hubo que derogar alguna disposición significativa del Código Civil. Su

¹³³ El artículo 30 del Código, disponía: Si se presentaren diversas solicitudes de merced para unas mismas aguas, su concesión se hará en el siguiente orden de preferencia:

1. Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales;
2. Usos domésticos y saneamiento de poblaciones;
3. Abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre;
4. Regadío;
5. Plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica;
6. Industrias, molinos y fábricas, y
7. 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 sus solicitudes.

¹³⁴ BAUER Carl, 2015, 2015, *Ídem*, pp. 80-84.

¹³⁵ BAUER Carl, 2015, 2015, *Ídem*, pp. 84-86.

¹³⁶ PEÑA Humberto, Las Competencias de la Administración Hídrica en Chile, En: Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza “El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio”, dirigido por EMBID Irujo Antonio, Tomo II, Civitas Ediciones, 2002, p. 339.

novedad dogmática la aporta en el desarrollo del concepto “derecho de aprovechamiento de aguas”. En su artículo 12 lo define como “*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 prescritas*”. Estas reglas figuraban en Libro II del título I “De la concesión de mercedes de aguas”. Sólo a través de mercedes, podían crearse derechos de aprovechamiento sobre las aguas para usarlas, gozarlas y disponer de ellas, pero no como un traspaso de propiedad de las aguas.¹³⁷

Con la dictación de este primer Código se reúne en un solo cuerpo legal la legislación relativa a las aguas en nuestro país, derogándose las leyes, ordenanzas y reglamentos preexistentes, incluso aquellos que versaban sobre materias que no eran contrarias a las nuevas disposiciones.

Código de Aguas de 1967¹³⁸

Hasta aquí la legislación chilena en materia de agua se caracterizaba por una combinación relativamente equilibrada de regulación pública y derechos de propiedad privada.¹³⁹

Si bien el Código fue efectivamente publicado en 1969, es reconocido como el Código de Aguas de 1967, puesto que entro en vigencia con anticipación en 1967 junto con la Ley de Reforma Agraria.¹⁴⁰ Justamente ese es el contexto de su publicación, es resultado del proceso de Reforma Agraria y provocó la modificación de los planteamientos dogmáticos del Derecho de Aguas chileno hasta la época.¹⁴¹

¹³⁷ VERGARA Alejandro Blanco, Derechos de Aguas, Tomo I, 1998, *Ibidem*, pp. 178-182.

¹³⁸ DFL N°162 del Ministerio de Justicia, “Fija texto sistematizado del Código de Aguas”, publicada en el Diario Oficial el 12 de marzo de 1969.

¹³⁹ BAUER Carl, 2015, 2015, *Ibidem*, p.73.

¹⁴⁰ Ley N°16.640 “Reforma Agraria”, publicada en el Diario Oficial el 28 de julio de 1967.

¹⁴¹ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p.71.

La Reforma Agraria es un movimiento iniciado en el gobierno de Eduardo Frei Montalva, como un intento de reforma social y económica que apuntaba a expropiar y redistribuir equitativamente grandes propiedades de tierras, con el doble propósito de expandir la clase de los pequeños propietarios de tierras y de modernizar la producción agrícola.

En el Mensaje del Ejecutivo al proyecto de ley de la Reforma Agraria se planteaba:¹⁴² *“El Código de Aguas vigente calificó a casi totalidad de las aguas como bienes nacionales de uso público, pero el derecho de aprovechamiento que concedió sobre ellas a los particulares tiene la característica de ser comerciable y prácticamente todos los atributos que otorga el dominio, ya que permite gozar, usar y disponer de las aguas. El concepto que el Código de Aguas actualmente vigente establece sobre el derecho de aprovechamiento desvirtúa, por consiguiente, la calidad de bienes nacionales de uso público, patrimonio de todos los chilenos, que tienen las aguas. En este aspecto las modificaciones que se proponen en el presente Proyecto de Ley tienden a salvar las contradicciones señaladas, de manera que las aguas estén sujetas al régimen jurídico que como tales les corresponde, ejerciendo el Estado sobre ellas la tuición que le incumbe, tratándose de un bien de dominio público que debe usarse del modo más racional y eficiente y con una efectiva fiscalización sobre la conservación y máxima utilización de las aguas en beneficio de la comunidad”*.

En base aquello, la principal modificación se refirió a la completa y absoluta publicación de todas las aguas terrestres del territorio nacional, de manera que ya no existiría clasificación alguna de los recursos hídricos en razón de su titularidad.¹⁴³ Esto determinó un refuerzo en el concepto de las aguas como bienes de dominio público y un cambio en la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento, dándole el carácter de un derecho real administrativo,¹⁴⁴ sujeto además de la caducidad, a un proceso de reasignación del agua que lo sometió a

¹⁴² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (“BCN”), Historia de la Ley N°16.640 Reforma Agraria, [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28596>> (consulta: 20 noviembre 2017), pp. 44-45.

¹⁴³ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p.71.

¹⁴⁴ VERGARA Alejandro Blanco, Derechos de Aguas, Tomo I, 1998, *Ibidem*, p.184.

planificación para ser ejecutado mediante la “tasa de uso racional y beneficioso”. Bajo este último sistema estatista se otorgaba el derecho únicamente a quién necesitaba las aguas, debiendo usarlas para los fines solicitados, bajo pena de caducidad. Además, si varios particulares solicitaban aguas del mismo caudal y no existía disponibilidad suficiente para todos, el problema se resolvía a favor de quienes necesitaban el agua para fines prioritarios: bebida y servicios de agua potable; usos domésticos y saneamiento de poblaciones; entre otros usos.

La DGA nace a la luz de este Código, es legalmente autorizada en el Código de 1951. Sin embargo, se establece a partir de 1969.

De la mano con la reforma agraria, este nuevo Código exigía una enmienda a la cláusula de propiedad de la Constitución existente (CPR 1925).¹⁴⁵ Se modificó el rango de la función social de la propiedad y restringió el rango de los derechos de propiedad privada sobre las aguas. Bajo este marco jurídico se fijó que *“La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular”*. De manera, entonces, el texto le reconocía al legislador, al decir “podrá”, una facultad para expropiar “todas las aguas”. La disposición continuaba, *“En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento” -que después define el Código de Aguas como un derecho real administrativo- “y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial”*.

La enmienda constitucional de 1967 declara todas las aguas como bienes nacionales de uso público, incluyendo las aguas que hasta aquel momento habían sido consideradas privadas: cursos de agua y lagos contenidos dentro de una sola propiedad de tierras y, las aguas que

¹⁴⁵ El art. 10 inc. 10º reformado de la CPR: *“La ley podrá reservar el dominio nacional de uso público de todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción”*.

fluyen por cauces artificiales. También, se permitió la expropiación sin compensación de todos los derechos de aguas privados.¹⁴⁶

Si bien los derechos de particulares siguieron denominándose “derechos de aprovechamiento”, perdieron su estatus legal como derechos de propiedad y revirtieron a concesiones administrativas, bajo el régimen del derecho público administrativo. El artículo 12 del Código disponía: “*El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código*”.

Los derechos no se podían comprar, vender, o comercializar privadamente, ni separarse de las tierras a las cuales habían sido asignados, salvo previa aprobación de la DGA. Como resultado, se interrumpió el registro de los títulos de las aguas, al incluirse las transacciones en los títulos de bienes raíces. La falta de registros llevaría a una seria confusión e incertidumbre respecto a los titulares de los derechos, que en cierto punto subsiste hasta el día de hoy.¹⁴⁷

La gran ambición de este Código era la redistribución de los derechos de aguas de acuerdo a “estándares de uso racional y beneficioso” de tipo técnico: científicos y técnicos del gobierno establecerían las cantidades necesarias de agua para diferentes cultivos en las distintas condiciones agronómicas y geográficas, bajo estos resultados se reasignarían los derechos de aguas a terrenos particulares, ligado a patrones de uso y cultivo efectivo.

En cuanto a las cuencas hidrográficas, el gobierno tenía autoridad de declarar ciertas cuencas como “áreas de racionalización del uso del agua”, incluyendo usos no agrícolas, así podía reasignar derechos de aguas de acuerdo a estándares técnicos de uso y criterios de planificación.

¹⁴⁶ BAUER Carl, 2015, 2015, *Ibidem*, p. 87.

¹⁴⁷ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 88.

Finalmente, el último elemento que robustecía las potestades de la Administración, es que la DGA era el órgano competente para resolver los conflictos por el uso de las aguas, y el papel de los tribunales fue significativamente reducido.

Un modelo tecnocrático de administración de derechos de agua de esta índole exigía un alto grado de capacidad institucional y de recursos, habría sido muy difícil llevarlo a cabo, incluso en circunstancias políticas favorables.¹⁴⁸ Sumado a las dificultades administrativas, el contexto político era inestable, tras la elección del Presidente Salvador Allende en 1970, la polarización política-social se radicalizó, todo lo ejecutado y proyectado respecto a la Reforma Agraria y las políticas del Estado en general, culminó y se revirtió con el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973.

Régimen original del Código de Aguas de 1981

El Código de Aguas de Chile de 1981 obedece a un contexto histórico, siendo respuesta al modelo del Código de 1967. Una oscilación desde un extremo a otro en asuntos políticos y económicos, sin encontrar un punto de equilibrio en algún lugar intermedio.

Así como el Código de Aguas de 1967 va de la mano con los procesos transformadores de la Reforma Agraria, el Código de 1981 refleja la estructura de la Constitución de 1980. La CPR de 1980 es el legado legal e institucional más importante del régimen militar chileno, este amplio y ambicioso documento incluye principios económicos, sociales y políticos bajo el paradigma del libre mercado.

Toda la configuración del Código de Aguas 1981 tiene tres elementos; primero el inciso final del artículo 19 N°24, seguido del Decreto Ley N°2603 de 1979 y finalmente la publicación del Código de Aguas, los cuáles serán revisados a continuación.

Artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República

Cabe destacar que la CPR no regula ni otorga especial tratamiento a las aguas. Lo anterior sin perjuicio que concede protección a los derechos de los particulares sobre las mismas. La

¹⁴⁸ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, pp. 87-89.

omisión de un pronunciamiento constitucional relativo al tratamiento jurídico de las aguas no es casual. Los primeros antecedentes de la reforma del marco regulador de las aguas por parte del régimen militar son de 1975, cuando la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución tomó el tema de los derechos de aguas como parte de su estudio más general de los derechos de propiedad.¹⁴⁹

El enfoque principal era el fortalecimiento de la propiedad de los derechos de aguas, y para consolidar aquello, se incluyó en la Constitución una breve declaración de principios en el inciso final del artículo 19 numeral 24º: *“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”*.¹⁵⁰

Pero esta declaración fue resultado de una ardua discusión en la Comisión Constitucional, y difiere de la propuesta inicial a cargo de la Subcomisión de Propiedad: *“Todas las aguas son bienes nacionales de uso público; pero, en conformidad a la ley, podrán constituirse derechos de aprovechamiento sobre ellas para fines específicos, y el titular tendrá la propiedad del respectivo derecho. En caso de expropiación de un derecho de aprovechamiento, el propietario sólo recibirá indemnización si es privado del uso y goce del agua suficiente para atender a las mismas necesidades que satisfacía con anterioridad a aquélla”*¹⁵¹

El propósito inicial era establecer un régimen que, sin importar la naturaleza del reconocimiento de un derecho sobre las aguas, permitiera asegurar las inversiones para infraestructura tendiente a lograr el mejor aprovechamiento de las aguas, tales como puntos de extracción, redes de canales, tanques de almacenamiento, etc.¹⁵²

¹⁴⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (“BCN”), Historia de la Ley Constitución Política de la República de Chile 1980 Artículo 19 n°24 El Derecho de propiedad, [en línea] <https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980> (consulta: 15 noviembre 2017).

¹⁵⁰ Este último inciso del artículo 19 numeral 24 está plenamente vigente.

¹⁵¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (“BCN”), *Ídem*, Sesión N°170 del 27 de noviembre de 1975, p. 627.

¹⁵² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (“BCN”), *Ibidem*, Sesión N°19 del 20 de diciembre de 1973, p. 17.

A partir de la Sesión N°182, se discutió en particular el régimen de las aguas. El primer punto en análisis de la Comisión, fue la pertinencia de que en el ordenamiento jurídico chileno se regulara las aguas a nivel constitucional, o por el contrario, si debía ser materia legal.¹⁵³ Finalmente se acordó que, si bien el problema del estatuto jurídico de las aguas no era íntegramente de rango constitucional, la realidad del uso de las aguas es Chile (principalmente de riego) y los problemas económicos que derivarían de la incertidumbre de cuál sería el régimen de los derechos de aprovechamiento tornaban conveniente incluir disposiciones de jerarquía constitucional.

El segundo punto era determinar la definición jurídica de los derechos de aprovechamiento. Existió acuerdo unánime por parte de los miembros de la Comisión en que la naturaleza actual de derecho real administrativo de aprovechamiento, que constituía un derecho de uso, significaba una precariedad a sus titulares y que debía reforzarse agregándole, al uso y goce, la facultad de disponer sin intervención de la DGA. Y se decidió fijar el dominio del derecho de aprovechamiento, transformando al usuario en verdadero dueño, con todas las obligaciones y responsabilidades que el dominio implica, y así asentar una base jurídica primaria para construir el nuevo ordenamiento de las aguas. Asimismo, por indicación de Enrique Evans de la Cuadra se acordó no emplear la expresión “derechos de aprovechamiento”, porque ella se refería a una institución que emanaba directamente de los preceptos constitucionales y legales promulgados en 1967, lo que determinó la actual redacción: “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley*”.¹⁵⁴

El siguiente punto era la decisión de incluir la naturaleza jurídica de las aguas como bienes nacionales de uso público en la Constitución. No hubo consenso en incluir una afirmación tan enfática, porque para algunos no siempre era así, pues inducía a confusión el que pueda seguirse considerando bien nacional de uso público algo que se estaba reservado precisamente

¹⁵³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (“BCN”), *Ídem*, Sesiones N°182 del 27 de noviembre de 1975, N°183 del 2 de marzo de 1976, N°184 del 3 de marzo de 1976, pp. 830-937.

¹⁵⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (“BCN”), *Ídem*, Sesión N°184 del 3 de marzo de 1976, p. 889.

al uso exclusivo de los particulares. Se acordó que debía discutirse en la redacción del Código de Aguas.

Finalmente, el último punto de análisis fue si debía especificarse los requisitos de la expropiación de los derechos sobre las aguas, cuestiones como quién y cómo se determinaría la indemnización. Se acordó que, si el derecho sobre las aguas es un derecho de dominio, quedaba sujeto a todas las reglas generales de la propiedad, entre las cuales está la posibilidad de la ley de limitar su ejercicio a través de la expropiación. Por consiguiente, era innecesario, además de las dificultades de determinar quién y cómo se determinaría el valor de la indemnización.¹⁵⁵

Y si bien, la Constitución fue publicada años después, estas discusiones fueron las pautas iniciales del régimen de aguas. La amplitud de la redacción permite una holgada movilidad al legislador, al tiempo que protege todos los derechos que la ley le otorgue a las personas sobre las aguas, este puede crear nuevos derechos sobre las aguas, cualquiera sea el nombre que se les dé o las facultades que comprenda quedarán amparados por la protección constitucional sin necesidad de reformas a nivel de la Constitución.¹⁵⁶ La aplicación del régimen constitucional de la propiedad privada, como garantía protectora del derecho de aprovechamiento de las aguas pretendió revestirlo de la máxima protección frente a los actos de los particulares y de la Administración, quedando el derecho cubierto con las herramientas jurídicas más sólidas para hacer frente a cualquier decisión administrativa que tuviera por objeto regularlo, caducarlo o abolirlo.¹⁵⁷ Pero al mismo tiempo, al no contener características del régimen aplicables a esos derechos de aprovechamiento sumamente protegidos, le otorga al legislador un margen amplio de competencias para regular las características del régimen aplicable sobre ellos.

¹⁵⁵ Vid. para mayor profundización, Historia de la Ley Constitución Política de la República de Chile 1980 Artículo 19 n°24 El Derecho de propiedad, disponible en www.bcn.cl.

¹⁵⁶ SEGURA Francisco Riveiro, 2006, *Ibidem*, pp. 54-55.

¹⁵⁷ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, pp. 112-113.

Decreto Ley N°2.603 de 1979

Como fue mencionado, un segundo elemento del régimen de 1981 es el Decreto Ley N°2603 de 1979.¹⁵⁸ Fue la primera legislación sustantiva respecto de los derechos de agua del régimen militar e instaló los nuevos cimientos para el nuevo Código de Aguas promulgado unos años más tarde.

Su objetivo fue derogar los elementos fundamentales del Código de 1967, pero dejó el grueso de la norma sin modificar hasta que una ley enteramente nueva pudiera ser publicada. Esta ley buscaba aclarar la confusa situación de los derechos de aguas, el régimen militar había completado su contrarreforma agraria, las tierras que habían sido expropiadas antes del golpe ahora se estaban vendiendo o transfiriendo nuevamente a propietarios privados, y el Código de Aguas de 1967 era incompatible con el cada vez más activo mercado privado de tierras.¹⁵⁹

Alineado con las discusiones de la Comisión Constitucional, el DL 2.603 fortaleció los derechos de propiedad privada de las aguas enmendando el Acta Constitucional N°3 para que su redacción coincidiera con la que se había acordado se incluiría en la nueva Constitución: *“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”*.

El DL separó los derechos de agua de la propiedad de la tierra por primera vez en la historia de Chile y permitió que estos fueran comprados y vendidos libremente.¹⁶⁰ Si bien no fijó literalmente los derechos como bienes comerciales implícitamente al restablecer en su artículo sexto, el sistema de registro de los derechos en los Registros de Aguas correspondientes y exigir que todas las transacciones también fueran registradas, implícitamente dio paso a su transferencia.¹⁶¹

¹⁵⁸ Decreto Ley N°2.603 del Ministerio de Agricultura “Modifica y complementa acta constitucional N°3; y establece normas sobre los derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del régimen general de las aguas”, publicado en el Diario Oficial el 23 de abril de 1979.

¹⁵⁹ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 94.

¹⁶⁰ Artículo tercero del DL N°2.603 de 1979.

¹⁶¹ BAUER Carl, 2015, *Ídem*, p. 96.

