

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2022

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1ª edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera Parro director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

COVID-19 (Enfermedad). Chile.

Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.

Chile. Constitución 1980.

Reformas constitucionales. Chile.

Migrantes.

Derecho internacional. Chile.

Pandemia.

Estallido social. Chile.

Estados de excepción constitucional. Chile.

Prisioneros políticos. Chile.

Ahorro para el retiro.

Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2022

© Domingo Lovera (editor), 2022

© VV.AA., 2022

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 2676 2136

Santiago – Chile

www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

19. NUEVO CÓDIGO DE AGUAS 2022: LOS EJES DEL CAMBIO DE LA REGULACIÓN DE LAS AGUAS TERRESTRES EN CHILE

Camila Boettiger Philipps¹

Juan José Crocco Carrera²

Resumen

El objetivo de este trabajo es exponer los principales ejes de la reforma al Código de Aguas introducida por la Ley N° 21.435 de 2022, sistematizando los nuevos principios o bases que se integran a la regulación de las aguas terrestres en Chile, a través de la explicación de las modificaciones que sustentan cada uno de ellos. Para lo anterior, primero se reseña brevemente la tramitación de la Ley N° 21.435 de 2022, y después se abordan cada uno de los ejes más significativos de la reforma, detallando los cambios normativos que introducen a través de nuevas potestades de la autoridad, limitaciones, modalidades y cambios en características al ejercicio de los derechos sobre las aguas, sistemas de información y registro, entre otros. A través de este análisis, se pretende demostrar que la entidad y cantidad de las modificaciones, dogmática y prácticamente traen nuevos paradigmas que indican que estamos ante un nuevo Código de Aguas, más que una simple reforma al anterior vigente desde 1981.

1. Introducción

El 6 de abril de 2022, fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 21.435, que modificó el Código de Aguas, el principal cuerpo legal que regula las aguas terrestres.

1 Doctora en Derecho, Magíster en Ciencias Jurídicas y abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Ambiental y Recursos Naturales e Investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. cboettiger@udd.cl

2 Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex Subdirector de la Dirección General de Aguas. Socio de BEC Abogados. Juan.crocco@becabogados.cl

Como en todas las ocasiones que en Chile se ha legislado sobre el tema, la tramitación de este proyecto de ley no fue rápida ni fácil, pero en la recta final fue finalmente aprobado por una transversal mayoría en el Congreso. Cómo el primer Código de Aguas de 1951, que inició su discusión alrededor del año 1927, o la Ley N°20.017 de 2005, cuyo origen está en un proyecto ingresado el año 1992, la discusión de esta reforma tomó más de 10 años, ya que inició su discusión mediante moción parlamentaria ingresada el año 2011.

El tiempo que demoran estas reformas se puede explicar porque hay pocos temas en los que convergen tal diversidad de intereses de distintos actores, públicos y privados, en nuestro país. La multiplicidad de usos y situaciones en las cuales las aguas son un factor esencial, alcanzan todas las actividades humanas, además de ser un elemento esencial del ambiente natural; existen visiones muy distintas de cómo, por quién y para qué se deberían autorizar su uso; y además arrastramos una larga historia de cambios legislativos que han cambiado la orientación de la regulación como un péndulo³. Por eso cada decisión que se tome al respecto toma largo tiempo de maduración y negociación. La tramitación del boletín 7543-12 que mediante la Ley N° 21.435 da origen al Código de Aguas de 2022 (CA22) no fue la excepción.

Encontrándose el proyecto en primer trámite constitucional, en 2014 el Ejecutivo (gobierno de Michele Bachelet) introdujo una indicación sustitutiva, luego indicaciones en 2015 y 2016⁴, siendo aprobado por la Cámara de Diputados con fecha 22 de noviembre de 2016. En su segundo trámite constitucional, ya en 2019 el gobierno siguiente de Sebastián Piñera introdujo una indicación sustitutiva al texto aprobado por la Cámara de Diputados; pero debido a que se encontraba en segundo trámite constitucional en definitiva se procedió a construir un texto refundido.

Luego de más de dos años de tramitación en el Senado, en agosto de 2021 el proyecto de ley aprobado por el Senado con enmiendas fue remitido a la Cámara de Diputados. En tercer trámite constitucional se requirió la conformación de una Comisión Mixta para zanjar los cambios entre ambas cámaras, las que fueron aprobados en enero de 2022 por la Cámara de Diputados y el Senado. Después de ser revisado por el Tribunal Constitucional, la ley fue promulgada y publicada.

Esta reforma da cuenta de un acuerdo bastante transversal en la materia, que tomó mucho tiempo en lograrse. Los factores que pueden haber incidido en ello,

3 Bauer, Carl J., *Canto de sirenas*, (El Desconcierto), 2015, p. 261.

4 Oficios N°: 1097-362 del 14 de enero de 2015; 613-363 del 9 de julio de 2015; 926-363 del 8 de octubre de 2015; y, 161-364 del 6 de septiembre de 2016.

son múltiples. En primer lugar, este cambio se da en el contexto fáctico de una “megasequía” o ya de alteración de ciclos hidrológicos por el fenómeno del cambio climático que tiene a Chile con un déficit hídrico nunca antes visto⁵. En segundo lugar, el crecimiento de las diferentes actividades que requieren del agua como un insumo esencial han aumentado su consumo, así como lo ha hecho el consumo domiciliario producto de la expansión urbana en las ciudades, y también en las áreas rurales. La escasez de agua en nuestro país no se debe sólo a factores hidrológicos, sino también a factores humanos y técnicos que determinan la situación de falta de disponibilidad del recurso para satisfacer sus diferentes funciones y usos en un área geográfica⁶.

