

Report No: ACS14084

Republic of Chile

CL RAS Strengthening the legal framework for IWRM

June 22, 2015

GWADR
LATIN AMERICA AND CARIBBEAN



Standard Disclaimer:

This volume is a product of the staff of the International Bank for Reconstruction and Development/ The World Bank. The findings, interpretations, and conclusions expressed in this paper do not necessarily reflect the views of the Executive Directors of The World Bank or the governments they represent. The World Bank does not guarantee the accuracy of the data included in this work. The boundaries, colors, denominations, and other information shown on any map in this work do not imply any judgment on the part of The World Bank concerning the legal status of any territory or the endorsement or acceptance of such boundaries.

Copyright Statement:

The material in this publication is copyrighted. Copying and/or transmitting portions or all of this work without permission may be a violation of applicable law. The International Bank for Reconstruction and Development/ The World Bank encourages dissemination of its work and will normally grant permission to reproduce portions of the work promptly.

For permission to photocopy or reprint any part of this work, please send a request with complete information to the Copyright Clearance Center, Inc., 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923, USA, telephone 978-750-8400, fax 978-750-4470, <http://www.copyright.com/>.

All other queries on rights and licenses, including subsidiary rights, should be addressed to the Office of the Publisher, The World Bank, 1818 H Street NW, Washington, DC 20433, USA, fax 202-522-2422, e-mail pubrights@worldbank.org.

**Documento del
Banco Mundial**

CHILE

**Marco Legal para la Gestión de los Recursos Hídricos
Evaluación de sus Limitaciones y Recomendaciones para su Mejora**

Junio de 2015

Práctica del Agua
Región para América Latina y el Caribe

ABREVIATURAS

CA	Código de Aguas
CASEN	Caracterización Socioeconómica Nacional
CBR	Conservadores de Bienes Raíces
CESC	Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana
CNE	Comisión Nacional de Energía
CNR	Comisión Nacional de Riego
COCHILCO	Comisión Chilena de Cobre
CODELCO	Corporación Nacional del Cobre
CONAF	Corporación Nacional Forestal
CONAMA	Comisión Nacional del Medio Ambiente
CONADI	Corporación nacional de Desarrollo Indígena
COREMA	Comisión Regional del Medio Ambiente
CPA	Catastro Público de Aguas
DIA	Declaración de Impacto Ambiental
DAA	Derechos de Aprovechamiento de Aguas
DGA	Dirección General de Aguas
DS	Decreto Supremo
DIRECTEMAR	Dirección Nacional de Territorio Marítimo y Marina Mercante
DOH	Dirección de Obras Hidráulicas
EIA	Evaluación de Impacto Ambiental
GRH	Gestión de los Recursos Hídricos
INDAP	Instituto de Desarrollo Agropecuario
INE	Instituto Nacional de Estadística
JdV	Juntas de Vigilancia
ME	Ministerio de Energía
MinAgri	Ministerio de Agricultura
MinSal	Ministerio de Salud
MM	Ministerio de Minas
MMA	Ministerio de Medio Ambiente
MOP	Ministerio de Obras Públicas
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PIB	Producto Interno Bruto
RCA	Resolución de Calificación Ambiental
Riles	Residuos Industriales Líquidos
RPA	Registro de Propiedad de Aguas
RM	Región Metropolitana
RPDAA	Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Agua
SAG	Servicio Agrícola Ganadero
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SMA	Superintendencia del Medio Ambiente

SISS	Superintendencia de Servicios Sanitarios
SP	Sector Privado y/o Mercado
SS	Servicios Sanitarios
SUBPESCA	Subsecretaría de Pesca

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
RESUMEN EJECUTIVO.....	2
1. INTRODUCCIÓN.....	8
2. PROPIEDAD Y TUTELA PÚBLICA DEL AGUA: CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DEL REGIMEN DEL CODIGO DE AGUAS	14
3. NECESIDAD DE REFORMAR EL REGIMEN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUA.....	31
5. NECESIDAD DE HACER MÁS EFECTIVA LA PARTICIPACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS EN LA GESTIÓN DEL AGUA	43
6. NECESIDAD DE PROMOVER LA GESTIÓN INTEGRADA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS A NIVEL DE CUENCA.....	55
7. NECESIDAD DE FORTALECER LA FUNCIÓN DE FISCALIZACIÓN DEL ESTADO	67
8. NECESIDAD DE REGULARIZACIÓN Y REGISTRO DE DERECHOS DE AGUA.	75
9. NECESIDAD DE MEJORAR LA INFORMACIÓN PARA LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS	84
10. NECESIDAD DE ASEGURAR LA GESTIÓN SOSTENIBLE DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.....	88
11. NECESIDAD DE ASEGURA LA GESTIÓN DE LA CALIDAD DEL AGUA	92
12. NECESIDAD DE RACIONALIZAR EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA HIDRÁULICA Y CONTROLAR LA SEGURIDAD DE LAS PRESAS.....	98
13. NECESIDAD DE PROMOVER LA EFICIENCIA DE USO Y CULTURA DEL AGUA.....	104
14. NECESIDAD DE FORTALECER LA PROTECCIÓN DE GRUPOS VULNERABLES. USOS Y DERECHOS INDÍGENAS Y CONSUECUDINARIOS Y DEMANDAS AMBIENTALES	108
15. NECESIDAD DE FORTALECER EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL AGUA	111
16. CONCLUSIONES.....	116
BIBLIOGRAFÍA.....	120

RESUMEN EJECUTIVO

El agua es crucial para el desarrollo económico de Chile, como lo es la estabilidad de las inversiones realizadas para desarrollar este recurso productivo esencial para la agricultura, minería, generación hidroeléctrica, piscicultura, productos forestales y obviamente en la provisión de servicios críticos como el abastecimiento a las poblaciones en ámbito rural y urbano.