El DL también trató de regularizar la incertidumbre de los derechos de agua existentes declarando una presunción de propiedad a favor de aquellos que eran dueños del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos, al uso de facto. Además, fijó la realización de subastas públicas para todos los derechos expirados o anulados.¹⁶² La doctrina concuerda en que la expresión “reconocidos” del numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental debe entenderse como expresa referencia a todos los derechos que no se adquirieron por acto de autoridad, sino por otras fuentes, en particular aquellos usos consuetudinarios que fueron reconocidos por el DL N°2.603 de 1979.¹⁶³

Además, se estableció que los derechos de aguas iban a ser sujetos a impuestos como cualquier otro bien raíz, la idea era que el agua y la tierra fueran valoradas y sujetas a impuestos separadamente, de forma que el total no excediera los impuestos pagados previamente por las tierras regadas, que hasta entonces asumían el valor de las aguas.¹⁶⁴ Relata el profesor Bauer, que los economistas del régimen innovaron con el impuesto como una política de eficiencia económica, de conservación de las aguas y de potencia a las transferencias intersectoriales; al alentar a los propietarios de derechos de agua a percibir esta como una mercancía y un bien económico, más que como un atributo gratuito de la tenencia de la tierra.¹⁶⁵ Con los precios de las aguas más altos y con la libertad de vender los derechos de agua separadamente de la tierra, los titulares tendrían un incentivo económico para invertir en mejores tecnologías y una mejor gestión, dado que podían vender cualquier caudal de agua no utilizado o excedente para reducir así su carga tributaria. Sin embargo, la aplicación de aquel impuesto no se incluyó en el futuro Código de Aguas.

¹⁶² Artículo sexto del DL N°2.603 de 1979.

¹⁶³ SEGURA Francisco Riveiro, 2006, *Ibidem*, pp. 55-56.

¹⁶⁴ Artículo tercero del DL N°2.603 de 1979.

¹⁶⁵ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, pp. 96-97.

La entrada en vigencia del DL N°2603 de 1979 fue la antesala al Código de Aguas de 1981 y delimitó los principales objetivos del futuro régimen de las aguas: fortalecimiento de los derechos sobre las aguas y la libre transferencia de los derechos.

Código de Aguas de 1981

El último elemento del régimen original del Código de Aguas de 1981,¹⁶⁶ es precisamente la publicación del Código.

El modelo chileno, puesto en marcha en 1981, es el principal ejemplo de un enfoque de libre mercado aplicado al derecho de aguas y a la gestión de los recursos hídricos. La idea básica inicial era que, al crear un marco regulatorio para el desenvolvimiento del mercado, generaría las condiciones necesarias para lograr que el mercado de aguas se encargara de llegar al óptimo social del uso del recurso hídrico, siendo el criterio económico el que llevaría finalmente al uso eficiente y beneficioso. El motivo de fondo que impulsó el cambio legislativo fue entonces la intención de darle mayor dinamismo a la economía, creando derechos de propiedad sólidos que favorecieran la inversión.¹⁶⁷

El derecho no puede crear un mercado ahí donde no existe (o donde no hay interés que exista), pero bien puede crear los instrumentos jurídicos adecuados para su conformación y funcionamiento, esta fue precisamente la intención de los creadores del actual régimen sobre las aguas en la década de los ochenta.¹⁶⁸ El legislador, teniendo a su alcance diversos modelos de asignación de derechos de agua, prefirió optar por esta forma de reparto de modo que será la eficiencia la que determinará la distribución de esta particular riqueza.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Decreto con Fuerza de Ley N°1.122 del Ministerio de Justicia “Fija texto del Código de Aguas”, publicado en el Diario Oficial el 29 de octubre de 1981.

¹⁶⁷ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 210.

¹⁶⁸ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 229.

¹⁶⁹ CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, p. 234.

Siguiendo a Coase,¹⁷⁰ el desarrollo del mercado de los aprovechamientos de las aguas ha quedado entregado a las transferencias entre los tenedores de derechos de aprovechamiento de las aguas. Sin embargo, para su ideal funcionamiento se requiere de ciertos elementos: derechos de propiedad bien definidos, exclusividad del dueño para utilizar la cosa que es de su propiedad, transferencias sin costos de transacción y sin externalidades.

Lo que cabe analizar es si el uso de los bienes públicos, como las aguas, deberían estar enfocado exclusivamente desde una perspectiva económica, especialmente considerando que el uso de las aguas implica mucho más que eso, se deben considerar las funciones sociales y medioambientales del recurso hídrico.¹⁷¹ Además, producto de su denominación como bienes nacionales de uso público, el uso de las aguas es de la Nación toda y no puede ser exclusivo de un particular. Y finalmente el uso de las aguas trae aparejado una serie de externalidades sociales y ambientales al preferir un uso por sobre otro. Para configurar aquel mercado ideal de libre transferibilidad y sin externalidades, se eliminaron todas las disposiciones referidas a la facultad del Estado para establecer un uso efectivo y beneficioso, racionalizar el uso de las aguas, establecer reservas, usos prioritarios, caducidad por no uso o cualquier otra medida que limitase la plena libertad del titular sobre su derecho de aprovechamiento, pero no se excluyó la denominación de bien nacional de uso público.¹⁷²

Cabe destacar que a sola excepción de Chile y la propuesta del Código de Aguas de Perú, fundada en el precedente chileno, no existe país que admita un uso incondicionado de las aguas, pues al condicionar los derechos a usos efectivos y socialmente beneficioso – incluyendo el rol ecológico del recurso- se previenen los monopolios, la especulación, daños a terceros y al medio ambiente. En síntesis, no sólo a nivel comparado el sistema chileno resulta “extraño”, sino que si comparamos el CA de 1981 con los regímenes legales anteriores, salta a la vista que el legislador nacional históricamente había considerado necesario contemplar

¹⁷⁰ COASE Ronald H., El problema del costo social, 1960[en línea] <<http://www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costos.pdf>> (consulta: 12 diciembre 2017).

¹⁷¹ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 210.

¹⁷² SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 212.

disposiciones que sometían a los derechos de aprovechamiento de los particulares a ciertas restricciones fundadas en el deber del Estado de velar por el interés general.¹⁷³ Las libertades privadas son muy amplias y la autoridad gubernamental es severamente restringida, si se compara con legislaciones hídricas chilenas anteriores.¹⁷⁴ Además, este Código opta por una judicialización de los conflictos asociados a las aguas. Desde ya, la DGA no está facultada para resolver problemas entre usuarios, y las organizaciones de usuarios tampoco pueden intervenir si las situaciones planteadas se refieren a temas patrimoniales, cuestiones que necesariamente terminarán discerniéndose en los tribunales ordinarios de justicia.¹⁷⁵

El Código de Aguas de 1981, creó mecanismos de mercado, basados en la separación de los derechos de aprovechamiento de las aguas de la propiedad de la tierra.¹⁷⁶ Por primera vez en la historia de Chile, se separó los derechos de aguas de la propiedad de la tierra, creó varios mecanismos e incentivos de mercado y redujo drásticamente el papel del Estado en la gestión, regulación y desarrollo de los recursos hídricos. Así, los principios *laissez faire* del Código son evidentes en materias de gestión de cuencas hidrográficas y la coordinación de usos múltiples del agua. La única innovación y regulación materia de conservación de las aguas, fue la creación de los derechos no consuntivos. Como la principal preocupación era el riego, se pretendía estimular el desarrollo hidroeléctrico en la cordillera y pre cordillera aguas arriba de las áreas agrícolas, sin perjudicar a los agricultores aguas abajo que tuvieran derechos de aguas preexistentes; esto mediante derechos de aguas no consuntivos, que permitieran a su propietario desviar agua de un curso y usarla, siempre que está sea después devuelta sin alteración a su canal original, para su uso por parte de propietarios aguas abajo.¹⁷⁷

¹⁷³ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ídem*, p. 213.

¹⁷⁴ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 75.

¹⁷⁵ PEÑA Humberto, Las Competencias de la Administración Hídrica en Chile, En: Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza “El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio”, dirigido por EMBID Irujo Antonio, Tomo II, Civitas Ediciones, 2002, p. 340.

¹⁷⁶ ARANDA Pablo Valenzuela, *Ibidem*, p. 106.

¹⁷⁷ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, pp. 78-19.

La legislación del Código de 1981, otorgó a los titulares de los derechos de aprovechamiento una amplia libertad de uso, no impone limitaciones ni condiciones que obliguen al usuario a usar las aguas a favor de la comunidad, el pueblo, la sociedad, colectividad, Estado, Nación, Administración, o como se le quiera denominar al titular del dominio público de las aguas.¹⁷⁸ Promueve la libre transmisibilidad de los derechos en el mercado y entrega a la arbitrariedad de su titular el usar o no y con que fines las aguas entregadas a su disposición.

¹⁷⁸ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 209.

CAPITULO V: REFORMA DEL 2005 AL CÓDIGO DE AGUAS, LEY N°20.017

A comienzos de los 2000 había dos posturas para mejorar las falencias del sistema, para algunos era necesario profundizar los requisitos del mercado y para otros excluirlo del régimen. Así surgía el debate parlamentario que duró más de doce años, de las modificaciones finales, principalmente de la patente por no uso de aguas trata el siguiente capítulo.

La intención no es desmenuzar cada una de las disposiciones de la Ley N°20.017, sino que sus principales modificaciones y como aquello altera el panorama regulatorio de las aguas. Para aquello, es necesario distinguir de las modificaciones y adaptaciones generales, la principal introducción al sistema: el pago de la patente por no uso.

Reforma del 2005 y su proceso de discusión parlamentaria

El 2 de diciembre de 1992, por medio de mensaje y con el Boletín N°876-09, presentado en la Cámara de Diputados, se propuso al Congreso Nacional un proyecto para modificar el Código de Aguas. Cuando el proyecto de reforma ingresó a su tramitación legislativa, que duró más de doce años, se pretendía efectuar en el sistema legal de las aguas un cambio completo, sin embargo, con el correr de los años quedó reducida a una serie de normas de adaptación o modernización, cambios “*cosméticos*”.¹⁷⁹ El tema central de los debates sobre políticas hídricas en los años noventa fue un profundo desacuerdo sobre las reglas más básicas que definen los derechos de propiedad de los aprovechamiento y el papel del Estado en las regulaciones públicas respecto a la gestión del agua.¹⁸⁰

El modelo de mercado del CA de 1981 había creado a lo menos dos consecuencias indeseables: (i) atendiendo a las mínimas intervenciones de la Administración en la gestión del agua, se estaba produciendo un grave agotamiento del recurso; y (ii) una deficiente asignación

¹⁷⁹ SEGURA Francisco Riveiro, 2004, *Ibidem*, pp. 29-30.

¹⁸⁰ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 112.

y reasignación del recurso, por cuanto existía una gran concentración de derechos de aprovechamientos de agua en sólo algunas manos.¹⁸¹

El proyecto inicial versaba sobre cuatro pilares (i) normas sobre recuperación de la condición de bien nacional de uso público del agua, la justificación de su necesidad y su uso obligatorio; (ii) normas sobre conservación y protección de las aguas y los cauces; (iii) normas sobre administración integrada de las cuencas y perfeccionamiento de las organizaciones de usuarios; y (iv) normas relacionadas con aspectos regionales.¹⁸²

El tenor inicial de la reforma se plasma en un Seminario de 1991 organizado por la DGA,¹⁸³ Gustavo Manríquez Lobo, entonces Director de la DGA expresó en aquella oportunidad: *“Es necesario reafirmar la calidad jurídica de bien nacional de uso público del agua y llevar adelante las correcciones legales que hagan compatible la aceptación de este principio con la realidad vigente”* (...) *“Se propone que la concesión de derechos de aprovechamiento debe corresponder a necesidades efectivas, propiamente justificadas; e imponer al concesionario, una contra contrapartida a su gratuidad, la obligación de ejecutar y desarrollar los proyectos de aprovechamiento en plazos razonables propuestos por el propio interesado”*.

La tramitación tuvo dos etapas.¹⁸⁴ La primera a comienzos de los noventa (1990-1995), fue agresiva, desordenada y torpe, siendo el proyecto derribado en críticas por la oposición. La postura inicial del gobierno incluía una fuerte crítica política e ideológica al CA.¹⁸⁵ La DGA a través de la “Política Nacional de Recursos Hídricos” debía diagnosticar la situación nacional

¹⁸¹ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 302.

¹⁸² CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, p. 302.

¹⁸³ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, Bases para la formulación de la Política Nacional de Aguas, En: Seminario sobre Política Nacional de Aguas, CEPAL, agosto, 1991, Revista de Derecho de Minas y Aguas N°2.

¹⁸⁴ MEZA Catalina Suárez, Aplicación de la Patente por no uso de aguas en Chile, En: Actas de Derecho de Aguas N°4-2014, dirigido por VERGARA Alejandro Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Thomson Reuters, p. 50.

¹⁸⁵ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 113.

de los derechos de agua, identificar los problemas para los cuales el enfoque *laissez faire* era inadecuado y proponer los cambios necesarios; las primeras versiones subrayaba la importancia del interés general de la Nación y alegaban a favor de “recuperar” el estatus del agua como bien nacional de uso público.¹⁸⁶ Cuando en 1992 el gobierno envió al Congreso la primera ronda de propuestas, el principal argumento era que el régimen adolecía de excesiva permisividad y pasividad ante la realidad de problemas críticos de escasez y contaminación de las aguas que fomentaba el acaparamiento y la especulación, este estado de las cosas era socialmente injusto y económicamente ineficiente. Todo esto debía modificarse a través de (i) un fortalecimiento de “lo público”; (ii) el establecimiento de caudales ecológicos mínimos; (iii) la creación de nuevas organizaciones a nivel de cuencas para administrar y gestionar el uso de las aguas; (iv) regulaciones diferenciales en base a las zonas geográficas; y (v) la obligación del uso solicitado de manera concreta, bajo la lógica de “úselo o piérdalo”, es decir, la posibilidad de caducar derechos que no eran utilizados efectivamente.¹⁸⁷

Las propuestas iniciales fueron tan criticadas, que el proyecto resultó inviable en el Congreso. La polémica pública generalizada determinó que el Ejecutivo se vio obligado a retroceder su posición: eliminó las caducidades por no uso e incorporó patentes, y reconoció en el mercado una forma de reasignación de las aguas, que es perfectible.¹⁸⁸ Entonces, la tensión pública/privada ya no se manifestó a nivel de los vínculos públicos sobre el bien agua, sino que se trasladó a otorgar nuevas potestades al Estado respecto de su uso, obligando a los particulares a justificar sus nuevas solicitudes y regulando el ejercicio de ellos.¹⁸⁹ Así al comenzar el proceso legislativo se pretendía la caducidad de los derechos no utilizados en el plazo de cinco años, sin perjuicio de la posibilidad de establecer plazos diferentes o conceder prórrogas para

¹⁸⁶ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, Bases para la formulación de la Política Nacional de Aguas, En: Seminario sobre Política Nacional de Aguas, CEPAL, agosto, 1991, Revista de Derecho de Minas y Aguas N°2, p. 260.

¹⁸⁷ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, pp. 114-115.

¹⁸⁸ VERGARA Alejandro Blanco, Las Aguas como Bien Público (no estatal) y lo privado en el Derecho chileno: Evolución legislativa y su proyecto de reforma. Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 1, 2002, pp. 15-27.

¹⁸⁹ VERGARA Alejandro Blanco, 2002, *Ídem*, pp. 27-28.

resolver circunstancias excepcionales en la que el uso efectivo del recurso tardaría más tiempo, como en los proyectos hidroeléctricos. Este aspecto fue posteriormente moderado por medio de la indicación sustitutiva del ejecutivo de 1996, reemplazando la caducidad por una patente por el no uso del agua.¹⁹⁰ Transformándose en la principal modificación al régimen de las aguas, que tenía como propósito fijar un coste para la conservación indefinida del recurso y así desincentivar la especulación, o simplemente el mal uso.¹⁹¹

Frente a este escenario de crítica durísima, se planteó la inconstitucionalidad en el aumento de la discrecionalidad administrativa de la DGA, por los potenciales abusos de poder burocrático que podrían socavar los elementos fundamentales del modelo económico: la libertad económica del sector privado, la seguridad de la propiedad privada, y la neutralidad apolítica del libre mercado. La postura de la oposición era que se debía robustecer el mercado, el Profesor Vergara¹⁹² exponía la necesidad y proponía tres puntos de solución: (i) legislar un marco institucional que permita un pleno funcionamiento de los mecanismos que abre la libertad de transferibilidad de derechos de agua. Para ello proponía perfeccionar la definición de los derechos de agua a derechos de propiedad sobre las aguas propiamente tal, (ii) crear una instancia obligatoria de catastro e información de los derechos de agua y la regularización de los derechos consuetudinarios, para otorgar certeza jurídica al sistema; y (iii) establecer adecuadas condiciones para la libre transferibilidad eliminando los costos de transacción.

A pesar de que el gobierno busco enmendar el proyecto inicial, una vez más fue rechazado. A finales de 1993 fue retirado por completo de la discusión activa del Congreso, por las elecciones nacionales en diciembre. En la transición de una etapa a otra, el debate se enfocó en qué instrumento económico sería el mejor incentivo para evitar la acumulación de derechos de aprovechamiento. Así se barajó la imposición de un impuesto anual sobre el volumen del derecho de aprovechamiento otorgado independiente de su uso, o la aplicación de una tasa por no uso de las aguas.

¹⁹⁰ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 303.

¹⁹¹ CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, p. 303.

¹⁹² VERGARA Alejandro Blanco, *Derechos de Aguas*, Tomo I, 1998, *Ibidem*, pp. 291-293.

El segundo paquete de reformas (1996-2005) fue más limitado, cuidadoso y pragmático. La rama ejecutiva del Gobierno envió una segunda ronda de propuestas en julio de 1996, y se enfocó en la patente por no uso de las aguas. El gobierno intentó aliviar los temores de la oposición de dos maneras: (i) especificando las pautas que la DGA seguiría para determinar que derechos no estaban siendo utilizados; y (ii) estableciendo una instancia de revisión judicial de los procedimientos.¹⁹³ Sin embargo, los intereses hidroeléctricos -grupo con principal poder monopolístico de los derechos no consuntivos que acumulaban derechos sin usar- y los mineros privados, reclamaban que las tasas eran muy elevadas y que el período permitido para el no uso era demasiado corto, en especial para grandes proyectos de inversión que requieren un período de obra más largo.¹⁹⁴

Por cierto, durante la larga discusión de los proyectos de ley para modificar el Código de Aguas, el punto más álgido fue cuando se sostuvo por algunos que la aplicación del pago de patente por no utilización de las aguas era inconstitucional por afectar derechos adquiridos de forma retroactiva.¹⁹⁵ Aquella postura se puso en conocimiento del Tribunal Constitucional, órgano que resolvió en la sentencia Rol N°260 del 13 de octubre 1997, el requerimiento presentado por más de 30 diputados, durante la tramitación del proyecto de reforma al Código de Aguas presentado por el Ejecutivo en 1992.

El alegato inconstitucionalidad estaba basado en que las normas propuestas en el proyecto no se debían tramitar bajo las reglas de la ley ordinaria, sino conforme a las de quórum calificado que según ellos exigiría el artículo 19 N° 23 inciso 2° y la propiedad de derechos adquiridos. El argumento fue rechazado. En los considerandos 17° y 18° la sentencia resuelve: *“Como puede apreciarse el constituyente con meridiana claridad ha entregado a la “ley”, sin calificativos, la regulación o constitución del derecho sobre las aguas y, en consecuencia, el intérprete debe entender que tal ley es la ley común u ordinaria, tanto porque cuando la*

¹⁹³ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 127.

¹⁹⁴ BAUER Carl, 2015, *Ídem*, p. 131.

¹⁹⁵ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 217.