Ante esa situación de escasez, por provisión natural y por demanda, el modelo del Código de Aguas de 1981 (CA81), no entregaba los instrumentos para ajustar el sistema de derechos de aprovechamiento en relación con ciertas materias que pasaron a ser muy relevantes y difíciles de abordar por la autoridad y los usuarios. Problemas como el acceso al agua para consumo humano, los efectos de extracciones en las fuentes naturales y los impactos ambientales negativos de la escasez, se sumaron a las críticas al modelo de derechos de aprovechamiento muy diferente a la regulación anterior y bastante atípica en materia de recursos naturales⁷. A pesar de los avances en infraestructura y desarrollo que permitió en muchas actividades, como en agricultura, servicios sanitarios, minera e industrial⁸, la rigidez del sistema, y la interpretación más bien restrictiva de las limitaciones al ejercicio de los derechos sobre las aguas mostró poca flexibilidad para ajustarse ante estas externalidades negativas⁹. Estas grietas del sistema se fueron profundizando hasta terminar por quebrar algunos de los principios

5 Dirección General de Aguas, Pronóstico caudales de deshielo período septiembre 2022- marzo 2023 SDT N° 448, 2022. Disponible en: <https://dga.mop.gob.cl/productosyservicios/informacionhidrologica/Paginas/default.aspx>, 29 de agosto de 2022.

6 Marcos, Oscar, “Sequía: definiciones, tipologías y métodos de cuantificación”, en Investigaciones Geográficas, N° 26, (Universidad de Alicante), 2001; Bauer, Carl J., Canto de sirenas, (El Desconcierto), 2015, pp. 31-33; para un análisis de la definición de escasez véase Boettiger, Camila, “Análisis crítico de la declaración de escasez”, en La regulación de las aguas: nuevos desafíos para el SXXI, Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas, (Ediciones DER) 2019, pp. 365-366.

7 Dourojeanni, Axel y Jouravlev, Andrei, El Código de Aguas de Chile: entre la ideología y la realidad, (Santiago, Naciones Unidas), 1999, pp. 10-11.

8 Peña, Humberto, Luraschi, Marco y Valenzuela, Soledad, “Agua, desarrollo y políticas públicas”, en Revista REGA, Vol. 1, N°2, 2004, pp.25-50; Jaeger, Pablo y Peña, Humberto, “Del orden neoliberal al régimen de lo público en materia de aguas”, en Actas de Derecho de Aguas, N° 5, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015, pp. 97-98.

9 Celume, Tatiana, “Pilares sobre los que se sustenta la reforma al Código de Aguas chileno”, en Actas de Derecho de Aguas, N° 5, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015, p. 39.

introducidos por esa legislación, lo que se recogió finalmente en esta reforma que cambia significativamente la regulación de las aguas en Chile.

Nuestro objetivo en este trabajo es exponer los principales ejes de cambio que trae este nuevo Código de Aguas (CA22), sistematizando los nuevos principios o bases de la regulación de las aguas terrestres en Chile, a través de las modificaciones al sistema que traen cada uno de ellos. Creemos que estamos ante un cambio muy profundo en el Derecho de Aguas chileno, que claramente abre una nueva etapa legislativa en esta área. La cantidad y la entidad de las modificaciones, dogmática y prácticamente traen nuevos paradigmas que demuestran que estamos ante un nuevo Código de Aguas, más que una simple reforma al anterior vigente desde 1981.

2. El interés público en las aguas terrestres y su multifuncionalidad: mayores potestades de la autoridad

Una de las principales críticas al modelo regulatorio de las aguas en Chile, consistía en las limitadas facultades de la autoridad para velar por el interés en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas¹⁰. Estando las aguas en la categoría de bienes públicos, su régimen jurídico regulaba casi exclusivamente su utilización a través de derechos concesionales (los derechos de aprovechamiento de aguas) con pocos instrumentos de gestión que permitían reflejar este carácter en la forma de usar o aprovechar las aguas terrestres, considerando las diversas funciones de las aguas. En este sentido, el CA22 explicita y fortalece el carácter de bienes públicos de las aguas y viene a dotar de nuevas facultades a la autoridad para velar por este interés público.

Para empezar, el nuevo artículo 5 del CA22 refuerza la categoría jurídica de las aguas como bienes públicos señalando que las aguas, en cualquiera de sus estados (líquido, sólido o gaseoso), constituye un bien nacional de uso público, por lo que “su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación.” Esto implica explicitar que los glaciares o hielos forman parte del sistema de aguas terrestres, en concordancia con el principio de unidad de la corriente o cuenca consagrada en el artículo 3, y prohíbe expresamente la constitución de derechos sobre ellos.