La crisis desatada por la gran sequía que afecta Chile desde 2010, durante la cual se han registrado los valores más bajos de precipitación y escurrimiento observados en los últimos 50 años, asociada al incremento de la variabilidad y probable cambio permanente de las condiciones hidrometeorológicas, ha reducido sin duda las disponibilidades de agua superficial y disparado la sobreexplotación del agua subterránea poniendo en riesgo las disponibilidades del recurso en cantidad y calidad en forma más acuciante desde la Región Metropolitana al Norte, donde se radican el grueso de la población y de las actividades económicas. Esta situación ha profundizado el consenso sobre la necesidad de introducir reformas profundas en la forma en que se gestiona el agua que tocan la estructura legal e institucional vigente.

Esta es no es una preocupación nueva en Chile. La experiencia vivida en la implementación del Código de Aguas de 1981 abrió ya a principios de la década del noventa un amplio debate técnico y político sobre la necesidad de corregir problemas relacionados con la concentración especulativa de derechos de aprovechamiento sin obligación de uso, la falta de registro y seguridad hídrica de derechos otorgados por encima de las disponibilidades y que se transan en el mercado por su valor nominal y no por el caudal real disponible. Problemas estos exacerbados por las fuertes limitaciones de la capacidad legal y administrativa de la autoridad encargada de la fiscalización de servicios hídricos que en Chile están en gran medida en manos del sector privado. Ese proceso se cerró, luego de trece años de debate parlamentario, con acuerdos en torno a una importante reforma a la ley aprobada en 2005 que en su implementación cubrió solo parcialmente las necesidades detectadas.

En 2011 el Banco Mundial realiza un Diagnóstico de los Recursos Hídricos a pedido del Gobierno de Chile que señaló claramente la necesidad de introducir reformas legales e institucionales. Las medidas de reforma allí planteadas han sido luego estudiadas en profundidad por otras instituciones nacionales e internacionales como la OECD¹.

El Gobierno de Chile publicó en 2012 la Estrategia Nacional de los Recursos Hídricos² que propuso avanzar a hacia una gestión integrada del agua a nivel de cuenca, fortaleciendo a las organizaciones de usuarios, aumentando la capacidad de fiscalización y regulación de la autoridad de agua, mejorando el control de la sobreexplotación de los recursos subterráneos y proponiendo avanzar en el ordenamiento de los derechos de aprovechamiento, entre otras medidas.

¹ OCDE (2012), Gobernabilidad del Agua en América Latina y el Caribe: Un enfoque multinivel, Editions OCDE

² Estrategia Nacional de los Recursos Hídricos, 2012-2025, Ministerio de Obras Públicas de Chile, 2012 (http://www.mop.cl/Documents/ENRH_2013_OK.pdf)

El Banco Mundial desde 2012 ha estudiado en forma conjunta con el Gobierno de Chile propuestas de fortalecimiento del marco institucional para la gestión del agua recogidos reportes que han informado el debate técnico y parlamentario. Dichos informes recomiendan acciones de mejora institucional progresivas de distinto nivel muchas de las cuales requieren cambios en el marco legal.

La magnitud de los desafíos de mejora de la gestión del agua replantea la pregunta sobre los impedimentos que el marco legal actual impone a las mismas. Con ese objetivo el Gobierno de Chile le solicitó al Banco la realización de un mapeo exhaustivo de las medidas de reforma legal que serían necesarias para implementar las mejoras al sistema de gestión del agua propuestas apoyadas en una revisión de como los desafíos que enfrenta Chile han sido resueltos por países con sistemas y condiciones similares. El desarrollo del estudio incluyó talleres de consulta con expertos internacionales en noviembre de 2014 y en marzo de 2015 que han contribuido de manera sustantiva a la identificación de medidas de mejora.

Al mismo tiempo, el Poder Ejecutivo ha impulsado un proyecto de reforma del Código de Aguas en avanzado estado de tratamiento en el Congreso de la República desde octubre de 2014 que incluye muchos aspectos que son analizados en este reporte. Adicionalmente la Política Nacional de los Recursos Hídricos aprobada en enero de 2015³ incorpora y profundiza muchas de las líneas de acción propuestas en los diagnósticos mencionados que incluyen: la adecuación del ordenamiento jurídico, la priorización del consumo humano, el establecimiento de la caducidad en casos de uso inadecuado de los DAA, reducción de la fragmentación institucional mediante la creación de una Subsecretaría del Agua, fortaleciendo el poder de fiscalización de la DGA y la mejora de los sistemas de información y planeación del agua en torno a principios de una gestión integrada y sustentable por cuenca.

La siguiente sección sintetiza los principales desafíos que enfrenta el Código de Aguas cuya modificación es claramente necesaria para alcanzar una gestión eficiente y sostenible del recurso hídrico en Chile. Posteriormente se resumen las propuestas de reforma legal que se detallan en las secciones del reporte.

Caracterización de los principales problemas del Código de Aguas.

Uno de los problemas más importantes del Código de Aguas (1981) vigente es que se usa para dar acceso al agua sin mayores condiciones y permitiendo en su momento la monopolización del recurso, siempre que se pague una patente, pues no hay caducidad por no uso, y tolera la transferencia de externalidades, vía el traspaso de derechos nominales, en perjuicio de usos existentes y del ambiente.

Otro problema del marco legal actual es que le otorga a la Dirección General de Aguas muy limitadas atribuciones de fiscalización y de regulación sobre las actividades vinculadas a la gestión de los recursos hídricos. Los derechos son perpetuos y gratuitos, y la información sobre la disponibilidad de los recursos hídricos, su uso y su vínculo con los derechos de aprovechamiento otorgados es incompleta. Este último problema se agrava pues diferentes autoridades judiciales y

³ Política Nacional para los Recursos Hídricos, Ministerio de Interior y Seguridad Pública, 2015 (http://www.interior.gob.cl/media/2015/04/recursos_hidricos.pdf)

administrativas pueden reconocer derechos, sin coordinación alguna, generando graves incertidumbres sobre la disponibilidad real de los recursos hídricos.

Las aguas de las diferentes cuencas chilenas se reciclan y reúsan como caudales de retorno. Sin embargo, a diferencia de las mejores prácticas internacionales, en Chile los usos que dependen de estos caudales de retorno pueden ser eliminados, cualquiera sea su antigüedad, por transferencias que hagan los propietarios aguas arriba en las cuencas.