Constitución se refiere a la ley sin adjetivos se entiende que es la ley común, como porque dicha clase de leyes representan la regla general de nuestro Código Político (...) de aceptarse que las normas que regulan el procedimiento de constitución originaria del derecho de aprovechamiento son de quórum calificado, no solo los artículos del proyecto en estudio que se han cuestionado deberían ser materias de leyes de quórum calificado, sino prácticamente todo el Código de Aguas”.

Otra sentencia relevante del Tribunal Constitucional corresponde al Rol N°513-06 en la que se alegó inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo primero transitorio de la Ley N°20.017, que establecía que las solicitudes de derechos de aprovechamiento pendientes de resolver y que sean incompatibles entre sí serían objeto de uno o varios remates públicos. La aplicación de dicha norma según los requirentes infringía su libertad para emprender proyectos económicos (art. 19 N°21 de la CPR). El TC señaló que lo que se regula es la forma de adquirir un derecho de aprovechamiento, no una actividad económica, que en los antecedentes se refería a la generación de energía eléctrica: *“No se advierte, entonces la manera en que el mecanismo de remate de los derechos de agua pueda hacer que la libertad económica de los requirentes “deje de ser reconocible” o se “haga irrealizable” o quede “privada de la tutela jurídica adecuada” o, por último, se “torne ilusorio su ejercicio”. Se trata, entonces, de una norma que si bien reduce la opción de los solicitantes a llegar ser titulares de los derechos de agua solicitados, al obligarlos a concursar en un remate en pos de su obtención, no les impide acceder a tal adquisición ni les ha puesto obstáculos que la hagan imposible”.*¹⁹⁶

Finalmente, el año 2005 se aprobó la reforma, estas nuevas normas permitieron que el rol del Estado se hiciera más vigoroso, pero todavía imposibilitado de adquirir una capacidad de interventor, y tampoco se constituyó una alternativa al mercado como asignador de recursos.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°513-06, Considerando vigésimo.

¹⁹⁷ ARANDA Pablo Valenzuela, *Íbidem*, p.117.

Modificaciones, adaptaciones y novedades de la Ley N°20.017

Francisco Segura plantea que la ley N°20.017 no es una “reforma”, sino una ley adaptadora que modificó ciertos aspectos, pero que en ningún caso eliminó la lógica de mercado instaurada en los ochenta, aun así, rescata ciertos elementos, que se presentan en virtud de los ámbitos de aplicación.¹⁹⁸

En cuanto a las potestades de la DGA y el procedimiento de solicitud de los derechos de aprovechamiento:

- En el art. 140 que regula los requisitos de la solicitud de derecho de aprovechamiento, se substituyó “*contener la cantidad de agua que se desea*” a “*la cantidad de agua que se necesita*”, buscando restringir los flujos que se otorgan a los particulares por una autoridad menos pasiva. También se incluyó que en caso de aguas subterráneas debe indicarse el caudal máximo que se necesita extraer; en los derechos no consuntivos deberá indicarse el punto de restitución de las aguas y la distancia y el desnivel entre la captación y la restitución; se establecen reglas que limiten el otorgamiento de derechos de aprovechamiento por falta de fundamento de las cantidades solicitadas, permitiendo a la DGA otorgar derechos en condiciones distintas a las solicitudes por razones de disponibilidad del recurso.
- Se le incorporan importantes facultades a la Dirección en caso de épocas de extraordinaria de sequías. Puede tomar el control de las fuentes suspendiendo las facultades de las juntas de vigilancia, seccionar ríos y autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento y sin limitación de caudal mínimo.
- El art. 140 exige a los nuevos solicitantes a la hora de iniciar el procedimiento concesional acompañar a través de un formulario y constituyendo una declaración jurada, “*una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará*”. Evita la adquisición gratuita del derecho que se piensa no será convenientemente explotado, al no necesitarse. Ya no se aplica la

¹⁹⁸ SEGURA Francisco Riveiro, “La Reforma del Código de Aguas”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°215-216, 2004.

idea del modelo de Coase en la asignación inicial, al contrario, se interviene en dicha asignación originaria a efectos de prevenir que los particulares hagan prevalecer el valor de opción del recurso, es un incentivo a desprenderse de los derechos que no están siendo efectivamente utilizados.¹⁹⁹ Se exime de la obligación las solicitudes de volúmenes iguales o inferiores a 100 litros por segundo en las regiones primera a metropolitana, ambas inclusive, y a 50 litros por segundo en el resto de las regiones. Los mismos parámetros eximen del pago de patente por no uso. No se estiman como potenciales peligrosos en la mala utilización de las aguas, sino como posibles especuladores.

En el ejercicio de los titulares de sus derechos de aprovechamiento:

- Se incorpora en el art. 185bis la opción que los conflictos que se produzcan en el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas, podrán ser resueltos por un árbitro, para lograr soluciones más expeditas que los tribunales ordinarios.
- El nuevo texto art. 6 del Código agrega el derecho al titular de los derechos de aguas a renunciar total o parcialmente al mismo, por escritura pública y registro en el CBR correspondiente, siempre que no perjudique a terceros.

En materia medioambiental agrega todo un título nuevo “Título X: De la protección de las Aguas y Cauces”, que si bien sólo son tres artículos fija una declaración de principios al incluir temas de protección medioambiental y un título especializado al respecto:

- Agrega dos deberes a la DGA: primero, que en la constitución de los nuevos derechos de aprovechamiento debe velar por la preservación de la naturaleza y la protección al medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, como parámetro a considerar en cada nueva solicitud, y así preservar las condiciones naturales de cada fuente superficial, la naturaleza y la protección del medio ambiente

¹⁹⁹ CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, pp. 326-327.

sin afectar derechos constituidos (art. 129 bis 1 CA).²⁰⁰ Segundo, establecer una red de estaciones de control de calidad, cantidad y niveles de las aguas tanto superficiales como subterráneas en cada cuenca hidrográfica, que proporcione información pública y a quien la solicite.

Respecto a las aguas subterráneas, incluyendo por primera vez principios de la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos:

- En materia de explotación de las aguas subterráneas se incluyen modificaciones y adaptaciones que buscan incorporar el principio de unidad de corriente, es decir, políticas que consideren todas las aguas de una misma cuenca hidrográfica conectadas de forma tal que se debe gestionar coordinadamente su explotación: se agrega un nuevo inciso al art. 63, la posibilidad de declarar zonas de prohibición en una cuenca, lo que da origen a una comunidad de aguas conformada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidas en ella con potestades de reorganización de las aguas disponibles y de recargar artificialmente la cuenca; el art. 65 otorga a particulares interesados la facultad de pedir la declaración de un área de restricción a la DGA y además permite que cualquier persona sin haber previa declaración de área de restricción ejecute obras para la recarga artificial de acuíferos.
- En el art. 58 se agregan dos incisos nuevos. Se establece el remate como solución para decidir en caso de presentarse dos o más solicitantes para la exploración de aguas subterráneas sobre una misma extensión en el plazo de seis meses. Así mismo, la ficción legal según la cual se entiende por fecha de presentación de la solicitud para constituir el derecho de aprovechamiento la fecha en que se dictó la resolución que concede el permiso para buscar dichas aguas, con un efecto retroactivo.

²⁰⁰ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, 2013, p. 308.

Comentarios a las modificaciones expuestas de la ley N°20.017

En la incorporación del caudal ecológico mínimo algunos detractores evidenciaban una vulneración a la esencia del dominio. Pero, debe considerarse que caudal ecológico se trata de una técnica de intervención de la Administración para la determinación de un máximo de caudal a ser dispuesto a los particulares para el aprovechamiento extractivo de las aguas, dejando el remanente en el propio caudal a fin de velar por la preservación medioambiental,²⁰¹ y que solo aplica para nuevas solicitudes, no pudiendo afectar la propiedad de derechos previamente constituidos. La inclusión de la institución, implica un reconocimiento reglamentario al valor ecológico a las aguas, un valor fuera del mercado, que se sobrevalora por encima del valor extractivo.

Cabe mencionar que las atribuciones de la DGA se limitan a aceptar o rechazar nuevas solicitudes en base al criterio del caudal ecológico mínimo. Ahora bien, la norma considera casos calificados en los que, previo informe favorable del Ministerio del Medio Ambiente, el Presidente de la República puede fijar caudales ecológicos mínimos diferentes a los reglamentariamente previstos; en estos casos la DGA no puede afectar -caducar o limitar- derechos constituidos y no queda más que expropiar los derechos de aprovechamiento en base a cuestiones de utilidad pública o interés nacional. En palabras de Celume, la DGA tiene potestades preventivas y no re organizativas en la gestión del caudal de una fuente superficial.²⁰²

Respecto a la memoria explicativa como requisito en las nuevas solicitudes de derechos, que deben señalar la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará. Constituye una base para una supervigilancia de la Administración sobre una correcta asignación originaria de los derechos de aprovechamiento, ya que evita que volúmenes de aguas queden en manos privados con la única finalidad de acumularlos.

El artículo 147 bis CA le otorga a la DGA la potestad de “*mediante resolución fundada, limitar el caudal de una solicitud de derechos de aprovechamiento, si manifiestamente no*

²⁰¹ CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, p. 314.

²⁰² CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, p. 318.

hubiera equivalencia entre la cantidad de agua que se necesita extraer, atendidos los fines invocados por el peticionario en la memoria explicativa señalada en el N°6 del artículo 140, y los caudales señalados en la tabla de equivalencias entre caudales de agua y usos, que refleje las prácticas habituales en el país en materia de aprovechamiento de aguas. Dicha tabla será fijada mediante decreto supremo firmado por los Ministros de Obras Públicas, Minería, Agricultura y Economía". La doctrina plantea críticas respecto a la citada disposición, utilizar una tabla como parámetro de comparación basada en los usos pasados, es contrario al propósito inicial que es atacar la práctica habitual de solicitar derechos en exceso a las reales necesidades de la actividad y acoger volumen de aguas basados en usos poco eficientes, que no obedecen a nuevas tecnologías.²⁰³

El mismo art. 147 bis CA agrega otras dos hipótesis de gestión del recurso; *"Asimismo, cuando sea necesario reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua, o bien, tratándose de solicitudes de derechos no consuntivos y por circunstancias excepcionales y de interés nacional, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, con informe de la Dirección General de Aguas, disponer la denegación parcial de una petición de derecho de aprovechamiento"*. La primera deniega la solicitud, cuando es necesario asegurar el abastecimiento de la población y no existen otros medios para aquello, el segundo supuesto, aplica solo sobre derechos no consuntivos y cuando exista circunstancias excepcionales y de interés nacional.

Otra de las críticas es que a pesar de que durante la tramitación del proyecto se contemplaba, en el resultado final se excluyó del amparo legal la protección al uso recreacional y escénico del agua, y *"lo que es más grave aún, incluyó insólitamente, como única medida impuesta para velar por el "racional" y "beneficioso" uso de las aguas, la incorporación del pago de patente por no utilización de las aguas, la que, en la práctica, impide que la colectividad se beneficie del valor de no "uso productivo" de las aguas"*.²⁰⁴ Esta situación desconoce el beneficio social de la no utilización productiva con fines conservativos. En este sentido, si un

²⁰³ CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, pp. 328-330.

²⁰⁴ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem* p. 244.

particular u organización privada o pública, decide solicitar o comprar derechos de aprovechamiento para no “utilizarlos productivamente”, sino que, por el contrario, su interés es dejar que las aguas fluyan libremente, estará ineludiblemente afecto al pago de la patente, por muy loable que sea su interés, sin posibilidad de eximirse del pago.

Patente de pago por no uso

Corresponde a una obligación que la ley impone al dueño de un derecho de aprovechamiento que no utiliza las aguas, de pagar determinada cantidad de dinero en la proporción que la misma ley señala.²⁰⁵

Una crítica clásica al modelo original del Código era que sus normas, que eximían de toda carga a la titularidad del derecho de aprovechamiento de aguas, permitían el acaparamiento de recursos y la especulación con las necesidades futuras.²⁰⁶ Ello, potenciado en el otorgamiento a perpetuidad de los derechos de aprovechamiento de aguas.

La especulación se generó debido a que al no haber costo de ningún tipo para quien solicitó las aguas y no las usó, este pudo conservar gratis su derecho de aprovechamiento y eventualmente venderlo, lo que resultó un buen negocio, ya que el riesgo es nulo y la ganancia es segura.²⁰⁷

La solución a esta problemática se proponía estaba en la confección de un mecanismo de pago de una patente o tributo. Algunos proponían que se debía imponer a todos los titulares de derechos y otros sólo a los titulares de derechos de aprovechamiento cuyas aguas no estuviesen siendo utilizadas en todo o en parte. El propósito era crear un desincentivo eficaz al mal uso, la especulación y acumulación del recurso.²⁰⁸

²⁰⁵ SEGURA Francisco Riveiro, 2004, *Ibidem*, pp. 28-30.

²⁰⁶ SEGURA Francisco Riveiro, 2004, *Ídem*, pp. 30-31.

²⁰⁷ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 223.

²⁰⁸ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, pp. 332-333.

Ante las dos posibilidades la DGA argumentaba,²⁰⁹ que un sistema de impuesto a todos los derechos de agua era atractivo en teoría, pero demasiado difícil y costoso de aplicar en la práctica al menos a corto plazo. Tal sistema requería determinar los valores de cientos de miles de derechos de aprovechamiento diferentes en todo el país; crear y mantener una base de datos de todos los títulos legales de los derechos; reevaluar los valores de las tierras regadas; y vencer la resistencia política de muchos usuarios. En contraste, las tasas por no uso se aplicarían a un universo mucho más pequeño de usuarios y sería más factible de aplicar.

La indicación sustitutiva del ejecutivo del año 1996 se inclinó por la patente por no uso y contemplaba una serie de presunciones simplemente legales por medio de las cuales la Administración podía asumir discrecionalmente cuales caudales no se estaban utilizando. Tras las críticas, una vez más en 1999 se modificó el proyecto y las reemplazo por una sola presunción simplemente legal de uso de las aguas, más objetiva: *la existencia de obras de captación de las aguas*, y en el caso de los derechos de carácter no consuntivos, *la existencia de las obras de captación y restitución*.²¹⁰

Finalmente, producto de la ardua negociación el 2005 se aprobó la reforma y se agregó al Código el título XI, denominado actualmente “Del pago de una Patente por la no utilización de las Aguas”, el cual se compone de dieciocho artículos. Estos se incorporan con una técnica legislativa que no es buena, desde el art. 129 bis 4 al 129 bis 2. Segura²¹¹ explica que producto de la ardua negociación que significó la reforma, se prefirió incorporar todas las reglas al texto, para evitar que en la reglamentación administrativa no se respetaran los acuerdos que se plasman en la Ley. Y así evitar que la reticencia parlamentaria al establecimiento de la patente, que se traducía en la idea de que al cobrar por no uso, se incentivaría el uso ineficiente y el temor a una supuesta discrecionalidad en la aplicación de la presunción de no uso,²¹² se vieran traducidos nuevamente ante el Tribunal Constitucional.

²⁰⁹ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, pp. 140-141.

²¹⁰ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 339.

²¹¹ SEGURA Francisco Riveiro, 2004, *Ibidem*, p. 36.

²¹² CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, p. 336.

El proceso de cálculo de la patente busco adecuarse a las condiciones de nuestro país, para ello se tuvieron presentes los siguientes aspectos:²¹³

- Como el ámbito de uso que se consideraba que tenía mayores acaparamientos era la industria de generación hidroeléctrica, se estimó que la variable económica de mayor importancia de un desarrollo hidroeléctrico es la potencia y no simplemente el caudal, por lo que el valor de la patente depende del factor $Q \times H$, donde Q es el caudal solicitado en m^3/s y H es la altura de caída o desnivel entre el punto de captación y el punto de restitución.
- Asimismo, se fijó un valor de patente escalonado en el tiempo, con distintos montos, para no inhibir el desarrollo de la fase inicial de preparación de proyectos, pero suficiente para desincentivar efectivamente retrasos, cuando ya es posible decidir acerca de la inversión.

Existen tres situaciones distintas de cobro de patente, dependiendo del tipo de derecho otorgado al titular y que sólo gravan la porción no utilizada de las aguas:

(i) Derechos no Consuntivos de ejercicio permanente, artículo 129 bis 4 del Código de Aguas:

Para los derechos cuyos puntos de captación se ubiquen entre las Regiones Primera y Décima, con excepción de la provincia de Palena, cuando su titular no haya construido las obras de captación y las obras necesarias para su restitución, en la proporción no utilizada de sus respectivos de caudales, aplican los siguientes criterios de cobro:

Primeros 5 años de la patente	$UTM = 0,33 * Q * H$
Entre 6 y 10 años de la patente	$UTM = 0,33 * Q * H^2$
Entre 11 y más años de la patente	$UTM = 0,33 * Q * H^4$

²¹³ MEZA Catalina Suárez, Aplicación de la Patente por no uso de aguas en Chile, En: Actas de Derecho de Aguas N°4-2014, dirigido por VERGARA Alejandro Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Thomson Reuters, p. 53.

Para los derechos no consuntivos cuyos puntos de captación se ubiquen en la Provincia de Palena, o las Regiones Undécima y Duodécima, cuando su titular no haya construido las obras de captación y las obras necesarias para su restitución, en la proporción no utilizada de sus respectivos de caudales, se aplicarán las siguientes reglas especiales:

Primeros 5 años de la patente	$UTM = 0,22 * Q * H$
Entre 6 y 10 años de la patente	$UTM = 0,22 * Q * H^2$
Entre 11 y más años de la patente	$UTM = 0,22 * Q * H^4$

(ii) Derechos Consuntivos de ejercicio permanente, artículo 129 bis 5 del Código de Aguas:

Pagaran patente los titulares de ejercicios permanente que no hayan construidos las obras de captación de las aguas, en base a las siguientes reglas temporales y geográficas:

Primeros 5 años de la patente	Cuencas situadas Primera a región Metropolitana	1,6 UTM =1 l/s
	Cuencas situadas Sexta a Novena	0,2 UTM =1 l/s
	Cuencas situadas Décima, Undécima y Duodécima	0,1 UTM =1 l/s
Entre 6 y 10 años de la patente	Cuencas situadas Primera a región Metropolitana	1,6 UTM =1 l/s*2
	Cuencas situadas Sexta a Novena	0,2 UTM =1 l/s*2
	Cuencas situadas Décima, Undécima y Duodécima	0,1 UTM =1 l/s*2
Entre 11 y más años de la patente	Cuencas situadas Primera a región Metropolitana	1,6 UTM =1 l/s*4
	Cuencas situadas Sexta a Novena	0,2 UTM =1 l/s*4
	Cuencas situadas Décima, Undécima y Duodécima	0,1 UTM =1 l/s*4

(iii) Derechos de Ejercicio Eventual, artículo 129 bis 6 del Código de Aguas:

Como estos derechos tienen una probabilidad menor de ejercerse, deben también pagar una patente menor. Se aplica a estos derechos una patente equivalente al tercio de la definida para los derechos de ejercicio permanente, lo que es coherente con lo dispuesto en el art. 276 del CA, donde se establece que los derechos eventuales deberán pagar cuotas en las organizaciones de usuarios no superiores al tercio de lo que pagan los derechos permanentes.