El uso de las aguas se permite o habilita a través de los derechos de aprovechamiento (DAA), que de acuerdo al inciso 2 de este artículo se constituirán en función del interés público. Este interés público comprende (inciso 3) el resguardo

¹⁰ Jaeger, Pablo y Peña, Humberto, “Del orden neoliberal al régimen de lo público en materia de aguas”, en *Actas de Derecho de Aguas*, N° 5, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015, pp. 91 y ss.

del consumo humano y saneamiento, así como de la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera, y el equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas. Esta norma viene a consagrar de forma expresa los objetivos que debería tener no sólo la acción de la autoridad administrativa, sino la regulación en general y los particulares, en el uso y protección de las aguas, como bienes públicos.

Esto se relaciona con otra particularidad de las aguas, las que son quizás el ejemplo más paradigmático de multifuncionalidad entre los elementos naturales por los diversos usos a los que sirve: es esencial para toda forma de vida en todos los ecosistemas naturales; es una necesidad básica para la vida de las personas; y es indispensable para la mayoría (si no todas) actividades humanas. Esta multifuncionalidad de las aguas implica que, como recurso de aprovechamiento común, requiera de una regulación especial para armonizar estas funciones en la acción de las personas sobre las fuentes naturales. En ese sentido, otra de las innovaciones que introduce el CA22 es que explicita el hecho que las aguas cumplen diversas funciones, declarando como principales las de subsistencia (que incluye el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia); las de preservación ecosistémica; y, las productivas. (art 5 bis inc. 1º)

Aquí la nueva legislación no es neutra, como la anterior, y retoma una directriz que tenían los anteriores Códigos de 1951 y 1969, de dar preferencia a ciertos usos: el nuevo CA22 establece el deber de la autoridad de priorizar el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y saneamiento, y después equilibrar las funciones de preservación ecosistémica y productivas (artículo 5 bis i4). En otras palabras, se establece una preferencia para la subsistencia, mientras que la preservación ecosistémica y usos productivos deben armonizarse. Cabe preguntarse cómo, en base a que criterios y métricas se producirá este equilibrio, lo que será tarea de la autoridad en la implementación y ejercicio de estas facultades.

Lo anterior se traduce, en la práctica, en un aumento de las potestades de la autoridad administrativa en diferentes situaciones en que se debe decidir sobre el uso de las aguas: en los procedimientos que se tramitan ante la DGA respecto de los DAA por una parte y por otra, en el ejercicio de los derechos ya constituidos. Por ejemplo, en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas (art. 5 inc. 2º) o en su prorroga anticipada (art. 6 inc 4º y 5º) se debe tener en cuenta el interés público, conforme a los objetivos ya enunciados de “resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y, en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas.”

(art. 5 inc. 3°). Serán extremadamente relevantes los lineamientos y criterios que establezca la autoridad al respecto, de manera de dar certezas y transparencia en la implementación de estas normas.

En esa línea, la naturaleza jurídica concesional de los DAA se advierte en una serie de cambios muy relevantes en su caracterización. De acuerdo a los artículos 6 y 6 bis, los nuevos DAA serán temporales, y no indefinidos como los actuales, otorgados por un plazo máximo de 30 años, prorrogable pero sujeto a la disponibilidad de la fuente y la destinación del DAA. Además se agrega la caducidad como forma de extinción anticipada de los derechos en caso de no uso de las aguas, reintroduciendo el principio del uso efectivo utilizado por los Códigos de 1951 y 1969, y asociando la causal de la misma al cobro de la patente por no uso por un lapso de tiempo, 5 o 10 años. (arts. 129 bis 4 y ss.).

Asimismo, cabe destacar la ampliación de la potestad expropiatoria del Ministerio de Obras Públicas, consagrada en el artículo 27, que a partir del CA22 extiende las causales de expropiación para satisfacer menesteres domésticos de una población (causal ya existente) a la conservación de los recursos hídricos (causal nueva), cuando no existan otros medios para obtener agua. Esta potestad además se simplificó permitiendo que se ejerza respecto de un sólo DAA, en vez de tener que expropiar a varios en proporción a la cantidad de agua de cada uno en dicho cauce, de manera que ahora puede expropiarse a un solo titular los derechos necesarios para satisfacer esos requerimientos.

Respecto del ejercicio de los DAA, aumentan considerablemente las potestades de la autoridad para intervenir, limitando las facultades de sus titulares en virtud de este interés público. El CA22 agrega nuevas y reforzadas facultades de la DGA para limitar o reducir el ejercicio de los DAA ya otorgados, en distintas hipótesis, a través de reducir las extracciones o redistribuyendo las aguas disponibles en un cauce. Esto no era posible en el modelo anterior, en el que las potestades para adoptar medidas en caso de escasez hídrica eran bastante más limitadas. Estas situaciones son:

- **Cambio de uso o destinación de las aguas:** Los incisos 5° y 6° del art. 6 bis, facultan a la DGA a limitar el ejercicio de un derecho, que ha sido objeto de un cambio del uso para el cual se había otorgado, cuando se produzca una grave afectación al acuífero o la fuente superficial de donde se extrae, ponderando el riesgo para la función de subsistencia y preservación ecosistémica.
- **Reducción temporal en aguas superficiales:** El artículo 17 introduce la potestad para establecer la reducción temporal del ejercicio de derechos

de aguas superficiales donde no existan juntas de vigilancia o bien, redistribuir las aguas entre secciones de una misma corriente cuando alguna de las juntas de vigilancia se sienta perjudicada por las extracciones que otra realice y así lo solicite fundadamente.