Un problema adicional es que las responsabilidades sobre el control de la contaminación están institucionalmente muy dispersas, sobre todo en las tareas de fiscalización. Una consecuencia importante de esto es el retraso en el dictado de normas de secundarias de calidad y de normas efectivas de responsabilidad objetiva y solidaria de los causantes de los daños que genera la contaminación del agua.

Un punto adicional es que las funciones de las organizaciones de usuarios no cubren las necesidades de la economía del agua lo que deja vacíos de autoridad, y la Dirección General de Aguas carece de poderes suficientes para controlar resultados y conducta de sus autoridades.

A lo expuesto anteriormente se suma la falta de planes y programas de acción de cumplimiento obligatorio, que instrumenten los lineamientos de política y estrategia nacional hídrica. La falta de mecanismos formales de planificación que incluyan instancias de concertación de intereses a nivel de cuencas requiere políticas activas de promoción de la participación y de una cultura nacional del agua. Como los conflictos son manejados vía asociaciones de usuarios y la judicatura, se carece de una instancia administrativa compulsiva que ofrezca alternativas de solución eficaces a los usuarios de menores recursos.

Finalmente, el presente marco legal tampoco considera los múltiples beneficios del agua en el desarrollo socioeconómico del país, ni su papel en la satisfacción de necesidades básicas, ni el resguardo de sus funciones ambientales, ni su rol en la cultura y vida de pueblos autóctonos.

Reformas sugeridas

Dado que el agua en Chile, como en cualquier otro país miembro de la OCDE, es un bien nacional de uso público, con un régimen legal propio y, distinto al de la propiedad privada, es constitucional, procedente y necesario, respecto de derechos existentes, establecer condiciones de caducidad a futuro, regulaciones de mercados para prevenir daños a terceros, cobros por el costo de administración y los servicios que se prestan por el estado y regulaciones destinadas a asegurar la sostenibilidad de los recursos en cuanto que patrimonio ambiental de Chile. Como se demuestra en este documento, estas medidas son constitucionales (Sección 2)

Se necesita revisar la legislación, para requerir el uso efectivo de los derechos de agua so pena de caducidad, proteger los usos existentes, y limitar las transferencias de derechos a caudales efectivamente utilizados y consumidos. Los derechos deben ser ajustados al uso histórico beneficioso. La regulación de los mercados de agua debe, además considerar los efectos ambientales y sociales de las transferencias. Los derechos de agua solo pueden emanar de una

sola autoridad, la DGA. Estas medidas propuestas en este aspecto son constitucionales. (Sección 3)

Más allá de las *reformas legales estructurales de los derechos y usos del agua* brevemente mencionadas, es necesario asegurar la gestión integral del recurso, a través de *medidas administrativas y regulatorias* fortaleciendo el rol del Estado, estableciendo la tutela pública irrenunciable, garantizando el derecho de acceso de las personas al agua para sus necesidades básicas, resguardando funciones ambientales y usos consuetudinarios, promoviendo una cultura del agua, obligando a controlar y no producir externalidades. (Sección 4)

Se necesita extender las funciones de las Organizaciones de Usuarios del Agua (OUA) al control del agua en cantidad y calidad reduciendo los riesgos de contaminación, asegurar transparencia en su gestión y rendición de cuentas, promover la participación efectiva de sus miembros en la toma de decisiones y su auditoria y seguimiento. Además se sugieren medidas para un control público por parte de la DGA más efectivo. Se sugiere la incorporación de usuarios no consuntivos, con sistemas de voto balanceados, y la obligación de participación de usuarios de aguas subterráneas, asegurando la sostenibilidad de los acuíferos. (Sección 5)

Se propone crear consejos de recursos hídricos de cuencas como instancia de participación y concertación en un proceso efectivo de planificación, con personalidad jurídica propia, a ser creados en función de necesidad de cada cuenca. Dichos Consejos deberán contar con una participación equilibrada del estado y de sectores de interés. Se sugiere además que la Autoridad competente actúe de oficio para asegurar la sostenibilidad de aguas subterráneas conforme el plan director de la cuenca. Para disminuir los conflictos, las interferencias y los perjuicios a usos existentes se proponen reconocer y confirmar legalmente los usos de los propietarios que hayan usado aguas de derrames, mediante derechos firmes y formalizados. (Sección 6).

La fiscalización del uso racional del agua en Chile es muy limitada. Se recomienda la extensión de la misma, por parte de DGA, a las aguas subterráneas, a las detenidas, y a los puntos de captación, con actuaciones de oficio, y no solo a requerimientos de parte. Se sugiere acreditar fiscalizadores de DGA que puedan inspeccionar en propiedades privada para prevenir e impedir el uso clandestino de aguas y otras prácticas que afecten la sostenibilidad del recurso, con el auxilio de la fuerza pública si es necesario. Se recomienda también establecer obligaciones de provisión de información por parte de usuarios y terceros. (Sección 7).

Se propone que los derechos de aguas no registrados estén sujetos a caducidad, y que las regularizaciones de derechos solo puedan ser llevadas a cabo por la Autoridad de Aguas. También se sugiere reforzar las obligaciones de información de los Conservadores de Bienes Raíces bajo apercibimiento de sanción. Se ha sugerido también consolidar los sistemas de regularización y reconocimiento en la DGA y la revisión de la reglamentación y funcionamiento del Catastro Público de Aguas (Sección 8). Todas estas medidas son constitucionales

Se sugiere fortalecer el Sistema Nacional de Información sobre Recursos Hídricos gestionado por la DGA, para que cuente con la participación de otras instituciones e incluya obligaciones y responsabilidades para el suministro de información sobre los recursos hídricos. Aclarando

también en el nuevo marco legal que la única información con validez legal es la que consagra el Catastro Público del Agua que gestiona la DGA (Sección 9).