Para adquirir conocimiento de cuando los titulares deben pagar la patente por no uso, la DGA debe publicar una resolución que contenga el listado de los derechos sujetos a esta obligación y en que proporciones. El pago se debe hacer dentro del mes de marzo de cada año en cualquier banco o institución autorizada para recaudar tributos. De no pagar el titular, la DGA debe iniciar un procedimiento judicial ejecutivo para obtener el pago, puede exigir remate con el sólo objeto de obtener el pago de la patente correspondiente a la proporción de los derechos de aguas no utilizados efectivamente.

A fin de evitar el desincentivo en el ejercicio de las actividades productivas dada la incorporación de la patente, el legislador estableció la posibilidad de que los montos mensuales pagados en razón de ellas en los años anteriores al uso efectivo de las aguas pudiesen ser deducidos del monto de sus pagos provisionales obligatorios de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Y, si quedara un remanente de dicha imputación, por ser inferior al pago provisional obligatorio o por no existir la obligación de hacerlo en dicho período, éste puede imputarse a cualquier otro impuesto fiscal de retención o recargo de declaración mensual y pago simultáneo que deba pagarse en la misma fecha, y el saldo que aun quede puede imputarse a los mismos impuestos indefinidamente en los meses siguientes, hasta su total agotamiento.²¹⁴

Existe una regla general de eximición de pago, la presunción de uso efectivo de las aguas cuando existen las obras necesarias para la captación de las aguas y de restitución, si corresponde. Además, quedan excluidos del pago los titulares que son administrados y distribuidos por una organización de usuarios que decidieron sistemas de turnos o repartos proporcionales y que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) declare que no existen impedimentos entre ellos para la Libre Competencia, en base al artículo 129 bis 9.

²¹⁴ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 356.

Sin embargo, en la práctica se han dado evasiones al pago de patentes.²¹⁵ (i) Una de ellas es que, ante la no inscripción de derechos de aprovechamiento en el Conservador de Bienes Raíces, no es posible efectuar remates, por lo que no se puede concretar el pago a través del juicio ejecutivo; (ii) se han dado casos en que se construyen obras con el sólo propósito de no pagar la patente por no utilización de las aguas, no existiendo en la práctica un uso efectivo y beneficioso del recurso. Se trata de instalaciones ficticias cuya finalidad es el no pago de la patente; y por último, (iii) varias de las patentes no son nunca pagadas, y los costos asociados a los trámites que implica un procedimiento de cobro han sido un problema para el aparato público, no logrando perseguir el pago.

En base aquello, la doctrina concuerda en que en la práctica lo que se está sancionando o gravando es la no construcción de obras de aprovechamiento, más que el no uso de las aguas propiamente tal; es esta última circunstancia, a su vez, la que suscita algunos cuestionamientos.²¹⁶ En un análisis jurisprudencial Daniela Rivera y Alejandro Vergara, concluyen que el foco de la conflictividad dada a conocer a los tribunales de justicia respecto a la aplicación práctica de la patente por pago de no uso, está en *la entidad y características de las obras hidráulicas eximentes del pago de patente, es decir, en la interpretación de las causal general de exención del tributo.*²¹⁷ En este sentido, los profesores rescatan como la Corte Suprema (“CS”) ha complementado la norma, al señalar que para entender aplicable el supuesto de exención de las patentes, no es suficiente indicios de las obras de captación o de restitución. Así se ha exigido que deben encontrarse recibidas y autorizadas por las autoridades administrativas correspondientes, como un elemento para su real

²¹⁵ MEZA Catalina Suárez, Aplicación de la Patente por no uso de aguas en Chile, En: Actas de Derecho de Aguas N°4-2014, dirigido por VERGARA Alejandro Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Thomson Reuters, p. 50.

²¹⁶ *Vid.* MEZA Catalina Suárez, Aplicación de la Patente por no uso de aguas en Chile, En: Actas de Derecho de Aguas N°4-2014, dirigido por VERGARA Alejandro Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Thomson Reuters, pp. 53-56.

²¹⁷ RIVERA Daniela Bravo, VERGARA Alejandro Blanco, “Patente por no uso de aguas: Aplicación práctica y conflictos interpretativos”, Derechos y gestión de Aguas UC, [en línea] <<http://derechoygestionaguas.uc.cl/images/PDF/Patente-por-no-uso-de-aguas.pdf>> (consulta: 7 septiembre 2017), P.2.

funcionamiento²¹⁸, o que las obras deben estar operativas y permitir la efectiva utilización del recurso.²¹⁹

En esta línea, los autores recalcan que la CS ha tendido a confirmar sin mayores aclaraciones o precisiones al respecto, pronunciamientos de las Cortes de Apelaciones en que se afirma categóricamente que la sequía o escasez de los recursos hídricos tampoco es causal eximente de la patente.²²⁰ Si bien esto es en pleno respecto a la ley, que no considera aquello como una exención, se hace una crítica a la ley por no ajustarse a la realidad de aquellas zonas en las que simplemente no hay agua suficiente para que los titulares de derecho puedan ejercerlos normalmente.²²¹ En general, se observa una interpretación restrictiva y literalista por parte de las CA y la CS, la jurisprudencia ha exigido que las obras se encuentren en funcionamiento y tengan la entidad y capacidad para captar, conducir y utilizar efectivamente, el total del caudal asignado al respectivo derecho.²²²

Si bien el pago de patente por no uso se transformó en la carga más evidente al titular de los derechos de aprovechamiento, no deriva exclusivamente del carácter público de las aguas, ya que esta exigencia constituye principalmente un incentivo económico que tiene por objeto la promoción del desarrollo, y en definitiva del interés público que el agua se utilice efectivamente.²²³ Refleja una postura del Estado frente a la utilización del recurso hídrico, es claro que prefiere el uso efectivo y eficiente.

²¹⁸ Obras y Desarrollo S.A. con Dirección General de Aguas, Corte Suprema, Primera Sala, Rol N°11.112-2013, 4 de marzo de 2014, Considerando 10°.

²¹⁹ Agrícola Olibal Limitada con Dirección General de Aguas, Corte Suprema, Segunda Sala, Rol N°6.158-2009, 24 de agosto de 2012, Considerandos 6°, 9°, 12°, 14° y 15°; y Desarrollo Agrario S.A. con Dirección General de Aguas, Corte Suprema, Segunda Sala, Rol N°459-2009, 23 de mayo de 2011, Considerandos 8°, 9°, 2°, 13° y 14°.

²²⁰ Armijo Nuñez José con Dirección General de Aguas, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°10.786-2014, 22 de octubre de 2014, Considerando 4°.

²²¹ RIVERA Daniela Bravo, VERGARA Alejandro Blanco, *Ídem*, p. 8.

²²² RIVERA Daniela Bravo, VERGARA Alejandro Blanco, *Ídem*, pp. 12- 13.

²²³ MARTÍN Liber, *Ibidem*, p. 115.

Por último, el sistema de pago de patente por no uso se fortaleció con la publicación de la Ley N°21.064²²⁴ que facilita el control de extracciones que estén realizando los titulares de derechos de aprovechamiento, obligando a instalar sistemas de medición y de transmisión de estos datos a la DGA.²²⁵ A su vez, busca mantener actualizada la información sobre las inscripciones que deben remitir los Conservadores de Bienes Raíces.

Respecto a las extracciones ilegales, se refuerza el rol fiscalizador de la DGA al otorgar a los fiscalizadores la calidad de ministros de fe, dando mayor respaldo a sus actas de fiscalización, constituyendo antecedentes probatorios de las normas infringidas como parte de un nuevo procedimiento de fiscalización que se crea para otorgar mayor transparencia y objetividad.

Para hacer más efectivo el cobro de patentes por no uso que efectúa la Tesorería General de la República, la DGA podrá subrogar al titular de derechos no inscritos, para el solo efecto de inscribirlos en el Conservador de Bienes Raíces a costa del titular, ya que sólo los derechos inscritos son susceptibles de remate.

Se tipificaron nuevas faltas sancionables, por ejemplo, ante la no entrega de información solicitada por el servicio o, en el caso de las obras ejecutadas sin autorización de la DGA. Estas multas cuentan con tres tipos de agravantes que permitirán aumentar la sanción hasta un 50%, 75% o 100%, entre las cuales está la afección de la disponibilidad para el consumo humano, subsistencia o saneamiento; cometer acciones en áreas protegidas; cuando perjudiquen gravemente el cauce o impliquen un descenso de los niveles del acuífero que menoscaben la calidad de las aguas; y cuando la infracción modifique o destruya obras autorizadas que benefician derechos de terceros o afecten el caudal ecológico mínimo.

Otro ajuste significativo, es que se aumentan las sanciones penales para el delito de usurpación de aguas superficiales y subterráneas, tanto en la pena de presidio, pasando de presidio menor

²²⁴ Ley N°21.064 “Introduce Modificaciones al Marco Normativo que rige las Aguas en materia de fiscalización y sanciones”, publicada en el Diario Oficial el 27 de enero de 2018.

²²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (“BCN”), Presentación ante la Comisión de Agricultura del Senado en la sesión del 14 de mayo de 2018 celebrada en el Edificio del Senado, Santiago, [*en línea*] <https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_con> (consulta: 14 agosto 2018).

en su grado mínimo a grado mínimo a medio, como en la multa máxima actual, incrementándose de 20 UTM a 5.000 UTM.

En síntesis con la reforma del 2005 y otros cuerpos normativos complementarios, actualmente el régimen de las aguas contiene a lo menos, dos cargas al solicitante y posterior titular de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, que modifican el modelo original del Código de Aguas de 1981, a saber: (i) al momento de solicitar el derecho incluir una memoria explicativa respecto al volumen que necesita de agua para la función a la cual se destinará y (ii) la imposición de pago de una patente por el caudal de agua que no es utilizado efectivamente.

Por su parte la DGA por primera vez posee facultades que le permiten incluir en sus actos la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos y el respeto al principio de unidad de las cuencas, a través de (i) el deber de considerar a la hora de otorgar nuevos derechos de aprovechamiento el caudal mínimo ecológico de la cuenca respecto a la cual se busca extraer el recurso; (ii) el cobro de la patente por no uso de las aguas; y (iii) potestades de gestión de las cuencas en caso de sequías.

CAPÍTULO VI: RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DE LAS AGUAS EN CHILE Y ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS BASE

Una vez revisados los elementos base del sistema, las características de los bienes nacionales de uso público y de los derechos de aprovechamientos de las aguas por separados y a lo largo de la historia jurídica del régimen de las aguas en Chile, corresponde el análisis del régimen actual y cómo interactúan estos elementos.

Régimen Vigente

El nuevo marco jurídico de las aguas resulta una amalgama entre el marco original del Código de Aguas de 1981 y los intentos de eliminarlo de la Ley N°20.017. El sistema actual, como tantos otros en Chile, es fruto de una construcción neoliberalista, donde la propiedad privada fue vista como la única y mejor manera de lograr estabilidad, eficiencia y justicia en la asignación de recursos y al brindar servicios públicos;²²⁶ y son justamente aquellas influencias de propiedad privada las que se mantuvieron tras la Ley N°20.017 que no permiten tildarla de reforma. Ningún tema constitucional se vio afectado y la mayoría de los principios centrales del CA permanecieron intactos. La reforma apuntó a mejorar el funcionamiento del mercado de aguas en vez de tratar de regular los derechos de aprovechamiento mayormente. Se fortaleció en algo la autoridad de la DGA y manipulo levemente las reglas legales existentes y el marco institucional, pero apenas tocó los principios centrales de los derechos de propiedad consagrados constitucionalmente, las fuerzas del mercado y un Estado débil en gestión, fiscalización y solución de conflictos. Respecto a la gobernanza de las cuencas hidrográficas y la coordinación de los usos múltiples del agua, la reforma hizo muy poco.

Si bien es cierto que la ley vigente establece ciertas limitaciones al uso del recurso que permite moderar la libertad absoluta de los particulares, no es menos cierto que las limitaciones introducida por la Ley N°20.017, adolecen de ciertas deficiencias. En palabras de Saavedra,²²⁷ por una parte, el campo de aplicación de los caudales ecológicos mínimos se ha restringido enormemente al operar únicamente sobre nuevos derechos, “*quedando reducido a niveles*

²²⁶ COSTA Ezio Cordella, *Ibidem*, p. 337.

²²⁷ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, pp. 258-259.

*bajísimos puesto que en la zona norte y centro casi no existe disponibilidad para otorgar nuevos derechos”. A la vez plantea que el pago de patente por no utilización “claramente no constituye una medida apropiada para velar por el uso racional y sustentable, debido que, alienta el gasto excesivo y superfluo de las aguas y desconoce el valor de los usos no productivos”.*²²⁸

La falta de participación en el debate de los ciudadanos y de ONG que representan los intereses ambientales, de los agricultores campesinos, de los empresarios turísticos o de los pueblos indígenas, ha contribuido a debilitar aún más la posibilidad de una reforma en post de potenciar el carácter público de las aguas.²²⁹

Además, para la gobernanza de los conflictos hídricos el marco institucional chileno ha demostrado ser fragmentado e inefectivo, a pesar de la reforma del 2005. El punto muerto político de no consideración de la gestión integrada de recursos hídricos o de criterios de solución a dificultades ambientales, fue agravado por reformas ad hoc y separadas en los sectores de energía y medio ambiente. Esto condiciona que el marco legal sea demasiado débil para resolver o reducir conflictos entre distintos tipos de usos del agua, conflictos hídricos mucho más comunes y visibles que en la época de dictación del CA.²³⁰ Esto porque la DGA no tiene autoridad regulatoria respecto de usos conflictivos del agua, en consecuencia, los conflictos más complejos y difíciles son competencia de los tribunales civiles ordinarios. La problemática recae en que los jueces chilenos carecen de experticia en legislación o política hídrica, por lo que sus decisiones han sido típicamente legalistas, erráticas, superficiales o incompletas.

Por su parte la patente por no uso, termino siendo una patente por no construcción de obras. Una gran dificultad recae en los cálculos y bases, el ejecutivo desconocía efectivamente cuanta acumulación de aprovechamientos ociosos había, puesto que no existe un catastro de uso de

²²⁸ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 259.

²²⁹ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 237.

²³⁰ BAUER Carl, 2015, *Ídem*, pp. 251-253.

las aguas actualizado ni se hizo estudios al respecto. Quizás la gran crítica a la reforma es que se impulsó con datos muy precarios.²³¹ Los informes de la DGA y los mismos listados de deudores emitidos por la misma institución, relevan que para los particulares, en términos de costos de oportunidad, es mucho más conveniente pagar una patente anual y mantener su titularidad sobre los aprovechamientos, que realizar cualquier otro tipo de operación que beneficie a la sociedad en general.²³²

Análisis de los elementos base del sistema

No se pretende en este apartado, en ningún caso, dar respuestas definitivas a las problemáticas de las aguas en Chile. El objetivo es analizar los elementos bases del sistema, reflexionar sobre su coherencia y ser un aporte al debate sobre el régimen jurídico de las aguas y la necesidad de generar cambios necesarios para velar por el uso racional, sustentable y eficiente de las aguas, a la luz de la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos.

El profesor Vergara en los albores de la reforma del 2005 planteaba que en las propuestas respecto al correcto régimen de asignación de las aguas hay una tensión pública (no estatal) / privada que se traduce en dos categorías jurídicas: entre el agua como un bien “de todos” los chilenos y la posibilidad de acceder más o menos libremente a la propiedad privada de los derechos sobre ella.²³³

Así, los más fuertes defensores del mercado alegan que tratar los recursos hídricos como un bien económico significa tratar el agua como una mercancía plenamente privada y comercializable, sujeta a las reglas y fuerzas del libre mercado; desde esta perspectiva, el valor económico del agua es el mismo que su precio de mercado, lo que permite una óptima

²³¹ CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, pp. 357-365.

²³² MEZA Catalina Suárez, Aplicación de la Patente por no uso de aguas en Chile, En: Actas de Derecho de Aguas N°4-2014, dirigido por VERGARA Alejandro Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Thomson Reuters, p. 63.

²³³ VERGARA Alejandro Blanco, 2002, *Ibidem*, p. 2.

reasignación mediante el mercado.²³⁴ La visión opuesta más extrema considera el acceso al agua como un derecho humano básico, y ve las fuerzas del mercado y las transacciones de derechos de aprovechamientos como inaceptables o irrelevantes.

Una posición intermedia es que el agua debería ser reconocida como un recurso escaso, lo que significa que las reservas disponibles son insuficientes para satisfacer todas las demandas, y que a la hora de asignar el agua a los diferentes usos es necesario adoptar soluciones de compromiso y reevaluar si el mejor o único método de asignación es necesariamente el mercado.

En primer término, el ordenamiento jurídico chileno utiliza la técnica de la publicación respecto de todas las aguas corrientes (artículos 5° del CA y 595 CC), pero no respecto a los derechos de aprovechamiento que suponen la conformación del sistema propiamente tal. Como los derechos de aprovechamiento no están publicados, en criterios formales no hay incongruencia en sujetar los derechos de aprovechamiento a la lógica del derecho privado,²³⁵ ya que los bienes inapropiables son las aguas no los derechos sobre ellas.

De esta forma y a pesar de la definición legal y formal de las aguas como un bien nacional de uso público, en la realidad el Código de Aguas fortalece la propiedad privada y el control privado de los derechos para usar aguas públicas. Los derechos de agua están ahora legalmente separados de la propiedad de la tierra y se pueden comprar, vender, hipotecar, heredar y transferir libremente como cualquier otro bien raíz.²³⁶

Al contrario de lo que muchos creen, y tal como fue planteado el Código de Aguas no crea el mercado de aguas, sino que el marco regulatorio e institucional que permite que los individuos efectúen transacciones entre sí, ya que al definir derechos de propiedad privados y transables,

²³⁴ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 37

²³⁵ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 141.

²³⁶ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 75.

se dan las condiciones primarias para el desenvolvimiento del mercado.²³⁷ Si consideramos incoherente la denominación de bien nacional de uso público y el mercado en el que se desenvuelven los derechos de aprovechamiento, bastaría la modificación del marco regulatorio para un enfoque más coherente. La dificultad es que el legislador no consideró incoherente el sistema. Así la existencia de un mercado como mecanismo de reasignación, es formalmente coherente.

El “*legislador*” de la década de los ochenta mantuvo la *publicatio* sobre las aguas como un sistema centralizado de asignación primaria del recurso, que luego podía ser regulado por la eficiencia del mercado.²³⁸ La justificación de la publicación del legislador es el elemento que otorga coherencia formal al sistema.