- **Reducción temporal en aguas subterráneas:** EL artículo 62 precisa que esta medida restrictiva puede ejercerse respecto del acuífero completo, una parte de él o bien respecto de algunos derechos de dicho acuífero. Asimismo, se elimina la posibilidad de que la medida quede sin efecto cuando los solicitantes reconsideren su petición, quedando sólo la posibilidad de revocar la medida *“cuando a juicio de la DGA hubieren cesado las causas que la originaron.”*

3. Priorización de consumo humano

El derecho humano al agua y al saneamiento fue reconocido por la Organización de las Naciones Unidas en 2010¹¹, y suscrito por Chile. Aunque no estaba expresamente consagrado en nuestra legislación, la doctrina¹² y la jurisprudencia ya lo habían incorporado al análisis y decisiones en casos de falta de abastecimiento para consumo humano¹³. Sucintamente, este derecho comprende disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico; consecuentemente. El artículo 5 inciso 4 del CA22 establece que “el acceso al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado”.

En la práctica, el problema del abastecimiento humano se presenta más en zonas rurales, ya que en las urbanas, gracias al sistema de concesiones sanitarias se ha logrado una altísima y continua cobertura en agua potable y tratamiento de aguas servidas¹⁴. En ciertas zonas rurales del país, muchas personas no cuentan con agua potable o servicios de alcantarillado suficientes. Si bien el 53 % de esta población recibe suministro de la red pública, el abastecimiento directo a través

11 Resolución ONU 64/292 de 28 de julio de 2010.

12 Ochoa, Fernando, “Algunas reflexiones en torno al derecho al agua, en especial sobre su recepción y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico chileno”, en Revista Derecho y Humanidades, N°18, (Universidad de Chile), 2011. Recabarren, Oscar, “El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del derecho internacional de los humanos y del medio ambiente, en Estudios Constitucionales, Año 14, N°2, (Universidad de Talca), 2016.

13 Corte Suprema, Rol° 131140-2020, 23-03-2021.

14 OCDE-CEPAL, Evaluaciones de desempeño ambiental-Chile, 2005 Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1288/1/S0500003_es.pdf, 21 de septiembre de 2021, p. 83.

de pozos o norias es alto (28 %), así como de aguas superficiales como ríos, esteros o lagos (12 %), ambas fuentes expuestas a la disminución de recarga natural; más precario aún, es la dependencia de camiones aljibes de un 7 % de la población rural¹⁵

La consagración de este derecho refuerza la gestión público -privada que hace falta para asegurar el abastecimiento esencial a las personas, ya que lo que se garantiza es el acceso a estos servicios¹⁶. Lo que se está asegurando es un abastecimiento mínimo necesario para una subsistencia digna, no el aseguramiento de un uso libre o ilimitado para cualquier actividad o necesidad calidad, en cantidad suficiente, de manera factible tanto física como económica. Estamos ante un derecho de carácter más prestacional frente al Estado que de ejercicio de otros derechos o titularidades, como podrían ser los DAA.

Con ese objetivo, el nuevo CA22 establece como prioridad en el uso de las aguas en consumo humano, saneamiento y uso doméstico de subsistencia, tanto en otorgamiento de DAA como en el evento de limitaciones al ejercicio de los mismos (artículo 5 bis in 2), como la reducción temporal y la redistribución (artículo 5 bis in 5). Esto implica abandonar una de las características del sistema del CA81, la libre destinación del uso de las aguas¹⁷ que a diferencia de los anteriores no establecía preferencias de ningún uso sobre otro, tanto en el otorgamiento de derechos sobre las aguas como en la distribución de los caudales disponibles. Es decir, la autoridad frente a dos o más solicitudes de derechos y no hubiera caudal disponible para todas, no podía preferir a la que se destinara a consumo humano frente a otra solicitud de derechos que por ejemplo, se quisiera destinar a uso industrial o riego. O en el evento, bastante común en la zona central, que no hubiere agua suficiente en la corriente para todos los derechos, todos se reducían a prorrata, independiente del uso que se le diera al agua extraída.

La norma no define lo que debe entenderse por consumo humano y saneamiento, a diferencia del concepto del “uso doméstico de subsistencia” que se entiende como *“el aprovechamiento que una persona o una familia hace del agua que ella misma extrae, con el fin de utilizarla para satisfacer sus necesidades de bebida, aseo personal, la bebida de sus animales y cultivo de productos hortofrutícolas*

15 Datos de COMPROMISO PAÍS - MESA 1 MINISTERIO OBRAS PÚBLICAS: Personas que residen en una vivienda. Sin servicios sanitarios básicos (agua potable y/o baño), 2020. Disponible en www.compromiso-pais.cl/assets/files/Mesa1-ServiciosSanitariosBasicos.pdf, 21 de septiembre de 2021. pp. 99-100.

16 Boettiger, Camila, “Derecho humano al agua: los desafíos para su integración en la institucionalidad pública del agua en Chile”, en *Actualidad Jurídica*, N° 45, (Universidad Del Desarrollo), 2022, pp. 203-224.