Los controles de aguas subterráneas deberían permitir la actuación de oficio de DGA, con la posibilidad de controlar explotaciones en forma directa, normar la construcción de perforaciones y de las empresas habilitadas para construir obras de extracción, promover la constitución de asociaciones de usuarios de aguas subterráneas y de prácticas de uso conjunto con aguas superficiales y la prohibición de convertir derechos provisionales en permanentes. (Sección 10).

El monitoreo de calidad de aguas y el control de la contaminación hídrica debe concentrarse en la DGA que tiene la presencia territorial, capacidad técnica y de fiscalización, resolviendo los vacíos institucionales y las superposiciones normativas funciones críticas relacionadas con protección de la calidad del agua. Se sugiere que se acelere el establecimiento de normas de calidad de cuerpos receptores y emisiones que permitan el resguardo de calidad, diagnósticos de calidad y, en forma prioritaria, el monitoreo, el manejo de datos y fiscalización, previendo mecanismos del financiamiento de estas funciones críticas. (Sección 11).

En materia de infraestructura hidráulica es necesaria una metodología estándar para la planeación de obras hidráulicas que responda a las necesidades de los diferentes actores de la cuenca tomando en cuenta el impacto conjunto de los proyectos propuestos en los recursos hídricos de la cuenca. También se necesita mejorar la inspección y aprobación de obras hidráulicas construidas por el sector público.

Las presas requieren el desarrollo de una institucionalidad específica que con altos niveles de profesionalismo e independencia establezca y exija el cumplimiento de planes de monitoreo y control de la seguridad las obras de embalse, tanto públicas como privadas, (incluidos tranques de relave), acordes con el nivel de riesgo hidrometeorológico y sísmico de Chile, con cargo a los propietarios y operadores de las presas, y en seguimiento estricto de las normas internacionales en la materia. Se requieren catastros de las obras de regulación y derivación de aguas en cauces públicas, evaluaciones periódicas del riesgo, y establecimiento de planes de contingencia con una clara definición de responsabilidades frente a situaciones de emergencia. (Sección 12).

La política de mejora de la eficiencia del uso del agua, que ha producido grandes avances en la mejora a nivel individual parcelario, debe atender también a mejoras necesarias en materia de eficiencia global de sistemas. Este enfoque debe incluir la evaluación del impacto de los subsidios a la modernización del riego, en la sostenibilidad del recurso base y de explotaciones realizadas por terceros. Tanto en uno como en otro caso, hay pérdidas netas no contabilizadas. Es necesario un mayor involucramiento de las organizaciones de usuarios en prácticas de mejora de eficiencia. En agua potable se promueve la eficiencia de cada cliente individual de las empresas, pero estas tienen pérdidas, no controladas y desperdicio de aguas en las redes de distribución. (Sección 13.1).

Se debe promover activamente cultura del agua. La autoridad debería contar con las capacidades y recursos para diseñar e impulsar valores, conocimiento, tradiciones y mecanismos de participación social en cuestiones relativas al uso del agua. Dicha actividad debe articularse en programas de promoción de la cultura del agua a implementarse en las distintas jurisdicciones y sectores de la actividad económica que dependen del uso del agua. (Sección 13.2).

Si bien hay fallos judiciales y normativa que protegen usos consuetudinarios, esta protección se debería extender a todas las etnias, y no limitarse a grupos en el Norte y Atacama. (Sección 14.1).

La expansión de los pasivos ambientales debería ser controlada, y la protección ambiental del agua consolidada con la de calidad en la DGA, requiriendo siempre la consideración de caudales ecológicos, y pautas para planificación adaptativa. (Sección 14.2).

Chile ha realizado esfuerzos presupuestarios muy importantes subsidiando al agua y su uso agrícola, los que en algunos casos han tenido efectos ambientales contrapuestos pero no ha podido generar un sistema de cobros por el agua, ni como mecanismos de financiación que actúen como incentivos para el manejo de la demanda. Esto afecta el rendimiento del sector, por falta de recursos, y la capacidad de influenciar conductas. Legalmente no hay obstáculos a cobros por servicios efectivos de administración en beneficio de los usuarios. Pero es necesario diseñar un sistema para que estos recursos permanezcan en el sector recursos hídricos para su gestión y manejo. El cobro por servicios de administración pública del agua y sus derechos no requiere modificaciones constitucionales. (Sección 15).

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Antecedentes y Agradecimientos

1. El Gobierno de Chile, a través de la Dirección General de Aguas (DGA) del Ministerio de Obras Públicas (MOP) y con el apoyo del programa de estudios compartidos de la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, solicitó la colaboración técnica del Banco Mundial para apoyar en la identificación de mejoras al marco legal vigente en materia de aguas. Este apoyo está previsto en tres etapas: el análisis del marco legal para la gestión de los recursos hídricos, el análisis de la experiencia internacional sobre reformas legales en materia de aguas y finalmente la emisión de recomendaciones para la mejora del marco legal en materia de aguas en Chile.

2. El trabajo desarrollado entre julio del 2014 y abril de 2015 contó con la participación de los siguientes especialistas, en orden alfabético: Fernando Atria, Fernando Valdés, Héctor Alexander Serrano, Humberto Peña, Marie-Laure Lajaunie y Miguel Solanes, con la coordinación de Javier Zuleta.

3. Con el objetivo de presentar los resultados del diagnóstico legal y analizar la experiencia internacional en materia de marcos legales para la gestión de los recursos hídricos, se celebró el 12, 13 y 14 de noviembre de 2014, el Taller de Trabajo: Nuevas tendencias en sistemas legales para la gestión de recursos hídricos. En este taller se contó con la participación de expertos de varios países: Antonio Embid Irujo (España), Charles Dumars (USA), Jacques Sironneau (Francia), Jennifer Mckay (Australia), José García Serrano (España), José Luis Álvarez (Argentina), Marie-Christine Bartrand (France), Líber Martín (Argentina) y Tim Goodes (Australia).

4. Los autores agradecen la excelente cooperación recibida de las autoridades chilenas, en particular el apoyo del Ministro de Obras Públicas Alberto Undurraga y al equipo de la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas (MOP) bajo la conducción de Carlos Estévez Valencia con la participación de Luis Huerta, Fernando Canessa y Tatiana Celume. Es necesario destacar también la colaboración prestada por la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda en la persona de José Pablo Gómez Meza que facilitó la realización del estudio.