En base a Celume, la determinación de la forma de utilización del bien público a través de los derechos de aprovechamiento determina la finalidad que justifica la *publicatio*. La configuración del derecho de aprovechamiento de las aguas es la clave para determinar las motivaciones de quitar a las aguas del sistema jurídico privado y llevarlas a las órbitas del Derecho Público.²³⁹ Sin embargo, hay puntos en lo planteado por Celume que requieren de cierto análisis. La autora justifica el régimen de mercado de los derechos de aprovechamiento basada en que el objeto de la publicación fue satisfacer una asignación eficiente de las aguas dulces y que aquello se lograría a través del mercado, es decir, que el efecto de la *publicatio* es “*justificar la creación de mecanismos legales tendientes a la formación de un mercado de aguas en Chile, o mejor dicho un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas*”.²⁴⁰

Esta explicación otorga completa coherencia formal de coexistencia de la publicación de las aguas y el mercado privado de los derechos de aprovechamiento de las aguas. Pero a pesar del sentido que otorga al sistema, de aquella finalidad del legislador nace un sin sentido. Cuál

²³⁷ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 220

²³⁸ CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, pp. 142-143.

²³⁹ CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, p. 194.

²⁴⁰ CELUME Tatiana Byrne, *Ídem*, p. 191.

sería la intención de excluir un bien del régimen general de propiedad privada y del comercio al publicarlo, para luego entregar su asignación nuevamente al mercado.

Las justificaciones formales son un intento de hacer coherente un sistema que no lo es. Los derechos aprovechamiento desde su nacimiento se encuentran eminentemente regulados por la normativa pública, a pesar de no estar publicados en sí mismos, ya que son producto de una relación del recurso con los particulares que es mediada por la Administración, precisamente porque las aguas fueron excluidas del tráfico jurídico para satisfacer un interés general, inminentemente público.

De aceptar lo planteado, se genera un círculo sin salida. El objeto de la publicatio, el interés público detrás de la declaración del agua como un BNUP es anterior a las ideas económicas del Código de 1981, cuerpo normativo que mayor respaldo puede brindar a la tesis de Celume. En Chile las aguas fueron publicadas desde la independencia y aquello se basó y se sigue justificando en la calidad del agua como un bien esencial, multifuncional, finito y escaso.

En palabras de Atria, *“La racionalidad tras la declaración del legislador del agua como bien nacional de uso público implica que es estrictamente contradictorio que el régimen que se le impone al aprovechamiento de la misma sea el del derecho privado, es decir, el régimen de propiedad privada y el mercado”*.²⁴¹

Esto no quiere decir que los derechos de aprovechamiento deban dejar de existir, sino que su naturaleza debe ser la de un uso privativo de un bien nacional de uso público. Atria y Salgado plantean que los usos privativos son exclusivos y excluyentes, pero que aun así se encuentran justificados en la lógica de los bienes de dominio público y con mayor razón en los bienes que, formando parte de este dominio, tienen un carácter económico importante, como sucede con el agua, siempre que se sujeten al régimen público que justifica el uso privativo, y sin ser equivalentes a la propiedad propiamente tal y el mercado.²⁴²

²⁴¹ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ibidem*, p. 77.

²⁴² ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ídem*, p. 77.

Es por lo explicado previamente que todas las características que hemos analizado del régimen de las aguas pueden ser modificadas para propender otorgarle coherencia al uso de las aguas por los particulares de un bien nacional de uso público. Las cargas sobre el ejercicio de los derechos de aprovechamiento son elementos partes del sistema. Si el titular de un derecho de aprovechamiento posee exactamente la misma posición que un titular de derecho de dominio sobre bienes apropiables, entonces habrá que concluir que la calificación legal del agua como bien nacional de uso público carece totalmente de contenido,²⁴³ y es meramente nominativa.

Si a pesar de las críticas planteadas anteriormente, aceptamos la tesis de Celume, se debe ser consciente de que las finalidades cambian, evolucionan y obedecen a diferentes pretensiones sociales, económicas, culturales, ecológicas y finalmente políticas. Por lo que el actual legislador democrático puede adaptar la finalidad de la *publicatio* y con ello el régimen.

Dentro de las críticas al régimen vigente, Pablo Aranda propone un análisis que elude si el mercado es el método adecuado de asignación de los recursos hídricos y se enfoca que el sistema como mercado, tiene fallas.²⁴⁴ Así se crítica que hay (i) falta de información adecuada y oportuna en el precio de los derechos y catastro de estos; (ii) asimetría en la disponibilidad de la información entre diferentes interesados por los derechos de agua de una misma cuenca hidrográfica; (iii) inconsistencia entre los derechos nominales y los efectivamente ejercidos, respecto a los derechos otorgados bajo legislaciones anteriores; (iv) especulación y acaparamiento de los derechos sin utilizar; (v) inadecuada resolución de conflictos; y (iv) externalidades medioambientales.

Respecto a la aplicación del mercado como asignador ex post de las aguas; es probablemente el principal aporte de Carl Bauer, autor ampliamente citado en este trabajo. En sus publicaciones expuso con evidencia cuantitativa y cualitativa que el mercado de derecho de

²⁴³ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ídem*, p. 83.

²⁴⁴ ARANDA Pablo Valenzuela, *Íbidem*, p. 113- 115.

aguas en Chile era pobre y que en la práctica era imposible la reasignación del recurso.²⁴⁵ Así, mostró que las transacciones de derechos de aguas eran de hecho bastante poco comunes en la mayor parte de Chile, y, por lo tanto, como regla general, los mercados de agua en Chile eran relativamente inactivos. Más aún, la gran mayoría de las transacciones de derechos de agua ocurrían dentro del sector agrícola y no implicaron usos no agrícolas de las aguas, con excepción de la cuenca del río Límari en la tercera región que poseía un mercado reducido pero activo y exitoso. En base a su estudio, Bauer argumenta que la falta de incentivos económicos de mercado para aumentar la eficiencia del uso y de la asignación de las aguas generaron que en la práctica rara vez se vendía algún derecho no utilizado o supuestamente “excedente” y que en lugar de aquello los titulares se conservan tales derechos para la protección ante la sequía o porque su valor aumentará con el tiempo.²⁴⁶

Por tanto, aunque se respalde la idea de que el mercado y los principios neoliberales son el mecanismo más eficiente para reasignar las aguas, y que aquello puede constituir la finalidad que justifica la *publicatio*, al menos con el régimen actual el mercado no es eficiente. Finalmente, en materia de aguas, el concepto de propiedad privada que pesa sobre los derechos de aprovechamiento es tan fuerte que, en la práctica, conceptos como “bienes nacionales de uso público” o “función social o ambiental de la propiedad” parecen ser solo ideas vagas que no encuentran respaldo en el actual ordenamiento.²⁴⁷ Esta ineludible afectación se explica porque, tal como se ha señalado anteriormente, sobre los derechos de aprovechamiento se tiene un derecho de propiedad. Derecho que se encuentra incorporado al patrimonio del titular con determinadas características, elementos y requisitos que le son inherentes. Esto implica que cualquier alteración a la normativa vigente podría importar una eventual lesión al derecho de propiedad sobre tales derechos, un perjuicio en el patrimonio de los titulares de derecho.²⁴⁸

²⁴⁵ Vid. Para mayor detalle: BAUER, Los derechos de agua y el mercado. Efectos e implicancias del Código de Aguas chileno de 1981, pp.17-63, 1993.

²⁴⁶ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, pp. 155-157

²⁴⁷ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 216.

²⁴⁸ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ídem*, p. 216.

CAPÍTULO VII: PROYECTO DE LEY DE REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS, BOLETÍN N°7.543-12

Proyecto de Reforma al Código de Aguas y su Inspiración

El proyecto de reforma al Código de Aguas corresponde al Boletín N°7.543-12, “*Reforma el Código de Aguas*”. Ingresó por moción de Enrique Accorsi, Alfonso de Urresti, Enrique Jaramillo, Roberto León, Fernando Meza, Andrea Molina, Leopoldo Pérez, Alejandra Sepúlveda, Guillermo Teillier y Patricio Vallespín; sin urgencia, el 17 de marzo de 2011. El 14 de enero de 2015 ingreso la indicación sustitutiva del Ejecutivo que respaldó y potenció las propuestas, robusteciendo el proyecto y sus alcances.

Actualmente se encuentra en su segundo trámite constitucional a la espera del primer informe de la Comisión de Agricultura del Senado, y con intermitentes periodos de urgencia simple o sin urgencia.

El proyecto se basa en el reconocimiento de problemas de equidad en el acceso y sustentabilidad ambiental que enfrenta la gestión del agua en Chile. De acuerdo a los autores del proyecto, “*estos problemas derivan de una visión restrictiva del agua, que se limita a concebirla como un bien económico e insumo productivo, en circunstancia de que también es un bien esencial para la sobrevivencia humana y de las demás especies y ecosistemas, como asimismo un bien intangible para la cultura, la calidad de vida y el desarrollo social. Es por ello que se requiere una mirada integral de este recurso natural, que considere la diversidad geográfica y climática del país, y se logre una gestión armónica de los diversos usos del agua. Se trata de un desafío para el legislador, pues los intereses públicos y de conservación ambiental no siempre van de la mano con los particulares*”.²⁴⁹

Con el objeto de subsanar el déficit regulatorio, la presente modificación al Código de Aguas busca, por una parte, actualizar la legislación chilena equiparándola al nivel de las

²⁴⁹ Primer de la comisión de recursos hídricos y desertificación recaído en el proyecto de ley que reforma el código de aguas Boletín N°7543-12, publicado el 20 de octubre de 2015, disponible en <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>> (consulta: 10 diciembre 2017), p. 4.

legislaciones de otros países de la OCDE y, por la otra, responder a las necesidades propias de nuestro país.

Las ideas matrices del proyecto de ley son las siguientes:²⁵⁰ (i) reforzar el carácter de bien nacional de uso público del agua; (ii) Reconocer las diversas funciones que ésta puede cumplir: sociales, de subsistencia, ambientales, productivas, entre otras; (iii) generar seguridad en el acceso al agua, permitiendo al Estado resguardar que en todas las fuentes naturales exista un caudal suficiente y, vinculado a ello, limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento; y (iv) establecer, sin perjuicio de los actuales derechos de aprovechamiento, un nuevo tipo de permiso para el uso del agua, denominado concesión, intransferible e intransmisible, y que se orienta a las funciones esenciales y prioritarias del recurso.

Estas ideas que configuran el seno de la reforma propuesta son similares a las ideas que se propusieron en el proyecto de ley de 1992, con la sutil diferencia que para evitar eventuales controles constitucionales del Tribunal Constitucional se proponen modificaciones y un nuevo régimen de aprovechamiento del recurso por los usuarios hacia el futuro, sin alterar las condiciones de los derechos ya concedidos.

Propuesta modificatoria del artículo 5° en el proyecto de reforma al Código de Aguas

Las principales modificaciones que se introducen son las siguientes:²⁵¹

- Reforzar a nivel legal el carácter de las aguas como bienes nacionales de dominio público.
- Declarar el acceso al agua y su saneamiento como un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado.
- Se establece para los nuevos derechos de aprovechamiento de aguas un cambio de concepción, pasando de ser un derecho perpetuo, a un derecho con una extensión temporal limitada de un máximo de 30 años, que siempre se prorrogará, a menos que la

²⁵⁰ Primer de la comisión de recursos hídricos y desertificación recaído en el proyecto de ley que reforma el código de aguas Boletín N°7543-12, publicado el 20 de octubre de 2015, *Ídem* p. 2.

²⁵¹ Indicación sustitutiva al proyecto de ley (Boletín N°7.543-12) presentada por la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, con fecha de 8 de octubre de 2014. [*en línea*] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>> (consulta: 10 agosto 2017), pp. 2-4.

DGA acredite el no uso efectivo del recurso. Estas concesiones caducarán por el solo ministerio de la ley si no se hace un uso efectivo del recurso en un plazo de cuatro o de ocho años, según tengan el carácter de derechos consuntivos o no consuntivos, contado desde su otorgamiento. A su vez, se propone que la duración mínima del derecho de aprovechamiento de aguas no consuntivo no podrá ser inferior a veinte años. Similares normas en cuanto a la duración y caducidad por no uso de las aguas se encuentra en las legislaciones comparadas de países como España o Argentina, las que consideran plazos que varían entre tres y cinco años para dar un uso efectivo a las aguas antes de declarar su caducidad.

- Del mismo modo, se permite a la Administración limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en función del interés público, a través de las facultades de reducirlos temporalmente o redistribuyendo las aguas. La legislación de California también utiliza el interés público como concepto rector para el actuar de la Junta de Control Estatal de Recursos Hídricos, permitiéndole adoptar medidas en caso de escasez hídrica. En la provincia de Chubut, en Argentina, se habla del interés general con el mismo objetivo y facultades administrativas.
- Se establecen el consumo humano y el saneamiento como usos prioritarios del agua, los que siempre prevalecerán en el otorgamiento como en la limitación del ejercicio del derecho de aprovechamiento. Los usos considerados prioritarios son compartidos por la legislación de España, Argentina, y algunos estados de Estados Unidos, como California o Arizona.
- Para asegurar dichos usos del agua, se permite al Estado constituir reservas de aguas superficiales o subterráneas, sobre las cuales se podrán otorgar concesiones para la función de subsistencia. Estas concesiones contarán con reglas especiales que permitan asegurar el uso para el que fueron otorgadas, creándose a su vez, la figura de un permiso transitorio de extracción mientras se tramita la solicitud definitiva para los casos especiales que contempla la ley. El estado de California en Estados Unidos también contempla esta facultad, permitiéndole a las autoridades reservar el agua que estimen necesaria para satisfacer las necesidades de abastecimiento y saneamiento.
- Siempre con la finalidad de garantizar el acceso al agua para consumo humano, se propone que, ante la no disponibilidad del recurso para constituir nuevos derechos de

aguas, excepcionalmente se permita constituirlos a un titular colectivo, los comités de agua potable rural.

- En conformidad con lo dispuesto por la Convención de Washington, se propone prohibir el otorgamiento de derechos de aprovechamiento en Parques Nacionales y Reservas de Región Virgen, y se restringe en el caso de otras categorías de áreas protegidas.
- Se fortalecen las atribuciones de la Dirección General de Aguas, permitiéndole reducir temporalmente el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, exigir la instalación de sistemas de medición de caudales y niveles freáticos, además de un sistema de transmisión de la información que se obtenga, entre otras.
- Se establece una discriminación positiva de exención al pago de la patente por no uso de las aguas a las asociaciones de agua potable rural.
- Se modifican las normas relativas al remate de derechos de aprovechamiento cuya patente no ha sido pagada, para hacer más eficiente, económico y eficaz el procedimiento establecido para su cobro.
- Con el objetivo de resguardar los derechos de los actuales dueños de derechos de aprovechamiento, los artículos transitorios les reconocen vigencia y otorgan un plazo para su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas de los respectivos Conservadores de Bienes Raíces.

Respecto a la concepción de las aguas como bienes nacionales de uso público y del otorgamiento de su uso a los particulares, a través de la siguiente tabla comparativa²⁵² se plantea como se pretende modificar el artículo 5º del Código de Aguas.²⁵³

²⁵² Basada en el documento de trabajo de la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía, publicado el 25 de noviembre de 2016.

²⁵³ Cabe resaltar, que modifica el nombre del Título II del libro primero de “Del dominio y Aprovechamiento de las Aguas” a “Del aprovechamiento de las Aguas y sus Funciones”, lo cual al menos nominativamente parece correcto, ya que está claro que la titularidad del bien le corresponde a la Nación toda, y que el contenido normativo corresponde al funcionamiento de los derechos de aprovechamiento.

TEXTO LEGAL VIGENTE	TEXTO APROBADO POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS
<p>DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1.122, DE 1981, DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, QUE FIJA EL TEXTO DEL CÓDIGO DE AGUAS</p>	<p>PROYECTO DE LEY: “Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 1.122, de 1981, del Ministerio de Justicia, que fija el texto del Código de Aguas:</p>
<p>LIBRO PRIMERO DE LAS AGUAS Y DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO Título II <u>DEL DOMINIO Y APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS</u></p>	<p>1. Reemplázase el epígrafe del título II del libro primero por el siguiente: <u>“DEL APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS Y SUS FUNCIONES”</u></p>
<p>Artículo 5° Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código.</p>	<p>2. Sustitúyese el artículo 5 por siguiente: “Artículo 5.- Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la Nación. En función del interés público, se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas a los particulares, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código. Para estos efectos, se <u>entenderá por</u> interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y <u>las actividades productivas</u>. El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado. No se podrán constituir derechos de aprovechamiento en glaciares. En el caso de los territorios indígenas, el Estado velará por la integridad entre tierra y agua, y protegerá las aguas existentes para beneficio de las comunidades indígenas, de acuerdo a las leyes y a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”</p>

Si bien todo lo mencionado es producto de una serie de discusiones, acuerdos y aprobaciones a lo largo del trámite legislativo que han alterado y modificado la moción inicial. En especial las indicaciones del ejecutivo en octubre de 2014²⁵⁴ y enero del 2015,²⁵⁵ a partir de marzo de 2018 el escenario de la reforma es incierto y se encuentra expectante a nuevas indicaciones del ejecutivo, esta vez por parte del gobierno del Presidente Sebastián Piñera.

La actual Comisión de Agricultura del Senado²⁵⁶ desde su constitución en marzo del 2018, ha reactivado la discusión del proyecto en post de emitir su Primer Informe que está pendiente desde el traspaso a su conocimiento en agosto de 2017. Para ello, han escuchado diversos invitados²⁵⁷ que han expresado sus puntos de vista, discrepancias y observaciones al proyecto de ley y su avance.

Justamente en este contexto, la primera presentación fue del Ministro de Agricultura Antonio Walker, quien declaró prioridad dentro de los proyectos de su cartera a la Reforma al Código de Aguas y puso énfasis en que existe el riesgo que “*una mala reforma al Código de Aguas puede frenar inversiones*”.²⁵⁸

²⁵⁴ Indicación sustitutiva al proyecto de ley (Boletín N°7.543-12) presentada por la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, con fecha de 8 de octubre de 2014. [*en línea*] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>> (consulta: 10 agosto 2017).

²⁵⁵ Indicación sustitutiva al proyecto de ley (Boletín N°7.543-12) presentada por la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, con fecha de 14 de enero de 2015. [*en línea*] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>> (consulta: 10 agosto 2017).

²⁵⁶ Integrada por los Senadores Carmen Gloria Aravena Acuña (Presidenta de la Comisión), Juan Castro Prieto, Álvaro Elizalde Soto, Felipe Harboe Bascañán y Ximena Rincón González.

²⁵⁷ Entre los invitados a la Comisión de Agricultura del Senado: Antonio Walker (Ministro de Agricultura), Andrés Meneses (Asesor Legislativo del Ministerio de Agricultura), Felipe Hermosilla (Asesor Legislativo del Ministerio de Obras Públicas), Fernando Peralta (Presidente de la Confederación de Canalistas de Chile), Sara Larraín (Directora del Programa ChileSustentable), Gloria Alvarado (Federación Nacional de Agua Potable Rural FENAPRU Chile), Juan Pablo Schuster (Presidente Fundación Newenko); Evelyn Vicioso (Directora APEMEC, Asociación de Pequeñas y Medianas Centrales Hidroeléctricas), Profesor Alejandro Vergara Blanco, Rodrigo Mardones (Socio Federación Nacional de Productores de Leche FEDELECHE), Joaquín Villarino (Presidente Ejecutivo Consejo Minero), Hernán Valenzuela (Asesor Fundación Jaime Guzmán).