17 Vergara, Alejandro, *Derecho de Aguas*, (Editorial Jurídica de Chile), Tomo I 1998, pp. 266-271.

indispensables para su subsistencia.” Por lo tanto, será necesario aclarar con posterioridad si existe una diferencia entre este concepto definido en la ley, y lo que deba entenderse por consumo humano.

Entendemos que la priorización en el uso de las aguas para este fin, que podría reducir o dejar sin agua disponible a otros usos como los productivos y la función ecosistémica, debería realizarse para lograr el abastecimiento esencial de la población, entendiendo que la función que prevalece es la de subsistencia, en los términos del artículo 5 bis in. 3. Esto implicaría que la priorización en la redistribución de las aguas disponibles, por ejemplo, sea sólo en la cantidad necesaria para cubrir dichos usos, y no cualquier consumo domiciliario. Al ser una excepción al normal reparto de las aguas, debería interpretarse restrictivamente, en cuanto la prevalencia de abastecimiento para este uso será en desmedro de otras funciones o usos de las aguas que también son relevantes para la sociedad, como los productivos y ambientales.

Para asegurar esta priorización, se contemplan varios instrumentos con facultades específicas para la autoridad:

- **Reservas de caudal para función de subsistencia:** El artículo 5 ter permite al Estado constituir reservas de aguas superficiales o subterráneas, sobre las cuales sólo se podrán otorgar concesiones para la función de subsistencia. Estos DAA cuentan con reglas especiales que permitan asegurar el uso para el que fueron otorgadas: se transfieren o transmiten con esa destinación, y pueden ser caducados por la DGA si no se contruyen las obras para su aprovechamiento, se cambia su uso o este se cede a cualquier título (artículo 5 quinquies).
- **Autorización transitoria para abastecimiento rural:** Siempre con la finalidad de garantizar el acceso al agua para consumo humano, se dispone que excepcionalmente se podrá autorizar transitoriamente la extracción de hasta 12 l/s a los comités o cooperativas de agua potable rural, mientras se tramita la solicitud definitiva de DAA a su favor (artículo 5 bis in 7).
- **Reparto prioritario en casos de reducción temporal y redistribución de caudales:** El artículo 5 bis in 5 dispone que la DGA debe sujetar a esta priorización de uso cuando disponga la reducción temporal de DAA, superficiales o subterráneos. A lo anterior cabe agregar las potestades de la DGA, para que en caso de severa sequía (art. 314 y 315), puedan obligar a establecer una redistribución ya sea como consecuencia de un acuerdo de la Junta de Vigilancia, o bien producto de una intervención, que *“aseguren que en la redistribución de las aguas, entre todos los usuarios de la cuenca,*

prevalezcan los usos para el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, precaviendo la comisión de faltas graves o abusos.”

- **Información y restricción a cambio de uso:** Por regla general, se admite el cambio de destinación de uso, por ejemplo de consumo humano a uno productivo o entre actividades productivas diferentes, como agricultura o minería; ahora esto debe informarse a la autoridad (artículo 6 bis in 6 y 7). Pero en el caso de los DAA constituidos para consumo humano, el artículo 5 in 6 impone una restricción adicional: el cambio de uso sólo puede ser a usos no extractivos y siempre prevalece consumo humano.
- **Usos legales para uso doméstico:** En lo que podría entenderse como una reglamentación expresa del uso común del “derecho a la sed”¹⁸, el artículo 20 in 4 permite la extracción directa desde vertientes, afloramientos naturales para satisfacer la función de subsistencia. En el caso de aguas subterráneas, el artículo 56 especifica la antigua facultad de “cavar en suelo propio” pozos para extraer agua para ese mismo fin. En ambos casos, la norma es estricta en cuanto a que los volúmenes extraídos se destinen “íntegra y exclusivamente a usos domésticos de subsistencia.”
- **Constitución de derechos aun cuando no exista disponibilidad:** Como una curiosidad desde el punto de vista hidrológico, se incorpora una potestad extraordinaria para que el Presidente de la República, constituya derechos de aprovechamiento de aguas con la sola finalidad de garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, aún cuando no exista disponibilidad. (art. 147 quater)

4. Valor ecosistémico de las aguas

El sistema regulado en el CA81 original no contemplaba la función ecosistémica, omitiendo la consideración de variables ambientales en el uso e intervención de las aguas; este debe ser uno de los aspectos más criticables de dicho Código¹⁹. A través de varias modificaciones, se fueron introduciendo algunos instrumentos específicos, como fue la prohibición de extracciones en las zonas que alimentan vegas y bofedales en la zona norte en 1992, o la consagración legal del caudal

18 Neumann, Christian, “El derecho a satisfacer la sed en el Derecho de Aguas”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2003, pp. 397-416.

19 Boettiger, Camila, “Variables ambientales en el Código de Aguas”, en *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental: recursos naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?*, (Thomson Reuters), 2014 p. 365; Celume, Tatiana, “Pilares sobre los que se sustenta la reforma al Código de Aguas chileno”, en *Actas de Derecho de Aguas*, N° 5, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015, p. 43.

ecológico con la reforma del 2005. La DGA también fue incorporando criterios de carácter ambiental, especialmente por su participación en la evaluación de impacto ambiental de proyectos por la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, pero carecía en la regulación de aguas de mayores facultades para intervenir con objetivos de conservación o preservación en fuentes naturales.