5. El presente informe presenta los resultados obtenidos durante la realización del estudio. El documento incluye los resultados del análisis del marco legal actual en materia de aguas y las propuestas de reforma.

1.2 Síntesis de la problemática y su contexto

Agua y Economía

6. El desarrollo económico de Chile ha intensificado el uso del agua. El mercado, la macroeconomía, y el éxito de las políticas sectoriales en minería, producción de frutas, madera, pulpa, salmón y vinos han incrementado el uso del agua-y el deterioro de su calidad, particularmente en las cuencas al norte de la Región Metropolitana de Santiago.

Cambio Climático

7. Chile enfrenta serios problemas relacionados con el cambio climático. Para 2010-2040, 2040-2070, 2070-2100 los modelos indican incrementos de temperatura para todo el país. Las precipitaciones disminuirán entre Coquimbo y Los Lagos. Para la región entre los ríos Limari y Cautín, la disminución en disponibilidad de agua variará entre el 25% y el 70%, al avanzar el siglo 21. Se tendrán que manejar los recursos hídricos en escenarios de escasez agravada. Las precipitaciones disminuirán: La Serena -20%, Valdivia-30%, Concepción -20%, con incrementos de temperatura.

8. En las zonas norte y centro, donde se radican el grueso de la población y las actividades económicas, la situación representa un futuro hídricamente limitado. Los recursos hídricos ya están usados a pleno, bajo derechos formales y consuetudinarios.

Institucionalidad deficiente

9. La situación institucional del agua en Chile en materia de gestión de recursos hídricos está retrasada con respecto a la magnitud del problema. Existe una fuerte fragmentación institucional en el país y no se cuenta con una institución con el rango institucional suficiente para coordinar las acciones de los diferentes actores públicos y privados entorno a la gestión del agua.

Derechos Sin Uso

10. El Código de Aguas de 1981 exigió que la Dirección de Aguas expidiera derechos sin justificar causa, ni uso, ni obligación de uso, ni costo para el requirente. Esto motivó una corrida a pedir derechos, encabezada por los sectores usuarios más sofisticados, entre los cuales se encuentra el eléctrico. El efecto fue tan drástico que anuló la competencia en generación, puesto que era rentable crear barreras de entrada a la competencia monopolizando derechos de generación, sin usarlos. La Comisión Antimonopolio de Chile requirió que no se entregaran más derechos de agua para generación hasta que la ley no fuera cambiada. En 2005 se cambió la ley. Se exigió justificar pedidos de derechos, se facultó a la DGA a entregar las cantidades de agua que se ajustaran a las necesidades, y se creó una patente por no uso. El impacto de esta patente no está pacíficamente acordado: mientras para algunos ha eliminado el problema, para otros solo ha tenido efectos relativos. El Gobierno actual de Chile ha presentado proyectos legales que incorporan la caducidad por no uso.

Derechos Informales no registrados ni formalizados

Los derechos incluyen los formalmente otorgados, a partir de 1981, y los usos existentes a 1981, sin mecanismos obligatorios para su formalización y registro. Esto, sumando a que los derechos de agua pueden ser reconocidos por distintas autoridades, incluidas las judiciales, sin coordinación, hace que la estimación de disponibilidad y demanda actual de agua sea sumamente incierta.

Usos consuetudinarios no protegidos

11. Un número importante de usuarios –estimado en 2/3 de los totales– utiliza aguas que son sobrantes de usos aguas arriba, que el usuario que los originó puede reclamar en cualquier momento, sea por mejoras en eficiencia, aumentos de superficie regada, o transferencia de derechos nominales, fuera de la zona de uso, sin recaudos vinculados al uso y consumos históricos, de subsecuentes usuarios.

12. Cuando esto sucede la seguridad hidráulica de los derechos en uso disminuye y se ve comprometida, por la disminución de los activos de agua en la cuenca o acuífero en que el uso original tenía lugar. Además se generan pérdidas económicas y conflictos sociales.

Mercados de agua sin controles de impactos a terceros ni al ambiente

13. Cuando hay escasez el mercado de aguas es crucial para la eficiencia económica y para el avance de la economía, pues de otra manera no hay insumos para que esta evolucione. Sin embargo la eficiencia no la garantiza un mercado no regulado. En la medida en que se afectan fuentes de agua y explotaciones de terceros hay costos no contabilizados de pérdida de capital natural y de eliminación de inversiones, que tampoco son compensadas. La regulación de transferencias de derechos no considera el tema de externalidades sobre el ambiente y terceros asociadas a las mismas, ni está sujeta a aprobación y verificación por parte del estado.

Aguas Subterráneas

14. Para las aguas subterráneas el problema se agrava, pues estas no son escasamente medidas, no existen asociaciones de usuarios con autocontrol en su uso, la sumatoria de usuarios, legales y clandestinos no tienen limitaciones de uso y perforaciones que operen en la práctica, y la DGA no tiene poderes suficientes para efectuar inspecciones, requerir información, emitir ordenes de cese y desistimiento, y auto-remediar las situaciones ilegales.

Contaminación

15. Se ha incrementado la contaminación difusa agroforestal y pecuaria, los pasivos mineros, la contaminación de costas, lagos, aguas subterráneas y estuarios, como consecuencia del incrementos de actividades y población, pero también a resultas de la disminución de caudales por extracción y por cambio climático.

Organizaciones de Usuarios

16. Las organizaciones de usuarios sub-invierten en detrimento de la infraestructura. Se han registrado casos de abuso, por grupos dominantes, sin que el estado tenga capacidad de control. Sus responsabilidades no incluyen el control de contaminación interna al sistema de distribución, ni el uso conjunto de aguas superficiales y subterráneas. Al no crearse de oficio donde no existen hay un vacío.

Limitaciones de la Dirección General de Aguas.