²⁵⁸ WALKER Prieto Antonio, presentación ante la Comisión de Agricultura del Senado en la sesión del 2 de abril 2018, celebrada en el Salón los Presidentes en el Edificio del Senado Santiago. [*en línea*] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=192&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de_Agricultura&idsesion=12346&idpunto=0&fecha=

Más adelante se hizo una presentación de análisis técnico por parte del Ministerio y se puso énfasis en las modificaciones en la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento en cuanto a la esfera de atribuciones para su titular y al carácter temporal que se propone. Su postura es que las modificaciones ya aprobadas en el primer trámite del proyecto afectan derechos preexistentes.²⁵⁹

Así, el enfoque del debate ha estado en la eventual redacción del artículo 6 del proyecto:

TEXTO LEGAL VIGENTE	TEXTO APROBADO POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS
LIBRO PRIMERO DE LAS AGUAS Y DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO Título II <u>DEL DOMINIO Y APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS</u>	1. Reemplázase el epígrafe del título II del libro primero por el siguiente: <u>“DEL APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS Y SUS FUNCIONES”</u>
Artículo 6°. El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el <u>uso y goce de ellas</u> , con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de <u>dominio de su titular</u> , quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.	Artículo 6.- El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce <u>temporal</u> de ellas, de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento se origina en virtud de <u>una concesión</u> o por el solo ministerio de la ley.

Junto a estas presentaciones la postura del ejecutivo se ha evidenciado a través de la prensa. En una entrevista²⁶⁰ el Ministro Walker cuestionado por la tramitación del proyecto y su trabajo en colectivo con la Comisión de Agricultura manifestó: *“La reunión con la comisión es para decirles que les tenemos una gran noticia, señores parlamentarios: compartimos el*

02/04/2018&inicio=12:00&termino=13:50&lugar=Sal%C3%B3n%20de%20Los%20Presidentes,%20Senado%20Santiago.&listado=2> (consulta: 12 agosto 2018), p. 17.

²⁵⁹ WALKER Prieto Antonio, presentación ante la Comisión de Agricultura del Senado en la sesión del 16 de abril 2018, celebrada en el Salón los Presidentes en el Edificio del Senado Santiago. [*en línea*] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=192&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de_Agricultura&idsesion=12397&idpunto=0&fecha=16/04/2018&inicio=12:00&termino=13:50&lugar=Sal%C3%B3n%20de%20Los%20Presidentes,%20Senado%20Santiago.&listado=2> (consulta: 12 agosto 2018), pp. 4-9.

²⁶⁰ PULSO, La Tercera.cl, “Ministro de Agricultura, Antonio Walker y debate por Código de Aguas: Vemos que hay mucha ideología, pero poco conocimiento técnico”, O’Ryan Francisca, Labarca Daniel, 12 de mayo de 2018 [*en línea*] <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/ministro-agricultura-antonio-walker-debate-codigo-aguas-vemos-mucha-ideologia-poco-conocimiento-tecnico/162076/>> (consulta: 11 agosto 2017).

fondo del Código de Aguas, pero no en la forma. Estamos topando en que no podemos alterar el dominio de los derechos de aprovechamiento del agua de los 300 mil agricultores, porque los agricultores transformamos esa agua en alimentos. Nosotros no somos los especuladores del agua, entonces no nos castiguen, porque otros especulan con el agua”.

En cuanto a las modificaciones que se pretenden con la reforma como el fin de la perpetuidad y otras cargas sobre los derechos de aprovechamiento, en la misma entrevista el Ministro comentó: *“En primer lugar, hoy somos dueños de un derecho de aprovechamiento perpetuo, pero esto va a cambiar, donde se va a ser titular de un derecho de aprovechamiento del agua y por un tiempo indefinido. Segundo, hoy podemos gozar, usar y disponer del agua. Sin embargo, esto va a cambiar y vamos a poder gozar y usar el agua, pero no disponer. Tercero, lo que se agrega son condiciones de caducidad del agua, es decir, si yo no estoy ocupando bien el agua, se me puede caducar el derecho de aprovechamiento del agua. Entonces, nosotros decimos que es mejor poner una patente alta, por el no uso del agua, que duela; porque hoy es muy baja la multa. El punto central es que no tenemos para qué precarizar el dominio del derecho de aprovechamiento para lograr los objetivos que queremos. Por lo tanto, queremos una discusión técnica y no ideológica y vemos que hay mucha ideología y poco conocimiento técnico”.*

Asimismo, el Ministro de Obras Públicas, Juan Andrés Fontaine y el mismísimo Antonio Walker, sostuvieron reuniones para analizar las políticas hídricas del gobierno de Sebastián Piñera. Tras el encuentro, Fontaine manifestó que,²⁶¹ *“lo que hemos revisado es nuestra posición, que está expresada en el programa de Gobierno, respecto de la importancia que tiene asegurarles a los dueños de los derechos de aprovechamiento de agua cien por ciento de certeza jurídica respecto a esos derechos “(…)” Observamos con preocupación que la reforma en su estado actual contiene elementos que crean incertidumbre respecto a esa calidad de cien por ciento de certeza que tiene que tener”.*

²⁶¹ Cooperativa.cl, “Agricultura y Obras Públicas buscarán modificar proyecto de reforma al Código de Aguas”, 16 de marzo de 2018 [en línea] < <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/obras-publicas/agricultura-y-obras-publicas-buscaran-modificar-proyecto-de-reforma-al/2018-03-16/170037.html> > (consulta: 11 agosto 2018).

El titular de Obras Públicas finalizó declarando: "*en consecuencia, lo que vamos nosotros a preparar es una indicación, para efectos de perfeccionar esos aspectos de la reforma*".

Pero, es en el programa de gobierno del Presidente Piñera,²⁶² la mejor fuente en que queda reflejada la postura de su gobierno frente a las modificaciones propuestas en la reforma en tramitación. Se plantea que, "*Hoy existe además una gran incertidumbre jurídica debido a las modificaciones al Código de Aguas impulsadas por la Nueva Mayoría, lo que está poniendo en serio riesgo el futuro desarrollo del sector agrónomico "(...)" La precariedad en los títulos de dominio de tierra y agua dificulta la movilidad del recurso y su uso como garantía, impidiendo la transición a una agricultura más eficiente*".

Además, dentro de sus principales medidas y objetivos para el desarrollo del sector agrícola se propone:²⁶³

- Restablecer la certeza jurídica de la propiedad de los derechos de agua, de cualquier tipo, nuevos o antiguos.
- Aumentar la superficie y seguridad de riego, con énfasis en el riego tecnificado, reimpulsando la "Estrategia Nacional de Recursos Hídricos" elaborada el año 2013.
- Impulsar el Plan Nacional de Regulación y Embalses, incluyendo el término de las obras en desarrollo y el inicio de nuevas obras.
- Hacer más sostenible el uso de los recursos hídricos.²⁶⁴ Generando una cartera de planes de cuencas que permita abordar la escasez y los requerimientos de infraestructura, cautelando la sustentabilidad ambiental del recurso; y desarrollando planes estratégicos de recursos hídricos en cuencas, considerando la recarga e interacción de aguas superficiales y subterráneas.

²⁶² PIÑERA Echeñique Sebastián, Programa de Gobierno 2018-2022 "Construyamos Tiempos Mejores para Chile", 2017, [*en línea*] < <http://www.sebastianpinera.cl/images/programa-SP.pdf> > (consulta: 11 agosto 2018), pp. 47-48.

²⁶³ PIÑERA Echeñique Sebastián, *Ídem*, pp. 48-49.

²⁶⁴ PIÑERA Echeñique Sebastián, *Ídem*, pp. 63-64.

- Crear un sistema único, abierto y transparente de información, para la administración de los derechos de agua y la gestión integrada de recursos hídricos en la cuenca.
- Dar garantías a las personas de acceso equitativo al uso del agua y a los sectores productivos de sus derechos de aprovechamiento, enmarcando la gestión en los principios de la Gestión Integrada de Recursos Hídricos.
- Mejorar la coordinación de los organismos públicos con competencia en materia de aguas y su relación con las organizaciones de usuarios.

De las metas propuestas con excepción de la primera -restablecer la certeza jurídica de la propiedad de los derechos de agua, de cualquier tipo, nuevos o antiguos- son objetivos que se pueden lograr con una mejor gobernanza y administración de la DGA y el Ministerio de Obras Públicas con otros órganos en interés y competentes, como el Ministerio de Agricultura o el Ministerio de Medio Ambiente. Por lo que, se puede concluir que el principal interés es asegurar las características actuales sobre los derechos de aprovechamiento.

En la misma sintonía, otros de los invitados a la discusión del proyecto por parte de la Comisión de Agricultura del Senado han expuesto sus opiniones y aportes. El director de la Asociación de Pequeñas y Medianas Centrales Hidroeléctricas (APEMEC), Matías Desmadryl, quien fuera Director General de Aguas del anterior gobierno de Sebastián Piñera, se sumó a la ya conocida postura gubernamental. En su presentación²⁶⁵ consideran que a lo menos tres aspectos de la reforma generan incertidumbre e inseguridad respecto del marco normativo aplicable: (i) la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento; (ii) la inclusión de regulaciones de naturaleza ambiental hasta ahora no analizadas ni armonizadas en función de la legislación ambiental vigente, y de eventual competencia de órganos del Ministerio de Medioambiente y ; (iii) que se estaría proponiendo establecer una doble carga

²⁶⁵ DESMADRYL Matías, presentación ante la Comisión de Agricultura del Senado en representación de APEMEC Asociación de Pequeñas y Medianas Centrales Hidroeléctricas en la sesión del 14 de mayo 2018, celebrada en el Salón los Presidentes en el Edificio del Senado Santiago. [*en línea*] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=192&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de_Agricultura&idsesion=12457&idpunto=0&fecha=14/05/2018&inicio=12:00&termino=13:50&lugar=Sala%20de%20Lectura,%20Edificio%20Senado%20Santiago&listado=2> (consulta: 12 agosto 2018), pp. 5-13

agravada, a través del alza patente por no uso y causales de caducidad, lo que afectará el desarrollo hidroeléctrico en Chile.

Con similares planteamientos la Sociedad Nacional de Agricultura²⁶⁶ plantean la inconstitucionalidad del proyecto, de aprobarse la eliminación retroactiva de la propiedad privada de los derechos de aprovechamiento y la instalación de un régimen de mercedes administrativas temporales, caducas y extinguidas. También critican las eventuales facultades de funcionarios para adoptar decisiones discrecionales sobre los derechos de aprovechamiento, su caducidad, extinción y para confiscar derechos sin indemnización. Su propuesta es mantener el estatus jurídico de los derechos de aprovechamiento y reorientar el proyecto a una actualización técnica y a un rediseño de la DGA, mejorando su gestión administrativa y técnica.

En base a una Matriz de Observaciones/Coincidencias de los diversos actores durante la tramitación proyecto elaborada por Eduardo Baeza Gómez en nombre de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile,²⁶⁷ las posturas que más se comparten por los asistentes a sesiones de comisión en Senado sobre el proyecto de ley citado y los porcentajes de coincidencias entre dichos actores son:

- Un 70% está de acuerdo en que la reforma no debería afectar derechos de aprovechamiento sobre las aguas constituidos ni sus atributos.
- Un 53% considera exorbitantes las facultades que serían conferidas a la DGA para el establecimiento caudales ecológicos.

²⁶⁶ ARISTÍA de Castro Ricardo, presentación ante la Comisión de Agricultura del Senado en representación de SNA Sociedad Nacional de Agricultura, en la sesión del 6 de agosto 2018, celebrada en el Salón los Presidentes en el Edificio del Senado Santiago. [*en línea*] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=192&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de_Agricultura&idsesion=12758&idpunto=0&fecha=06/08/2018&inicio=12:00&termino=14:30&lugar=Sal%C3%B3n%20de%20Los%20Presidentes,%20Senado%20Santiago.&listado=2> (consulta: 12 agosto 2018), pp.3-13.

²⁶⁷ BAEZA Gómez Eduardo, en representación de la BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (“BCN”), “Matriz de Observaciones/Coincidencias relativas a la Reforma del Código de Aguas, considerando diversos actores relevantes”, presentada ante la Comisión de Agricultura del Senado en la sesión del 14 de mayo de 2018 celebrada en el Edificio del Senado, Santiago, [*en línea*] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=192&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de_Agricultura&idsesion=12457&idpunto=0&fecha=14/05/2018&inicio=12:00&termino=13:50&lugar=Sala%20de%20Lectura,%20Edificio%20Senado%20Santiago&listado=2> (consulta: 14 agosto 2018).

- Un 50 % considera que se genera incertidumbre jurídica con la inclusión de plazos de concesiones y causales de extinción.
- Un 30% crítica la posibilidad de declaración de zonas de escasez hídrica.
- Un 30% esta en contra de la sustitución “dueño” de los derechos de aprovechamientos a “titular” y de las facultades de dominio sobre el derecho, por uno de uso y goce.

Tras este informe de asesoría técnica parlamentaria queda de manifiesto que una mayoría de los grupos productivos que tiene interés en la regulación de las aguas, se opone a ideas matrices del proyecto.

Pero no es la única visión, expuso sobre los aspectos positivos de aprobar la actual reforma al Código de Aguas la directora de Chile Sustentable, Sara Larraín, ante la Comisión de Agricultura del Senado.²⁶⁸ La dirigente ambientalista hizo un contrapunto a los planteamientos expresados por otros invitados y el propio gobierno, que insisten en mantener el régimen de propiedad privada perpetuo sobre los derechos de aprovechamiento de las aguas. Su enfoque esta en las reformas recomendadas por OCDE y como estas son coherentes con el avance actual del proyecto de ley. En especial, (i) las propuestas de implementar nuevas reformas del régimen de asignación de aguas, con el fin de asegurar la imposición de límites efectivos y exigibles a las extracciones, que reflejen las exigencias ambientales y ecológicas y la necesidad de un uso sostenible; (ii) la intención de establecer usos esenciales del agua a los que se otorgue alta prioridad; y (iii) acelerar la regularización y un registro transparente de los derechos de uso del agua y reforzar las medidas de fiscalización y las sanciones aplicables a las extracciones ilegales.

En la misma línea de ideas expuso la Fundación Newenko, Consejo de Defensa del Medio Ambiente Maipú, Proyecto no Alto Maipo, entre otras.

²⁶⁸ LARRAÍN Sara, presentación ante la Comisión de Agricultura del Senado en representación de Fundación ChileSustentable, en la sesión del 15 de mayo de 2018, celebrada en el Salón los Presidentes en el Edificio del Senado Santiago. [en línea] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=192&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de_Agricultura&idsesion=12457&idpunto=0&fecha=14/05/2018&inicio=12:00&termino=13:50&lugar=Sala%20de%20Lectura,%20Edificio%20Senado%20Santiago&listado=2> (consulta: 12 agosto 2018), pp. 5-15.

Comentarios al Eventual Marco Regulatorio de las Aguas, de aprobarse la Reforma

El proyecto, aprobado ya por el pleno de la Cámara de Diputados, se encuentra en segundo trámite constitucional y fue despachado por la Comisión de Recursos Hídricos de la Cámara Alta a la Comisión de Agricultura del Senado que está en plena discusión del proyecto.

De aprobarse la reforma dentro del último semestre del 2018, lo cual es muy poco probable por las intenciones del ejecutivo de presentar indicaciones por parte del actual gobierno al proyecto de ley; las aguas, en cualquiera de sus estados, serían consagradas a nivel legal como bienes nacionales de uso público; y, en consecuencia, su dominio y uso pertenecería a todos los habitantes de la Nación. Aquella publicación estaría justificada en la necesidad de asegurar equidad en el acceso y sustentabilidad ambiental en la gestión del agua en Chile, tomando en consideración su polifuncionalidad. Así solo en función del interés público, se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas a los particulares, los cuales esencialmente podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones del Código de Aguas.

El nuevo artículo quinto especificaría que se entiende por interés público: todas las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y las actividades productivas. Con lo planteado como base del régimen de aguas en Chile se buscaría consagrar y otorgar factibilidad práctica al reconocimiento del acceso al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado.

Cabe decir que esta consagración ha sido estudiada por el Derecho Internacional Público. Se ha construido la tutela al acceso al agua potable a partir de Convenios Internacionales sobre derechos humanos y gestión de recursos hídricos, documentos no vinculantes (“soft law”) y jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como una extensión del derecho a la vida el acceso digno, mínimo y básico al agua potable.²⁶⁹ Sin embargo, cabe cuestionar cual sería la consecuencia

²⁶⁹ BERTAZOO Silvia, La Tutela del Acceso al Agua Potable en el Derecho Internacional, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección estudios, año 22, N°2, 2015, pp. 55-92.

fáctica de aquella consagración, ya que Chile hoy es considerado pionero en acceso de la población al agua potable y saneamiento, lo que constituiría un cumplimiento ex ante a la consagración de la esencia de considerar el agua como un derecho humano.²⁷⁰ Según cifras del Ministerio de Medio Ambiente y ratificadas por la Organización Mundial de la Salud (“OMS”), en Chile un 99% de la población urbana tiene acceso al agua potable y un 98% a alcantarillado.²⁷¹

Sin perjuicio de un eventual reconocimiento reconstruido de la legislación chilena, diversas Resoluciones, Programas y Tratados Internacionales, en el marco del sistema de Naciones Unidas, expresan la permanente atención y prioridad respecto del uso sostenible de los recursos naturales, y particularmente sobre la protección de las fuentes de agua dulce y el acceso humano al agua como un derecho.²⁷² Entre ellas destacan: (i) las Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos N°7/22, de 28 de marzo de 2008, y N°12/8, de 1 de octubre de 2009 sobre “Los Derechos Humanos y el Acceso al Agua Potable y el Saneamiento”; (ii) el Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento; (iii) la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 28 de junio de 2010 que declara el “Derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”; y (iv) otras Resoluciones Internacionales que establecen la protección de las aguas y el derecho de acceso al agua, de las cuales Chile es parte.²⁷³

²⁷⁰ VERGARA Alejandro Blanco, Crisis Institucional del Agua: Descripción del Modelo Jurídico, Crítica a la Burocracia y Necesidad de Tribunales Especiales, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015, p. 25.

²⁷¹ Ministerio de Medio Ambiente, Informe del Estado del Medio Ambiente, Capítulo 5: Acceso al agua potable y alcantarillado [*en línea*] <http://www.mma.gob.cl/1304/articles-52016_Capitulo_5.pdf> consulta: 27 diciembre 2017), pp. 187-189.

²⁷² Mensaje proyecto de ley (Boletín N°7.543-12) presentado en la Cámara de Diputados por moción de los parlamentarios: Enrique Accorsi, Alfonso de Urresti, Enrique Jaramillo, Roberto León, Fernando Meza, Andrea Molina, Leopoldo Pérez, Alejandra Sepúlveda, Guillermo Teillier y Patricio Vallespín; con fecha de 17 de marzo de 2011. [*en línea*] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>> (consulta: 10 agosto 2017), pp. 8-10.