Como vimos más arriba, el CA22 reconoce expresamente la función ecosistémica de las aguas, disponiendo que ésta se equilibre con la función de usos productivos después de la priorización de la función de subsistencia. Con este objetivo, se establecen una serie de instrumentos para la autoridad y los usuarios con fines de conservación o preservación en fuentes naturales, lo que materializa este nuevo principio del CA22. Sucintamente, estos son:

- **Prohibición de otorgamiento de DAA o extracciones en fuentes asociadas a ecosistemas frágiles:** Se prohíbe el otorgamiento de DAA en glaciares, sin distinguir área geográfica o tipología de los mismos, por lo que es una prohibición de carácter general (artículo 5 in 5), por lo tanto la definición de glaciar y el inventario de los mismos toma especial relevancia. En aguas subterráneas, se refuerza la prohibición de nuevas extracciones de acuíferos que alimenten vegas, pajonales y bofedales de las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo (artículo 63 in3), agregando dos regiones a la prohibición, las de Atacama y Coquimbo. Asimismo, se prohíben nuevas extracciones de acuíferos que alimenten humedales declarados por el Ministerio de Medio Ambiente como ecosistemas amenazados, degradados, sitios prioritarios de conservación o humedales urbanos. (artículo 63 in 4). Finalmente, se prohíbe el drenaje de turberas existentes en Chiloé, Aysén y Magallanes, salvo para obras acotadas de conectividad via y con calificación ambiental favorable que asegure la mantención de dichos sistemas ecológicos (artículo 47 in 2).
- **Restricción al otorgamiento y ejercicio de DAA en áreas protegidas:** En conformidad con lo dispuesto por la Convención de Washington, se prohíbe el otorgamiento de DAA en áreas declaradas bajo protección oficial para la conservación de la biodiversidad, como parques nacionales, reservas de regiones vírgenes, santuario de la naturaleza, y humedales de importancia internacional. Excepcionalmente se podrían otorgar DAA, misma limitación a la que sujetan los DAA existentes, cuyo ejercicio sólo se permite para actividades compatibles con la conservación del área. Adicionalmente, si existe actividad turística se permite el otorgamiento de

DAA a la Corporación Nacional Forestal (CONAF)²⁰ para su uso en el área respectiva (artículo 129 bis 2 in 3, 4 y 5).

- **Modalidad de usos no extractivos o *in situ*:** Hasta ahora, la no extracción de aguas asociadas a un DAA, aún cuando éste fuera de tipo no consuntivo, implicaba la carga para el titular de pagar la patente por no uso, la que busca incentivar el uso efectivo de las aguas a través de la construcción de obras que permitan un aprovechamiento útil de ellas. Esta situación generaba un desincentivo a la tenencia de DAA para fines de conservación o usos dentro del cauce, como los de tipo turístico o recreacional. El artículo 129 bis 1A crea la modalidad de DAA no extractivos o *in situ* para fines de conservación, turísticos, recreativos o deportivos, la que puede asociarse a DAA existentes o por otorgar. El efecto de esta modalidad específica es que exime del pago de la patente por no uso, mientras se mantenga la destinación *in situ*, la que debe quedar registrada en la inscripción del respectivo DAA y no puede modificarse sin autorización de la DGA.
- **Reservas de caudal para función de preservación ecosistémica:** El artículo 5 ter in 1 incluye los fines de preservación como justificación para que la autoridad establezca reservas de aguas; respecto de ellas, no se especifica si pueden constituirse DAA, o si el efecto de las reservas es mantener dichos caudales dentro de la fuente, sin intervención. Sería coherente que pudiesen otorgarse DAA de usos no extractivos o *in situ* sobre estos volúmenes reservados, en la medida que se mantenga y cumpla con la finalidad de preservación.
- **Ampliación de aplicabilidad del caudal ecológico mínimo:** Hasta ahora, la figura del caudal ecológico mínimo introducido formalmente en el Código con la reforma del año 2005, tenía una aplicación limitada a los DAA en los que se incluía esta limitación en su acto de otorgamiento, no pudiendo aplicarse a DAA existentes previos a esa fecha que no lo contemplaran expresamente en sus títulos, lo que en la práctica reducía bastante su alcance para mantener caudales mínimos en aguas superficiales. A partir de ahora, además de establecer esta limitación al ejercicio en todo DAA nuevo que otorgue, la DGA puede establecerlo respecto de los DAA existentes en áreas bajo protección oficial para biodiversidad, como las áreas protegidas

20 Debe observarse que la administración de las áreas protegidas debería pasar al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, cuya creación se está tramitando en el proyecto de ley Boletín 9404-12, por lo que esta disposición debería entenderse referida al servicio público que tenga esa función.

y humedales de importancia internacional²¹. Por otro lado, fuera de estas áreas podrá imponer un caudal ecológico mínimo al autorizar el traslado del ejercicio de DAA en aguas superficiales. Este instrumento se distingue del caudal ambiental que la DGA puede proponer en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos respecto de obras mayores, el que puede ser superior al caudal ecológico mínimo (artículo 129 bis 1).