17. Operativamente se restringe, en la práctica, a cuestiones de cantidad. Sus funciones relativas a distribución y control de uso de aguas se circunscriben a periodos de tiempo acotados, en caso de sequías, o de falta de Junta de Vigilancia. Su autoridad y estatus administrativo es asimétrico respecto de ministerios y organismos sectoriales y de promoción de actividades que demandan agua, como el riego. Su autonomía es limitada, pues su director puede ser removido en forma arbitraria, no tiene fuentes de financiación independiente, su personal es escaso en relación a las funciones, su presencia local reducida, y sus frecuentes conflictos con los usuarios distraen aún más sus recursos de personal.

Manejo integrado de aguas, organización por cuencas, y participación de interesados.

18. La noción de manejo integrado de aguas se encuentra limitada por varios factores: la falta de integración entre calidad y cantidad de aguas, la prácticamente ausente administración de aguas subterráneas, la ausencia de planificación obligatoria y el hecho de que las juntas de vigilancia no operan en todas la cuencas, y donde operan su rol es limitado.

Manejo de Conflictos

19. El manejo de conflictos tampoco es óptimo. Las organizaciones de usuarios y los tribunales están a cargo de ellos. Las organizaciones de usuarios ahorran tiempo y recursos al estado, pero ni cubren todo el territorio ni incluyen todos los usuarios. Además su jurisdicción tiene ambigüedades que resultan en conflictos de intereses. Sus procedimientos deberían ser estandarizados para asegurar el derecho de defensa. En lo que hace a tribunales, su gestión es lenta y su experticia en aguas limitada. Sin embargo, es destacable que a partir de 1997 y de la reforma de 2005 hay un claro reconocimiento judicial de los elementos de interés público que hacen al manejo de aguas.

Fiscalización, Datos e información

20. Los sistemas de información de aguas están seriamente limitados. LA capacidad de inspeccionar y requerir información es sumamente restringida, lo mismo que las penalidades por información falsa. La debilidad de las regulaciones concernientes a registros y catastros de derechos disminuye su utilidad. El sistema administrativo y los sistemas registrales de registro y archivos no están homogeneizados. A esto se suma la debilidad del sistema de controles de calidad del estado ambiental de cursos de agua, lagos, y aguas subterráneas.

1.3 Retos para la gestión de los recursos hídricos en Chile y la necesidad de actualizar el marco legal

21. Desde 2010, el Banco Mundial ha apoyado al Gobierno de Chile en la identificación de los principales problemas vinculados a la gestión de los recursos hídricos (Banco Mundial 2011). A partir de 2012 este apoyo estuvo dirigido a apoyar la identificación de propuestas de mejora de gestión del agua analizadas en el “Estudio para el Mejoramiento del Marco Institucional para la Gestión del Agua (Banco Mundial 2013)” y en el “Plan para la Mejora del Marco Institucional del

Agua en Chile” (Banco Mundial 2014). Los principales desafíos de la gestión de los recursos hídricos en Chile, analizados en los informes del Banco Mundial mencionados y en el informe del Instituto de Ingenieros de 2011 se enumeran de manera sucinta como sigue:

- (a) Mantener la seguridad hidráulica de los DAA, y los usos efectivos existentes tomando en cuenta problemas de incertidumbre en los flujos de retorno, la falta de regulación de transacciones de mercado, la no sostenibilidad de calidades ambientales, del equilibrio de los acuíferos, afectados por intensificación y ampliación de explotaciones económicas del agua y por transferencias que redundan en una disminución proporcional de las disponibilidades para atender a los usos aguas abajo (Banco Mundial 2011).
- (b) Fortalecer OUs, en todos sus niveles, incluyendo las Juntas de Vigilancia (JdV) como organismos de usuarios clave para el mejoramiento de la gestión del recurso hídrico a nivel local. Sin embargo para que puedan cumplir plenamente sus funciones se requiere mejorar sus atribuciones y responsabilidades (Banco Mundial 2011 y 2013)
- (c) Proteger los recursos hídricos y su calidad en beneficio de los ecosistemas y los servicios asociados (Instituto de Ingenieros 2011; Banco Mundial 2011).
- (d) Proteger el acceso al agua de grupos vulnerables, incluyendo usos sobre la corriente y usos ancestrales (Banco Mundial 2011 y 2013).
- (e) Considerar el uso efectivo como una responsabilidad social y ambiental (Banco Mundial 2011).
- (f) Lograr una gestión socialmente sostenible del agua subterránea y hacer frente al incremento importante del uso del agua subterránea desde fines de los años 80 que ha llevado a la sobre explotación de algunos acuíferos en el país (Instituto de Ingenieros, 2011).
- (g) Mejorar los mercados del agua. Para abordar los problemas de gran dispersión de precios, altos costos de transacción y asimetría de información entre vendedores y compradores (Banco Mundial 2011).
- (h) Mejorar la gestión de cauces y el control de las crecidas y de las inundaciones urbanas. Un manejo más eficiente de los cauces naturales requiere ir más allá de la construcción de infraestructura de defensa (Instituto de Ingenieros 2011).
- (i) Mejorar la vigilancia de la seguridad de presas. (Banco Mundial 2013)
- (j) Lograr una gestión integrada de los recursos hídricos por cuenca. Buscar una mejor coordinación entre los sectores usuarios del agua, las diversas normativas e iniciativas existentes y los beneficiarios, tanto de proyectos como de programas, de una misma cuenca (Banco Mundial 2011 y 2013; Instituto de Ingenieros 2011 y ANDESS 2012).
- (k) Incorporar consideraciones de cambio climático en la gestión de los recursos hídricos, adaptando los mecanismos de gestión y de gobernabilidad de las aguas existentes a las nuevas condiciones climáticas para ayudar a reducir y/o mitigar la incertidumbre (ANDESS 2012).
- (l) Mejorar la obtención y acceso a información sobre el agua, el manejo de datos y generación del conocimiento de los recursos hídricos en general. (Instituto de Ingenieros 2011; Banco Mundial 2011 y 2013).

(m)Fortalecimiento de la institucionalidad del agua a nivel nacional, regional y local, fomentando una mejor coordinación entre los actores involucrados en la gestión del agua y el resto de organizaciones del GdC (Instituto de Ingenieros 2011; Banco Mundial 2011 y 2013).