²⁷³ Entre ellos: (i) La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de junio de 1992, y Agenda 21 o Programa 21 de junio de 1992; (ii) el Programa Hábitat de 1996; (iii) la Resolución 54/175, del 17 de

Respecto a los problemas de la ley en el tiempo y los efectos transitorios de la aplicación de un eventual nuevo Código, podemos remitirnos a las actuales normas transitorias destinadas a la regularización de los derechos de aguas. Son dos las disposiciones transitorias que han tenido gran aplicación práctica, pues permiten la regularización de los derechos que carecen de inscripción y aún más permite el reconocimiento de los meros usos sobre las aguas anteriores a la entrada en vigencia del Código, con el propósito de adaptar la realidad a las en ese entonces nuevas exigencias y características de los derechos de aprovechamiento de las aguas. Si bien, estas normas por transitorias, deberían estar en desuso ya que han transcurrido veinte años desde la dictación del Código de Aguas, la aplicación práctica de ellas las ha transformado en auténticas normas permanentes.²⁷⁴

El artículo primero transitorio crea un sistema para completar la historia registral del derecho de aguas, se trata de derechos que están inscritos pero cuyo actual titular no los tiene inscrito a su nombre, aunque cuenta con una cadena de títulos de dominio que acreditan su vínculo jurídico desde su posesión hasta el poseedor. Por su parte el artículo dos transitorio, no es más que una forma de prescripción adquisitiva especialmente regulada de aguas no inscritas, pues el legislador reconoció una realidad nacional de que las aguas eran utilizadas por personas distintas a sus titulares. Se trata de una figura amplísima que pretende que todo aquel que antes de la vigencia del actual Código, gozaba de las aguas las inscriba a su nombre y están estén disponibles de ser transadas en el mercado, para aquello la posesión debe ser ininterrumpida por más de cinco años libre de violencia o clandestinidad y normas procedimentales.²⁷⁵

diciembre de 1999, sobre el derecho al desarrollo; (iv) la Resolución 55/196, del 20 de diciembre de 2000, que proclamó el Año Internacional del Agua Dulce (2003); la Resolución 58/217, del 23 de diciembre de 2003, que proclamó el Decenio Internacional para la Acción, “*El Agua, Fuente de Vida*” (2005-2015); (v) la Resolución 64/198, de 21 de diciembre de 2009, que evalúa las actividades del primer período del Decenio Internacional para la Acción, “*El Agua Fuente de Vida*”; (vi) la Resolución 59/228, de 22 de diciembre de 2004, 61/192, de 20 de diciembre de 2006, que proclamó 2008 como Año Internacional del Saneamiento; (vii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y (viii) la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

²⁷⁴ SEGURA Francisco Riveiro, *Ibidem*, 2006, p. 157.

²⁷⁵ SEGURA Francisco Riveiro, *Ídem*, 2006, pp. 159-161.

Esta misma aplicación transitoria trae aparejados eventuales problemas de constitucionalidad en relación a los derechos adquiridos bajo la protección del artículo 19 numeral 24° inciso final.

La retroactividad de ley, es el nombre de aquel efecto retroactivo generado cuando se aplica una nueva ley a situaciones acaecidas con anterioridad al momento en que la ley entra en vigencia.

Hay que distinguir que la propiedad recae sobre la cosa, no sobre el régimen jurídico del derecho. Se es dueño del derecho de aprovechamiento, pero no sobre el régimen legal bajo el cual su derecho se ejerce. Si la nueva ley reconoce a los derechos constituidos bajo la antigua ley, la modificación del régimen legal no puede ser vista como un afectación o privación del derecho de propiedad, no hay inconstitucionalidad. No puede existir un derecho a una inmunidad absoluta frente a cambios legislativos. Un cambio de régimen, en la medida que deje subsistentes los derechos constituidos y no establezca condiciones que hagan, en los hechos, imposible su ejercicio, no constituye una privación del derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento, porque no hay propiedad sobre los regímenes jurídicos. *“Los derechos de aprovechamiento constituidos están permanentemente sujetos a la posibilidad de que el legislador modifique su régimen de ejercicio. En la medida en que no prive el titular del uso efectivo que realiza, este habrá de ajustarse a las nuevas condiciones y cargas, y esas variaciones no constituirían en términos constitucionales una privación”*.²⁷⁶ Así hay que distinguir el ámbito de afectación del nuevo régimen, existirán (i) derechos no constituidos, o en trámite de constitución al momento de la entrada en vigencia del nuevo régimen; y (ii) derechos ya constituidos conforme al régimen antiguo.

Respecto de los primeros, para los derechos de aprovechamiento que aún no se constituyen aplican los requisitos y protocolos que la nueva ley establezca.²⁷⁷

²⁷⁶ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ídem*, p.124.

²⁷⁷ Este es el criterio contemplado en el artículo 7° transitorio del Código de Aguas y fue aplicado en la Ley N°20.017 respecto de las solicitudes pendientes.

El segundo caso, los derechos ya constituidos, el análisis es un poco más complejo, hay una pugna entre el efecto retroactivo de la ley y la vulneración al derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento. Basados en Salgado y Atria, todos los actos relacionados con el derecho de aprovechamiento realizados antes de la entrada en vigencia del nuevo régimen, quedan firmes: dichos actos se regularán por la ley antigua, por el régimen vigente al momento de su realización. Los derechos de aprovechamiento constituidos bajo el antiguo régimen persisten bajo la nueva ley, aunque esta fije nuevas condiciones, que serán aplicables solo a los hechos posteriores a la entrada en vigencia de la nueva ley, en la medida en que la ley permite que los titulares sigan disfrutando de sus derechos de aprovechamiento concedidos no hay retroactividad. Aunque sujete su ejercicio a un nuevo régimen, con nuevas condiciones y reglas, de lo contrario se generaría una ultra actividad de la ley antigua, se aplicaría un régimen legal que ya no es valorado positivamente por el legislador, por eso ha decidido cambiarlo.²⁷⁸

De todas formas, el nuevo régimen tiene el límite del artículo 19 N°24 y, en consecuencia, los derechos de aprovechamientos no pueden ser afectados de manera tal que se traduzca en una privación del derecho de propiedad consagrado sobre ellos, de ser así se configuraría un acto expropiatorio que tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado. En relación al monto de la indemnización solo se ha considerar las aguas que *efectivamente* se utilizan. Los derechos no ejercidos, sino mantenidos por sus titulares solo con fines especulativos, no deberían ser compensados. Ya que la propiedad que la Constitución protege en este caso concreto, es la de derechos de uso sobre bienes del dominio público, de la “Nación toda” y está destinada al interés público de su mejor provecho, no al enriquecimiento particular de sus titulares.²⁷⁹

La variabilidad de la ley es una condición esencial del estado de derecho democrático, y es más intensa cuando se trata de regulaciones de regímenes y de las condiciones de aprovechamiento de bienes nacionales de uso público. La decisión legislativa de publicar las

²⁷⁸ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ídem*, p. 128.

²⁷⁹ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ídem*, pp. 128-132.

aguas para satisfacer un interés general configura un dominio público que requiere un ámbito de libertad al legislador para la búsqueda permanente de un régimen que asegure esa compatibilidad.²⁸⁰

El proyecto hasta el momento, incluye causales de caducidad bajo ciertos escenarios y un plazo máximo de otorgamiento de treinta años, elementos que modificarían el actual estatus de los derechos de aprovechamiento, de carácter perpetuo a derechos temporales. El profesor Pliscoff plantea que el Ejecutivo “busca modificar los derechos de aprovechamiento transformándolos en meras concesiones, las que son esencialmente revocables bajo ciertos parámetros de no uso del recurso, inscripción, construcción de obras, etc.”²⁸¹ El autor representa aquel grupo de la discusión que considera que la consagración de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento en la Constitución, implica que no puede existir privación alguna al ejercicio de los derechos y solo opera al expropiación por causa de utilidad pública y su consecuente pago.²⁸² Y que por tanto la caducidad solo podría operar a futuro, esto es, para los casos de nuevos otorgamientos, sino una modificación de carácter constitucional al art. 19 n°24 de la Carta Política.²⁸³ Cabe recordar que la propiedad en el caso de las aguas no recae sobre el agua, sino sobre derechos de aprovechamiento, es decir, derechos de uso. Como se trata de derechos ordenados legalmente a un fin, lo normal sería que cuando dicho fin no se realice esos derechos caduquen.²⁸⁴

Además de las causales de caducidad de los derechos de aprovechamiento, el eventual nuevo Código se establecerían criterios de usos prioritarios. Creemos que no es problemático desde la perspectiva constitucional, distinto es el caso del establecimiento de una regla que autorice a la Autoridad a revocar derechos ya constituidos, con el objeto de destinar el agua a usos prioritarios. El artículo 5 bis del proyecto, reconoce que las aguas cumplen diversas funciones,

²⁸⁰ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ídem*, p. 122.

²⁸¹ PLISCOFF Ariel Castillo, *Íbidem*, p. 4.

²⁸² PLISCOFF Ariel Castillo, *Íbidem*, p. 11.

²⁸³ PLISCOFF Ariel Castillo, *Ídem*, pp. 11-12.

²⁸⁴ ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, *Ibidem*, p. 107.

tales como la de subsistencia, garantizar el uso para el consumo humano y el saneamiento; preservación ecosistémica; o las productivas; y que ante sus múltiples usos, siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, de subsistencia y saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento. Bajo aquella óptica, impone a la DGA el deber de siempre velar por la armonía y el equilibrio entre la función de preservación ecosistémica y la función productiva que cumplen las aguas. Aplica la priorización sólo bajo la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas, con todo, la autoridad deberá considerar la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y la situación de cada cuenca hidrográfica. Incluye además, que cuando se concedan derechos de agua para el consumo humano y el saneamiento, no podrá utilizarse dicha agua para fines distintos.

A pesar de los puntos críticos al modelo normativo vigente sobre las aguas, la propuesta de aprobarse el día de hoy no es perfecta. Haciendo eco de palabras de Bauer, a su contenido le falta una narrativa fuerte, convincente y justificada, el ejecutivo puso demasiado énfasis en un lenguaje legal, simbólico y declaraciones de principios, y demasiado poco énfasis en las instituciones de la gobernanza que implementaran las nuevas reglas en la práctica.²⁸⁵ No basta “fortalecer la DGA”, se debe especificar cómo y en qué forma, bajo que herramientas administrativas y con cuál presupuesto. En la misma línea, se considera que la imposición de limitaciones a los derechos de aprovechamiento de las aguas está lejos de ser inconstitucional, sino que se condice, plenamente con los derechos y garantías fundamentales establecidas en la Constitución, como el derecho a la vida, artículo 19 N°1, y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, artículo 10 N°8, que al hacer una ponderación de derechos prevalecen por sobre al derecho de propiedad de un derecho de aprovechamiento que está reglado por el derecho público.²⁸⁶

²⁸⁵ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 301.

²⁸⁶ ARANDA Pablo Valenzuela, *Ibidem*, p. 117.

Quizás una de las falencias más notorias en el proyecto es proponer nominativamente una legislación inspirada en la gestión integrada de recursos hídricos y al mismo tiempo, no incluir una regulación sectorial acorde a la realidad hidrológica heterogénea de nuestro país.

Costa²⁸⁷ plantea que la lógica regulatoria impulsada en el Boletín N°7.543-12 coincide con el concepto de autopoiesis de la ley, con la paradoja regulatoria y tiende a fallar en su objetivo, ya que se basa en la creencia que la propia ley puede solucionar los problemas que la misma ley ha creado, con escasa observación en sistemas relacionados, incluyendo la realidad material. El autor concluye en que el centro de la discusión de nuevas regulaciones debe arrancar del reconocimiento y socialización de diversos dilemas y la conciencia de que su solución no es un mero cambio normativo, sino que requiere la integración de soluciones multidisciplinarias.²⁸⁸

Ahora bien, todo este análisis se basa en los artículos y propuestas aprobadas en el primer trámite constitucional de la tramitación y obvian un análisis profundo de las eventuales indicaciones que incluirían al proyecto el gobierno de Piñera, por no tener precisión de su contenido. Lo que se vislumbra es que se pretenderán eliminar las propuestas de temporalidad a los derechos de aprovechamiento y las causales de caducidad de los mismos y se buscará aumentar los valores de la patente por no uso; se eliminarán las disposiciones de sustitución de “titular” de los derechos de aprovechamiento y se buscará mantener el actual carácter de dueño de los derechos.

Todo esto en post de otorgar la certeza jurídica de la propiedad de los derechos de aprovechamiento de las aguas y con ello incentivar las inversiones en infraestructura y actividades económicas dependientes de las aguas como insumo.

Lo problemático de aquello, es que la certeza jurídica de la propiedad de los derechos de agua es una realidad en Chile. La Constitución de 1980 así lo declara y el actual Código de Aguas institucionaliza esa propiedad y como fue demostrado en este trabajo, otorga las herramientas

²⁸⁷ COSTA Ezio Cordella, *Ibidem*, p. 351.

²⁸⁸ COSTA Ezio Cordella, *Ídem*, p. 352.

para un mercado de transacción de derechos. Sin embargo, la institucionalización de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de las aguas y toda la certeza jurídica que aquello conlleva, no ha sido estímulo suficiente ni para un mercado eficiente en la reasignación del recurso ni para la inversión en una infraestructura adecuada.

Además, cabe destacar que el otorgamiento temporal de derechos de uso del agua como concesiones a treinta años máximo, es para aquellas reservas de aguas que aún no han sido otorgadas o aquellas que pueden retornar al Estado producto de caducar derechos concedidos por el no uso de las aguas. No hay una transformación de derechos actuales permanentes a derechos temporales, precisamente porque están amparados constitucionalmente y contiene en sí mismos el resguardo de una certeza jurídica.

El otro punto conflictivo es la eventual existencia de causales de caducidad de los derechos, pero la reforma es clara frente a la caducidad. Quien no haga uso de las aguas por una cierta cantidad de años deberá pagar patente por no uso, superado los plazos legales que buscan contemplar por ejemplo el tiempo de implementación de infraestructura de mega proyectos, o períodos de sequía, el derecho de uso caduca para ser reasignado a otra persona o actividad que le dé un uso efectivo. Aquello, busca impedir que titulares acaparen derechos de aprovechamiento de agua y que paguen patentes a perpetuidad. Lo lógico es que, si es un derecho otorgado por el Estado, la no utilización signifique que esto regrese al Estado.

Además, en ningún caso se ha hablado siquiera de quitar algún derecho ya otorgado, sino que del diez por ciento de los que quedan por entregar para su uso se introducirá una cláusula de caducidad en el caso que no sea entregado y no exista un uso efectivo del recurso al cabo de treinta años. En el caso de demostrar su utilización este se renueva de forma automática.

La propuesta de reemplazo de aumentar el valor de la patente por no uso para evitar un mal uso de las aguas o su acumulación, no hace frente a la principal crítica de esta medida que en la actualidad y en conformidad a la jurisprudencia, lo que se está multando en rigor, es la no construcción de obras; y no el no uso de las aguas.

Finalmente, la denominación de titular de derecho de aprovechamiento, es un cambio nominativo que no trae aparejado consecuencias que determinen una incerteza jurídica en los derechos ya constituidos y que sólo busca otorgar mayor coherencia con la naturaleza del objeto otorgado para su uso y goce, las aguas dulces, bienes nacionales de uso público.

CONCLUSIONES

El estudio de la regulación de las aguas actualmente vigente no puede desconocer, por un parte, las características físicas y económicas de su objeto, y por otra, toda la tradición jurídica que ha intentado resolver cómo cuadrar los intereses públicos y privados que aquellas suponen.²⁸⁹

El agua dulce es un recurso renovable limitado. La creciente demanda de agua limpia y de suministro seguro por parte de la ciudadanía, la industria, la agricultura puso en jaque la provisión infinita de agua sin costos. El futuro provechoso del agua depende del empleo de métodos de administración integral y multidisciplinario. La importancia de un buen régimen jurídico de las aguas, es evidente con la importancia y los múltiples usos del agua. En Chile un lugar con condiciones geográficas y naturales difíciles, se entrelazan la propiedad privada con una función pública y perspectivas de sustentabilidad ambiental.

El régimen de las aguas, tanto los derechos de propiedad en si, como el complejo de instituciones públicas asociadas a través de las cuales se expresan concretamente esos derechos deben ser rectificadas bajo la tutela de la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos.

La falta de soluciones para los difíciles problemas de tipo legal, económico y social que plantean las interacciones del uso múltiple del agua puede tener consecuencias graves. Quienes detentan los derechos de grandes volúmenes de aguas a precios demasiado bajos o subsidiados tienen a utilizar cantidades excesivas y carecen de incentivos para conservar el agua o restaurar su calidad después de usarla.

La mayoría de los derechos existentes fueron concedidos años atrás, cuando preocupaciones actuales que podemos encajonar en “interés público”, preservación y ahorro de agua; reducción de la contaminación; garantía a los acaudales ecológicos, aún no eran actuales ni urgentes. Por tanto, encontrar el balance entre los intereses privados y públicos significa que el Estado, cuyo deber es velar por el interés público, debe asegurar suficientes derechos de

²⁸⁹ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 2.

aprovechamiento de las aguas para incentivar a la inversión y el desarrollo, pero ello no es suficiente. Las condiciones de estos derechos deben ser lo suficientemente flexibles como para lidiar con los desafíos naturales de las aguas: redistribución, gestión integrada de las cuencas, multifuncionalidad, realidad hidrológica heterogénea; y los desafíos actuales: sequías, población creciente, nuevas demandas, cambio climático y necesidades ambientales, entre otros.

La necesidad del agua en los múltiples ámbitos en que se utiliza, justifica que existan métodos de asignación a privados. Si el legislador optará por accesos completamente abiertos y libres para todo individuo debería prever las consecuencias de aquello, la rivalidad entre los usos y la ausencia de mecanismos de exclusión pueden llevar al fenómeno de tragedia de los comunes. El uso intensivo de bien, sobre todo si consideramos su polifuncionalidad y congestión puede llevar a su sobre explotación y repercutir incluso en la disponibilidad del recurso y equilibrio de los ecosistemas.²⁹⁰ Sin embargo, estos métodos de asignación a particulares deben contener cargas que permitan evitar todos los perjuicios por los cuales se deciden otorgar, si se mantiene gratuitos, perpetuos, transables y garantizados constitucionalmente, no hay incentivos a un uso cuidadoso del recurso y se producen los mismos efectos de un otorgamiento libre.

La revisión histórico jurídica de la regulación de las aguas en Chile, permite vislumbrar que en el pasado han existido modelos más equilibrados, con mayores exigencias y cargas a los titulares de los derechos de aprovechamiento. Que han permitido un uso privativo de las aguas más coherente con su denominación de bienes nacionales de uso público.