- **Sustentabilidad en aguas subterráneas:** Se introduce el concepto de “sustentabilidad acuífera” como parte de los objetivos de interés público sobre las aguas (artículo 5). Este concepto es utilizado en la normativa de aguas subterráneas, estableciendo el artículo 59 que las normas generales que se dicten “*deberán tener un interés principal en lograr el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos subterráneos*”. A su vez, el artículo 62 otorga la potestad a la DGA de limitar el ejercicio de DAA sobre aguas subterráneas si su explotación afecta la sustentabilidad del acuífero, situación que se produciría cuando “con el volumen de extracción actual se produce un descenso sostenido o abrupto en sus niveles freáticos.”

5. Información y registros: consolidación de inscripciones de DAA y medición de extracciones

Disponer de información completa, confiable y de buena calidad es condición esencial para poder realizar una adecuada y eficiente gestión de recursos hídricos, sea a nivel público o privado. Sin ella la toma de decisiones se hace extremadamente difícil y puede producir resultados inesperados y a veces desastrosos. Una de las debilidades de nuestro sistema es la falta de unificación de registros de los DAA. Por razones más bien históricas, existe una proporción no menor de derechos y usos sobre el agua en nuestro país que no constan en los Conservadores de Bienes Raíces (CBR); y la mayoría de los DAA, a pesar de que sí están inscritos en dichos Registros de Propiedad de Aguas, no están registrados en el Catastro Público de Aguas (CPA) que lleva la DGA²². En suma, la autoridad no tiene una base confiable para determinar cuantos DAA existen, donde están y sus volúmenes autorizados; difícilmente podría hacerse una redistribución o fiscalizar sin esa información.

En este ámbito, se requiere avanzar en dos sentidos. Por una parte, es necesario contar con toda la información disponible, recabada tanto por la autoridad

21 De acuerdo a la Convención Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional, suscrita por Chile en 1981.

22 Banco Mundial, CHILE. Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos, 2013.

como por los usuarios respecto de las fuentes naturales, infraestructura, DAA y extracciones, accesible, que permita consolidar la información sobre los recursos hídricos en las diferentes cuencas. Por otra parte, dado el carácter dinámico de esta información es imperativo establecer una política de recolección y manejo de datos sólido, mediante un sistema que soporte código abierto que permita el desarrollo de protocolos de interconexión de datos respecto de los sistemas que generan información sobre recursos hídricos²³.

Si bien se realizaron ciertas reformas para fortalecer ese rol de la autoridad, siendo la más relevante la Ley 21.064 publicada en enero de 2018, que estableció la obligación a todos los titulares de DAA de medir e informar los caudales extraídos y estableció un procedimiento sancionatorio relacionado a ese y otros incumplimientos en el ejercicio de los DAA, los cambios que se logran con el CA22 son muy relevantes. Tanto, que podríamos afirmar que permitirá catalizar un cambio de paradigma con la información como eje estructural de nuestro sistema de aguas.

Los principales cambios que incorpora el CA22 en el sistema de información de recursos hídricos se pueden agrupar de la siguiente manera:

- **Obligación de registro conservatorio y catastral de los DAA:** A partir de la entrada en vigencia del CA22, toda resolución o sentencia que constituya o reconozca un DAA, que no cuente con su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del CBR respectivo, tiene un plazo perentorio de 18 meses para hacerlo, bajo el apercibimiento de caducidad de pleno derecho. En el mismo plazo deben inscribirse en el CPA todos los derechos inscritos en el CBR, bajo apercibimiento de multa (art. 2° Transitorio²⁴). El objetivo a largo plazo, es que los DAA registrados en el CBR sean los mismos que estén registrados en el CPA.
- **Límites a la transferibilidad de DAA no inscritos:** Cabe destacar la eliminación de la palabra “inscrito” en el artículo 117, que establecía que *“la tradición de los derechos de aprovechamiento inscritos se efectuará por la inscripción del título en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces.”*, pues se permitía indirectamente la tradición de los

23 Al respecto cabe mencionar por ejemplo la iniciativa de crear un “Sistema Nacional Unificado de Información Hídrica, que se constituya como plataforma de conocimiento transparente y accesible, con información estandarizada sobre el recurso hídrico”, propuesto en el proyecto de ley que se tramita en el Boletín 14.446-09, que crea la Subsecretaría de Recursos Hídricos en el Ministerio de Obras Públicas y una nueva institucionalidad nacional de recursos hídricos, y modifica los cuerpos legales que indica.

24 Cabe señalar que la norma contempla excepciones respecto de la sanción de caducidad y multa para algunos usuarios, y extensiones de plazo para los pequeños productores agrícolas.

derechos “no inscritos”. Por otra parte, a partir del 6 de abril de 2027, los CBR no podrán realizar la inscripción de una transferencia de DAA, sin contar con la anotación marginal de su correspondiente inscripción en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas del CPA al que se refiere el artículo 122 (art. 15 Transitorio).