22. Varios de estos retos se originan en las limitaciones y vacíos que existen en el marco legal vigente y en particular en las debilidades de las instituciones para ejercer el rol que le cabe al Estado en la gestión de los recursos hídricos.

23. El Código de Aguas de 1981, de acuerdo a los principios económicos en vigor en el país al momento de su promulgación, otorgó un rol muy limitado al Estado en la gestión de los recursos hídricos.

24. En 2005, este rol se fortaleció con la Ley No 20.017 que introdujo importantes reformas al código. Sin embargo, aun así las facultades estatales son insuficientes para asegurar una gestión sustentable del recurso, la seguridad hidrológica de derechos de aprovechamiento y proteger adecuadamente los requerimientos hídricos de los grupos vulnerables y del medio ambiente.

25. El análisis y recomendaciones que se presentan a continuación apuntan principalmente a identificar las limitaciones legales existentes para una gestión eficiente y sostenible de los recursos hídricos en Chile y las medidas para remover los impedimentos de tipo normativo, entre los que se destacan el dotar al Estado de las capacidades necesarias para ejercer su rol regulatorio, la mejora de la participación de los usuarios en la gestión de los recursos hídricos y el desarrollo y mejora de las herramientas que existen actualmente para la gestión de los recursos hídricos. El estudio analiza en la Sección 2 la propiedad y tutela pública de las aguas y la Sección 3 examina el rol del Estado y de los particulares en el uso de bienes de dominio público. En la Sección 4 se plantea la necesidad de mejorar la participación de las organizaciones de usuarios en la gestión de los recursos hídricos y de promover la gestión integrada de los recursos hídricos a nivel de cuenca (Sección 5). Asimismo, se sugiere mejorar la regulación del régimen de los derechos de aprovechamiento de agua (Sección 6), así como la función de fiscalización del estado (Sección 7) y la necesidad de regular y registrar los derechos de agua (Sección 8). Además, se destaca la importancia de disponer la información necesaria para la gestión de los recursos hídricos (Sección 9). En el mismo sentido se analizan y se proporcionan recomendaciones con respecto a la gestión de las aguas subterráneas (Sección 10), a la evaluación y protección de la calidad del agua (Sección 11) y respecto al desarrollo de la infraestructura hidráulica y la vigilancia de la seguridad de las presas (Sección 12). Igualmente se analizan los instrumentos de promoción de la mejora de la eficiencia de uso y cultura del agua (Sección 13), la protección de los grupos vulnerables, los usos y derechos indígenas y consuetudinarios además de las demandas ambientales (Sección 14). También, se analiza y se proponen una serie de medidas respecto el régimen económico del agua (Sección 15).

2. PROPIEDAD Y TUTELA PÚBLICA DEL AGUA: CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN DEL CÓDIGO DE AGUAS

26. En este capítulo se analizan las bases y los fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales que demandan la reforma legal para la mejora del actual régimen de gestión de los recursos hídricos en Chile, para adecuarla al carácter público del recurso, a las normas constitucionales sobre bienes públicos y la función social de la propiedad en general y la pública en particular.

27. El agua en Chile es un bien nacional de uso público, o bien público (Art. 589 Código Civil) conforme los artículos 595 del Código Civil, y 5 del Código de Aguas. El dominio público supone una relación de propiedad. Se trata de propiedades administrativas, o propiedades especiales, con notas que la separan de la propiedad común, pues su titular es una Administración Pública. Se trata de bienes que están formalmente afectados a la utilidad pública, es decir, son bienes destinados a fines de carácter público: bien al uso público, bien algún servicio público, o al fomento de la riqueza nacional. Están sometidos a un régimen jurídico especial, con el objeto de garantizar su destino la utilidad pública a la que están afectos. Se caracteriza por cuanto son intransferibles y de este modo se rigen por los principios de la imprescriptibilidad, inalienabilidad y la inembargabilidad.

28. La primera consecuencia de esto es que en la legislación chilena los bienes públicos no están protegidos por la libertad de adquirir, puesto que la protección constitucional de la propiedad privada se limita a los bienes que *no* deban pertenecer a la nación toda.⁴ Por ello la Constitución dispone, en su Art. 19 No 23 que se garantiza: “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.*”

29. De esta norma constitucional resultan dos especies de dominio, público y privado, con racionalidad y estatus constitucional distinto: *antes de la propiedad privada constitucionalmente garantizada hay un momento de decisión política, referido a los bienes “que deban pertenecer a la nación toda”.* Estos bienes no están sujetos al dominio privado y no hay respecto de ellos libertad para adquirir el dominio. Ellos conforman el dominio público.⁵ Que se instituye en interés general.

30. La legislación chilena es clara en cuanto que el agua es un bien público, *no sujeto al régimen de la propiedad privada. Los intereses generales de la nación informan el contenido del régimen público en forma inmediata.* El Art. 19 No 24 *in fine* no significa que *el las condiciones de los derechos sobre el agua sean inmutables o intangibles. Si las mismas no se ajustan conformen a evolución de conocimiento, condiciones o experiencias, significaría que la dominialidad pública ha sido renunciada. Esto no ha sucedido y la dominialidad pública ha sido, y es parte permanente del Código Civil y el Código de Aguas 1981. Si la dominialidad pública existe, la misma debe estar sujeta a sus características clásicas, las que no son promovidas por un régimen que ha favorecido los monopolios y el uso no sostenible del recurso.*

31. La dominialidad pública del agua se complementa con el artículo 19 No 24 inciso segundo de la Constitución, que será la ley la que establezca las reglas sobre “el modo de adquirir la

⁴ Atria, Fernando y Salgado Constanza, Régimen Constitucional del Agua, y su Aprovechamiento en Chile, con la Finalidad de Determinar que Restricciones Constitucionales Enfrentaría una Reforma del Régimen Hoy Contenido en el Código de Aguas, Informe en Derecho para la Dirección General de Aguas, Ministerio de Obras Públicas, Santiago Chile, 2014, p. 8 Texto completo en Anexo I a este informe.