Luego de treinta años, aun con las modificaciones señaladas, la regulación de la asignación de los derechos de aprovechamiento no ha logrado abordar de manera adecuada el manejo integral del recurso, particularmente, en la coordinación de usos múltiples, la internalización de externalidades y el manejo integral de las cuencas.²⁹¹ La falta de potestades y atribuciones

²⁹⁰ CELUME Tatiana Byrne, *Ibidem*, p. 19.

²⁹¹ ARANDA Pablo Valenzuela, *Ibidem*, p. 107.

de la DGA ha generado una desnaturalización del verdadero alcance de las aguas como bienes nacionales de uso público y la intención de su *publicatio*. Los actos de constitución de los derechos de aprovechamiento deben ser interpretados y ejercidos en forma tal que permitan el aprovechamiento más eficiente y beneficioso de los recursos hídricos.²⁹² Mediante la publicación de las aguas, el Estado a través de la Administración, está dotado de ciertas potestades tendientes a regular su uso y, en definitiva, velar por la protección del recurso, en orden a garantizar la satisfacción de necesidades públicas.²⁹³

Desde 1967 todas las aguas son bienes nacionales de uso público, y los derechos constituidos con anterioridad a dicha declaración se adecuaron a la misma, la finalidad de esa *publicatio* es lograr un uso eficiente de un bien escaso y esencial, sólo a través de la gestión integrada de recursos hídricos que pretende ser holística, completa, interdisciplinaria y sostenible a largo plazo, es posible afrontar el fin de esa *publicatio* y otorgar coherencia al régimen jurídico. El objetivo es incorporar los tres elementos que suelen considerarse constituyentes del desarrollo sostenible: (i) eficiencia y crecimiento económico, (ii) equidad social, y (iii) protección ambiental.²⁹⁴

Creemos que los principios de la GIRH es el método para regular, solucionar y dar herramientas a los temas y conflictos contemporáneos en materia de las aguas: (i) la gestión de cuencas hidrográficas, coordinación de usos múltiples del agua, y gestión conjunta de las aguas superficiales y subterráneas; (ii) resolución de conflictos entre titulares de derechos de aprovechamiento; (iii) internalización de las externalidades económicas y ambientales; (iv) aclaración, cumplimiento y seguimiento de las relaciones entre diferentes derechos de propiedad y sus deberes asociados, tales como los derechos consuntivos y no consuntivos; (v) protección ambiental y eco sistemática; (vi) asistencia del sector público a los agricultores pobres para mejorar la equidad social en lo relativo a los derechos de aguas y su mercado; (vii)

²⁹² ARANDA Pablo Valenzuela, *Ídem*, p. 116.

²⁹³ SAAVEDRA José Ignacio Cruz, *Ibidem*, p. 209.

²⁹⁴ BAUER Carl, 2015, *Ibidem*, p. 221.

promoción de la participación activa e informada de las ONG ambientales y sociales y de organizaciones ciudadanas. El Estado de Chile y las universidades chilenas deberían emprender una cooperación sostenida en materia de estudios, investigación, análisis y propuestas de políticas públicas, de manera de tener un catastro real del estado hídrico chileno, de sus usos y necesidades.

El actual marco legal e institucional subordinado a la Constitución y el Código de Aguas, ha demostrado ser incapaz de gestionar estos problemas imprevistos. En palabras de Bauer, el actual marco se compone de elementos que se refuerzan unos a otros para mantener el statu quo, y que no permiten adaptarse a nuevas necesidades. Así (i) derechos económicos privados fuertes y definidos de forma amplia; (ii) una autoridad gubernamental reguladora severamente restringida; y (iii) un sistema judicial poderoso, pero de resultados tardíos y poco capacitado para el análisis de políticas públicas, comprometido con los conceptos del derecho limitado y formalista, no dan abasto a las conflictividades actuales y futuras.²⁹⁵

En relación al dominio público de las aguas, la Administración debiese estar dotada de ciertas potestades tendientes a regular el uso y garantizar el cumplimiento de las necesidades públicas. Sin embargo, bajo el actual régimen de aguas, la autoridad no puede hacer demasiado para mejorar el uso del recurso, con miras a satisfacer el bien común, debido a que todo o gran parte está en manos del mercado.²⁹⁶

En cuanto al proyecto de ley, el análisis de las falencias actuales y los desafíos climáticos y de escases presentes y futuros; justifican su actual discusión y tramitación. Del resultado de este proyecto depende no sólo el reconocimiento y coherencia de las aguas como bienes nacionales de uso público y su regulación, sino la protección del recurso en sí mismo. El enfoque debe estar principalmente en la naturaleza y las cargas al otorgamiento de derechos de aprovechamiento sobre las aguas. Pero, también en instaurar facultades e instituciones que permitan una administración moderna, interdisciplinaria y técnica, sobre las aguas dulces y que a través de la gestión integrada de los recursos hídricos logre proteger un bien escaso y otorgarle usos efectivos y eficientes.

²⁹⁵ BAUER Carl, 2015, *Ídem*, p. 232.

²⁹⁶ ARANDA Pablo Valenzuela, *Íbidem*, p. 116.

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA Pablo Valenzuela, Los Derechos de Aprovechamiento de Aguas en Chile y su Marco Regulatorio, Revista de Derecho Universidad de Chile, Escuela de Postgrado N°4, diciembre 2013.

ARISTÍA de Castro Ricardo, presentación ante la Comisión de Agricultura del Senado en representación de SNA Sociedad Nacional de Agricultura, en la sesión del 6 de agosto 2018, celebrada en el Salón los Presidentes en el Edificio del Senado Santiago. [*en línea*] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=192&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de_Agricultura&idsesion=12758&idpunto=0&fecha=06/08/2018&inicio=12:00&termino=14:30&lugar=Sal%C3%B3n%20de%20Los%20Presidentes,%20Senado%20Santiago.&listado=2> (consulta: 12 agosto 2018).

ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel, VODANOVIC Antonio, Tratado de los Derechos Reales, Capítulo IX: Derechos Privados sobre Bienes Nacionales, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 309-323.

ATRIA Fernando Lemaitre, SALGADO Constanza Muñoz, “La propiedad, el Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de Aguas en Chile”, Thomson Reuters, 2015.

AZQUETA Diego Oyarzun, El valor del Agua desde una perspectiva económico-social, En: Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza “El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio”, dirigido por EMBID Irujo Antonio, Tomo I, Civitas Ediciones, 2002, pp.83-107.

BAUER Carl, Régimen Jurídico del Agua: La Experiencia de Estados Unidos, Revista de Derecho de Minas y Aguas Vol. III, 1992.

- Canto de Sirenas: El Derecho de Aguas Chileno como Modelo para Reformas Internacionales, Traducción: Juan Pablo Orrego, Ediciones El Desconcierto.cl, 2° edición, Santiago, 2015.

BERTAZOO Silvia, La Tutela del Acceso al Agua Potable en el Derecho Internacional, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección estudios, año 22, N°2, 2015, pp.55-92.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (“BCN”), Historia de la Ley Constitución Política de la República de Chile 1980 Artículo 19 n°24 El Derecho de propiedad, [en línea] <https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980> (consulta: 15 noviembre 2017).

- Historia de la Ley N°16.640 Reforma Agraria, [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28596>> (consulta: 20 noviembre 2017).
- Presentación ante la Comisión de Agricultura del Senado en la sesión del 14 de mayo de 2018 celebrada en el Edificio del Senado, Santiago, [en línea] <https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_con> (consulta: 14 agosto 2018).

CELUME Tatiana Byrne, “Régimen público de las aguas”, Legal Publishing Chile, 2013.

CIPERCHILE.CL, “Agua: ¿bien público o privado?”, NOVOA Laura Vásquez, 10 de octubre de 2014, [en línea] < <http://ciperchile.cl/2014/10/10/agua-%C2%BFbien-publico-o-privado/>> (consulta: 7 julio 2017).

COASE Ronald H., El problema del costo social, 1960 [en línea] <<http://www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf>> (consulta: 12 diciembre 2017).

COOPERATIVA.CL, “Agricultura y Obras Públicas buscarán modificar proyecto de reforma al Código de Aguas”, 16 de marzo de 2018 [en línea] < <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/obras-publicas/agricultura-y-obras-publicas-buscaran-modificar-proyecto-de-reforma-al/2018-03-16/170037.html> > (consulta: 11 agosto 2018).

COSTA Ezio Cordella, Diagnóstico para un Cambio: Los Dilemas de la Regulación de las Aguas en Chile, Revista Chilena de Derecho, Vol. 43 N° 1, 2016, pp. 335 - 354 [*en línea*] <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v43n1/art14.pdf>> (consulta: 6 julio 2017).

DESMADRYL Matías, presentación ante la Comisión de Agricultura del Senado en representación de APEMEC Asociación de Pequeñas y Medianas Centrales Hidroeléctricas en la sesión del 14 de mayo 2018, celebrada en el Salón los Presidentes en el Edificio del Senado Santiago. [*en línea*] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=192&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de_Agricultura&idsesion=12457&idpunto=0&fecha=14/05/2018&inicio=12:00&termino=13:50&lugar=Sala%20de%20Lectura,%20Edificio%20Senado%20Santiago&listado=2> (consulta: 12 agosto 2018).

DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, Bases para la formulación de la Política Nacional de Aguas, En: Seminario sobre Política Nacional de Aguas, CEPAL, agosto, 1991, Revista de Derecho de Minas y Aguas N°2, pp. 259-265.

- Atlas del Agua en Chile 2016, Santiago, 2015 [*en línea*] <<http://www.dga.cl/DGADocumentos/Atlas2016parte1-17marzo2016b.pdf>> (consulta: 10 octubre 2017).

DONOSO Guillermo Harris, Gestión Integrada del Agua: Lecciones de Experiencias Implementadas. En: Actas de Derecho de Aguas N°3-2013, dirigido por VERGARA Alejandro Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Thomson Reuters, pp.121-130.

DONOSO Guillermo, MONTERO Juan Pablo, VICUÑA Sebastián, Análisis de los Mercados de Derechos de Aprovechamiento de Agua en las Cuencas del Maipo y el sistema Paloma en Chile: Efectos de la variabilidad en la oferta hídrica y de los costos de transacción, En: Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza “El Derecho de Aguas en

Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio”, dirigido por EMBID Irujo Antonio, Tomo I, Civitas Ediciones, 2002, pp.109-151.

DUHART Daniela Vera, La Institucionalidad de la Gestión del Agua en Chile, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016, [en línea] <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/143560/La-institucionalidad-de-la-gesti%C3%B3n-del-agua-en-chile.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> (consulta: 6 julio 2017).

EMBED Antonio Irujo, El Derecho de Aguas del siglo XXI, En: Actas de Derecho de Aguas N°2-2012, Dirigido por VERGARA Alejandro Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2012 [en línea] <<http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/images/stories/ADAG/ADAG2/5.%20el%20der echo%20de%20aguas%20del%20siglo%20xxi.pdf>> (consulta: 7 julio 2017).

GETZLER Joshua, A History of Water Rights at Common Law, Oxford Studies in Modern Legal History, 2004.

HARDIN Garrett, The Tragedy of the Commons, Science N°162, 1968.

HEDERRA Donoso Ana, Comentarios al Código de Aguas, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

HENRY J. Glynn, HEINKE W. Gary, et al., Ingeniería Ambiental, Segunda edición, Capítulo N°10 “Recursos hidráulicos” y N°11 “Abastecimiento de agua”, traducción ESCALONA Héctor García, Editorial Pearson Educación, México, 1999.

LARRAÍN Sara, presentación ante la Comisión de Agricultura del Senado en representación de Fundación ChileSustentable, en la sesión del 15 de mayo de 2018, celebrada en el Salón los Presidentes en el Edificio del Senado Santiago. [en línea] <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=192&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de_Agricultura&id>

sesion=12457&idpunto=0&fecha=14/05/2018&inicio=12:00&termino=13:50&lugar=Sala%20de%20Lectura,%20Edificio%20Senado%20Santiago&listado=2 > (consulta: 12 agosto 2018).

MARTÍN Liber, Instituciones y Principios Matrices del Derecho de Aguas: Contradicciones entre la Teoría y la Práctica, En: Actas de Derecho de Aguas N°3-2013, dirigido por VERGARA Alejandro Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Thomson Reuters, pp.105-120, 2013.

MEZA Catalina Suárez, Aplicación de la Patente por no uso de aguas en Chile, En: Actas de Derecho de Aguas N°4-2014, dirigido por VERGARA Alejandro Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Thomson Reuters, pp. 49-64, 2014.

MORALES Bárbara Blum, La Naturaleza Pública del Agua en el Mercado, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015.

PEÑA Humberto Torrealba, Las Competencias de la Administración Hídrica en Chile, En: Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza “El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio”, dirigido por EMBID Irujo Antonio, Tomo II, Civitas Ediciones, 2002.

PEÑA Humberto Torrealba, Entrevista: El Derecho del Agua, por YÁÑEZ Gonzalo Morroni, para la Sociedad Chilena de Energía Hidráulica (SOCHID), publicada el 24 mayo, 2016 [*en línea*] < <http://www.sochid.cl/2016/05/24/humberto-pena-el-derecho-del-agua/>> (consulta: 20 noviembre 2017).

PEÑAILILLO Daniel Arévalo, Los bienes: la propiedad y otros derechos reales, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

PERALTA Fernando Toro, El mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas. La experiencia chilena, En: Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza “El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio”, dirigido por EMBID Irujo Antonio, Tomo I, Civitas Ediciones, 2002, pp.153-167.

PIÑERA Echeñique Sebastián, Programa de Gobierno 2018-2022 “Construyamos Tiempos Mejores para Chile”, 2017, [*en línea*] < <http://www.sebastianpinera.cl/images/programa-SP.pdf>> (consulta: 11 agosto 2018).

PLISCOFF Ariel Castillo, La Institución de la Caducidad en el Proyecto de Ley que reforma el Código de Aguas en Chile, Revista Actualidad Jurídica N°36, Universidad del Desarrollo, 2017.

PULSO, La Tercera.cl, “Ministro de Agricultura, Antonio Walker y debate por Código de Aguas: Vemos que hay mucha ideología, pero poco conocimiento técnico”, O’RAYAN Francisca, LABARCA Daniel, 12 de mayo de 2018 [*en línea*] <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/ministro-agricultura-antonio-walker-debate-codigo-aguas-vemos-mucha-ideologia-poco-conocimiento-tecnico/162076/>> (consulta: 11 agosto 2017).

PRADO Santiago, Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno adaptadas a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional, Colección Obras de Derecho Público, Tribunal Constitucional de Chile, Volumen IV, Santiago de Chile, 2017.

RECABARREN Oscar Santibáñez, El Derecho de Aguas Chileno desde la Óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente, Revista Justicia Ambiental [*en línea*] <<https://app.vlex.com/#CL/vid/663724817>> (consulta: 6 julio 2017).

RIVERA Daniela Bravo, “Las aguas como bienes públicos funcionales”, La Semana Jurídica, Vol. N°117, 2009.

RIVERA Daniela Bravo, VERGARA Alejandro Blanco, “Patente por no uso de aguas: Aplicación práctica y conflictos interpretativos”, Derechos y gestión de Aguas UC, [en línea] <<http://derechoygestionaguas.uc.cl/images/PDF/Patente-por-no-uso-de-aguas.pdf>> (consulta: 7 septiembre 2017).

ROJAS Christian Calderón, La distinción entre el agua como bien público y el derecho de aprovechamiento. Sus efectos en la competencia de las juntas de vigilancia de los ríos, y la de las asociaciones de canalistas y comunidades de agua, En: Actas de Derecho de Aguas N° 1-2011, dirigido por VERGARA Alejandro Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2011 [en línea] <<http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/images/stories/ADAG/ADAG1/2.%20la%20distincion.pdf>> (consulta: 6 julio 2017).

SAAVEDRA José Ignacio Cruz, Las Aguas como Bien Nacional de Uso Público, base para un cambio regulatorio que promueva un uso sustentable, Revista Ambiental Facultad de Derecho Universidad de Chile Justicia Ambiental, N°1, Santiago, 2009.

SALAS Carolina Zalazar, El derecho humano al agua: estructura y consecuencias jurídicas, Actas de Derecho de Aguas N°1-2011, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2011 [en línea] <<http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/images/stories/ADAG/ADAG1/3.el%20derecho%20humano%20al%20agua.pdf>> (consulta: 6 julio 2017).

SALGUERO Francisco Javier, ¿Qué fue la Declaración de Dublín?, iAguas.com, 2014 [en línea] <<https://www.iagua.es/blogs/francisco-javier-salguero/%C2%BFque-fue-la-declaracion-de-dublin>> (consulta: 12 diciembre 2017).

SEGURA Francisco Riveiro, “La Reforma del Código de Aguas”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°215-216, 2004.

- “Derecho de Aguas”, Editorial Lexis Nexis, Tercera Edición, Universidad de Concepción, 2006.

UGARTE Paula Araya, Derecho de Aprovechamiento de Aguas. Análisis Histórico, Extensión y Alcance en la Legislación Vigente, Memoria de Prueba para optar al grado Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales guiada por el Profesor Gustavo Manríquez, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, septiembre, 2003.

VERGARA Alejandro Blanco, La libre transferibilidad de los derechos de agua. El caso del derecho chileno, Revista Chilena de Derecho, Volumen 24 N°2, 1997.

- Derechos de Aguas, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
- Derechos de Aguas, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
- Las Aguas como Bien Público (no estatal) y lo privado en el Derecho chileno: Evolución legislativa y su proyecto de reforma. Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 1, 2002.
- Evolución y Principios del Derecho de Aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile. En: Derecho de Aguas, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- El Novísimo Derecho de Bienes Públicos y Recursos Naturales en Chile. Publicatio, derechos reales administrativos, Revista de Derecho Administrativo N°49, 2004.
- Sistema y Autonomía del Derecho de Aguas, Actas de Derecho de Aguas N°1, Legal Publishing, Santiago, 2011.
- Crisis Institucional del Agua: Descripción del Modelo Jurídico, Crítica a la Burocracia y Necesidad de Tribunales Especiales, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015.
- Transformación de la Dirección General de Aguas en una Agencia Independiente, y entrega de Competencia de los Conflictos de Aguas a los Tribunales Ambientales, Propuesta y Presentación ante la Comisión de [8=192&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de_Agricultura&idsesion=12567&idpunto=0&fecha=11/06/2018&inicio=11:30&termi](#)

no=13:20&lugar=Sal%C3%B3n%20de%20Los%20Presidentes,%20Senado%20Santiago.&listado=2 > (consulta: 14 agosto 2018).

WALKER Prieto Antonio, presentación ante la Comisión de Agricultura del Senado en la sesión del 2 de abril 2018, celebrada en el Salón los Presidentes en el Edificio del Senado Santiago. [en línea]

<http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=192&tipo=3&legi=0&ano=2018&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de_Agricultura&idsesion=12346&idpunto=0&fecha=02/04/2018&inicio=12:00&termino=13:50&lugar=Sal%C3%B3n%20de%20Los%20Presidentes,%20Senado%20Santiago.&listado=2> (consulta: 12 agosto 2018).