- **Obligación de inscribir nuevos DAA pasa a la autoridad:** El nuevo artículo 150, introduce dos cambios procedimentales importantes: primero, se elimina el requisito de la reducción a escritura pública de la resolución reemplazándolo sólo con una copia autorizada del acto administrativo, lo cual simplifica los trámites para realizarla. Luego, establece que será deber de la DGA, con los fondos que aporte el interesado, solicitar la inscripción de la resolución que constituye el DAA, tanto en el CBR correspondiente como en el CPA, eliminando de esta manera el riesgo derivado de estas cargas respecto del titular del DAA y automatizando dicho registro. Queda pendiente la necesaria actualización del Reglamento del CPA para ajustarlo a estas normas, y hacer más expedita la obligación de informar que tienen los CBR.
- **Plazo de término de regularizaciones de usos consuetudinarios:** El CA22 con el objeto de consolidar la información no sólo pone fin a la posibilidad de regularizar derechos de uso inmemorial otorgando un plazo perentorio de 5 años para hacerlo (art 1° Transitorio), sino que además modifica los principales procedimientos con dicho objeto. Al procedimiento de regularización por el art. 2° Transitorio del Código de Aguas, se introduce expresamente la posibilidad de sumar posesiones anteriores para los efectos de acreditar la antigüedad en el uso ininterrumpido; y se elimina la fase judicial del procedimiento, quedando la DGA facultada para reconocer los derechos de aprovechamiento directamente sin esperar una sentencia judicial que lo declare, sin perjuicio de la facultad del interesado de recurrir a los tribunales de justicia en caso de una resolución desfavorable. En el caso de regularización por el art. 5° Transitorio del Código de Aguas, también fue modificado, estableciendo que es un procedimiento que debe tramitarse ante la DGA quien solicita el informe al Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), a diferencia de lo que ocurría antes donde el procedimiento se realizaba sin intervención de la DGA. Ahora incluso la DGA puede prescindir del informe del SAG, pues dicho informe no tendrá carácter de vinculante.
- **Respecto de la información sobre la cantidad y calidad de las aguas:** El CA22 refuerza la necesidad de contar con buena información desde un

punto de vista de la medición del recurso, estableciendo la obligación a la autoridad de publicar la información recabada *“de manera de facilitar el acceso a ésta y su comprensión”* (art. 299 quater).

- **Deber de informar aguas halladas en labores mineras:** El CA22, incorpora un cambio radical para las aguas del minero, facultad de los concesionarios mineros que fue cuestionada durante la discusión del proyecto de ley. En cuanto a la medición de extracciones se establece que dentro de un plazo de 15 meses, todos los titulares de pertenencias y concesiones mineras de exploración que estuvieren utilizando aguas halladas en virtud de sus labores mineras, deben informar a la DGA (art. 8 Transitorio). Y en lo sucesivo, estos concesionarios tienen el deber de informar a la DGA dentro de los 90 días desde su hallazgo, debiendo *“indicar su ubicación y volumen por unidad de tiempo y las actividades que justifican dicha necesidad”* e informar en el caso de existir aguas sobrantes. Cobra especial relevancia destacar la facultad que asume la DGA, ya que en base a la información recabada respecto de las aguas halladas en futuras faenas, *“en caso que se verifique una grave afectación de los acuíferos o a los derechos de terceros a consecuencia de estos aprovechamientos, la Dirección General de Aguas limitará su uso.”* (art. 56 bis inc. 2). Respecto de las aguas halladas que ya están en uso antes de la entrada en vigencia del CA22, el art. 8° Transitorio señala además que *“Estos usos no podrán afectar la sustentabilidad de los acuíferos, y en caso que se verifique una grave afectación del acuífero a consecuencia de estos aprovechamientos, la Dirección General de Aguas podrá limitar fundadamente su uso.”*

6. Reflexiones finales

Como manifestamos al comienzo, la entidad y cantidad de los cambios introducidos por esta reforma ya dan cuenta de una nueva etapa de la regulación de las aguas en Chile. Pero no es sólo eso. A partir de la Ley N° 21.435 debe entenderse que tenemos un nuevo Código de Aguas, porque introduce nuevos principios rectores o directrices al sistema que había regido las últimas décadas. Hablamos de nuevos ejes porque hay desde conceptos nuevos, como la multifuncionalidad, los usos in situ, o la sustentabilidad, que no estaban en nuestra legislación y que vienen a complementar los usos tradicionales; y hay otros principios que se reintroducen, como la priorización del consumo humano o la caducidad por no uso efectivo, que conjuntamente vienen a instaurar una nueva dirección en la materia.

Podríamos decir que este es un Código que busca integrar el sistema de DAA, institución de larga data y tradición en nuestro país, con nuevos instrumentos que posibilitan la intervención de la autoridad en pos del interés público asociado al uso y protección de las fuentes naturales.

Es importante decir que lo expuesto es hasta ahora una aspiración, ya que el desafío de implementación de este nuevo sistema es enorme, en múltiples frentes y responsabilidad de muchos actores. Sin duda, la principal recae en la autoridad, que después de esta reforma requiere ya urgentemente un cambio en su jerarquía, recursos y atribuciones, para tener una institucionalidad pública que pueda hacerse cargo de todas las tareas que el CA22 le encomienda. Por otro lado, la autoridad (la DGA o la que sea que se cree) requerirá la colaboración y diálogo fluido con los usuarios, titulares de DAA que verán fuertemente modificado el escenario hasta ahora conocido. Finalmente, debe pedirse a la sociedad civil, a todas las personas y especialmente a aquellas organizaciones que representan determinados intereses o usos distintos de los titulares de DAA, que al participar de esta nueva etapa, contribuyan con la acción que cada uno puede realizar en sus actividades a cuidar el uso de las aguas, con la comprensión que estos cambios requerirán tiempo, recursos y sobretodo buena voluntad entre todos los que intervienen en ellos.