⁵ *Ibidem*, p. 9

propiedad, de usar, gozar y disponer de ella" así como también "las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social". *Dichos límites se aplican a toda forma de propiedad, pero aparecen de forma mucho más conspicua e intensa cuando se trata de la propiedad que los particulares tienen sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. La razón a esta altura debiera ser evidente: los derechos de aprovechamiento recaen no sobre un bien privado sino que sobre un bien que el legislador ha dejado conscientemente al dominio público, dado el interés público que se le reconoce a la regulación de dicho recurso.*⁶

32. El dominio público tiene consecuencias operativas. Las necesidades de mejora y las opciones de reforma planteadas en cada una de las secciones, que detalladamente desarrolla este informe se basan en el principio de que el agua es un bien de dominio público y por lo tanto, su administración debe corresponder al Estado como valedor de los intereses generales de la Nación Chilena, conforme al carácter público del recurso, y al interés público en su uso.

33. El concepto de que el Estado es la personificación jurídica de la nación es dominante en la doctrina y la jurisprudencia chilena. La Corte Suprema lo ha declarado reiteradamente. Así, la Corte ha sostenido que los bienes nacionales de uso público sólo pueden ser de propiedad y posesión del Estado, como "personificación de la nación". Por lo mismo, el Estado es poseedor de todos los bienes nacionales de uso público.⁷

34. Los bienes nacionales pertenecen a la nación toda para el uso público y en interés público. Esto significa que el Estado es dueño de los bienes que pertenecen a la nación, lo que se expresa diciendo que el Estado es la personificación de la nación. El agua es un bien de dominio público, y esta característica permite crear por ley un régimen legal y su modificación, que debe ser dictado al amparo de la Constitución vigente, conforme lo reclame el carácter público del recurso, y la función social de los derechos de aprovechamiento, conforme la utilidad pública y la preservación del patrimonio ambiental asociados al recurso agua.⁸

35. La Contraloría General de la República, ha sostenido que los bienes nacionales de uso público, poseen la característica de ser propiedad del Estado, aun cuando su uso se ha entregado a la comunidad en general.⁹

36. Santiago Montt, en su libro *El Dominio Público*, concurre: "Son los distintos entes integrantes de la Administración del Estado, en cuanto personificaciones jurídicas del Estado, los titulares de los bienes de dominio público y no la nación ni el pueblo" (Montt 2002).

37. Para la doctrina civil chilena es también claro que las expresiones "nación" y "Estado" son jurídicamente equivalentes, por lo que los bienes que pertenecen a la nación toda son bienes cuya titularidad la tiene el Estado. El artículo 547 del Código Civil se refiere a "la nación" al enumerar algunas de las "corporaciones o fundaciones de derecho público". Como sostienen Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998), "es indudable que el inciso 2° del artículo 547 del Código Civil se refiere al Estado cuando cita la nación entre las personas jurídicas de derecho público". Luis Claro Solar (1979) explica que "las disposiciones del artículo 589 importan, desde luego, el reconocimiento

⁶ Atria y Salgado, p 67 y 68., Tribunal Constitucional Rol 260-97.

⁷ Corte Suprema, sentencia de reemplazo, rol 2846-03, c.3.

⁸ Tribunal Constitucional Sentencia Rol 513-06, considerando vigésimo

⁹ Dictamen 5813-1998. En el Dictamen 32706-2002 la Contraloría reitera la misma tesis: "según el art. 589 inc. 2° del Código Civil los bienes de propiedad del estado, que a la vez son calles, plazas, puentes o caminos, son bienes nacionales de uso público.

de la personalidad jurídica del Estado, o sea de la nación o el pueblo chileno organizado bajo ciertas autoridades” .10

38. En Francia, según Carré de Malberg (1992):

“Al proclamar que la soberanía, es decir, la potestad característica del Estado, reside esencialmente en la nación, la Revolución ha consagrado implícitamente, en efecto, en la base del derecho francés, la idea capital de que los poderes y los derechos de los cuales el Estado es sujeto no son otra cosa, en el fondo, sino los derechos y los poderes de la nación misma. Por consiguiente, el Estado no es un sujeto jurídico que se yergue frente a la nación oponiéndose a ella; desde el momento en que se admite que los poderes de naturaleza estatal pertenecen a la nación, hay que admitir *también que existe la identidad entre la nación y el Estado, en el sentido de que éste no es sino la personificación de aquélla*”.

39. Así, en términos constitucionales, no sólo no hay razón constitucional alguna para negar que las potestades y derechos que la Constitución y las leyes reconocen a “la nación” son potestades y derechos que, en la medida en que son jurídicamente operativos, corresponden al Estado, sino que, en realidad, ésta es la única interpretación compatible con el principio fundamental de soberanía nacional contenido en el artículo 5° de la Constitución (La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su *ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio*). Lo que los textos legales considerados más arriba disponen claramente, y lo que afirma la práctica unanimitad de la doctrina nacional tiene sólidos fundamentos constitucionales (Atria y Salgado 2014)”¹¹.

40. En definitiva, la separación entre estado y nación no solo está superada, sino que afirmarla diciendo que el agua pertenece a una entidad sin personalidad jurídica permitiría eventualmente afirmar que el agua está sujeta a un derecho de propiedad de uso arbitrario del dueño, puesto que el titular no es Estado (Atria y Salgado 2014, p. 35; Vergara 1997, p 372; Celume 2013, p.187). Así, consagrar esta tesis de la escisión nación- estado, y de una titularidad nacional común, ad-hoc, puede conducir al rechazo de reformas fundadas en dominialidad, fin e interés público.

2.2. El régimen de los derechos de aprovechamiento y el carácter nacional de las aguas

41. La justificación más importante para que las aguas sean consideradas bienes nacionales de uso público es que esto permite, a través de un régimen público, la ordenación más racional del agua como recurso económico y como recurso esencial, pero escaso e interconectado.

¹⁰ No tiene mucho sentido abrumar al lector con referencias a cada uno de los autores que se han manifestado en este punto, porque las dos referencias contenidas en el texto principal, extraídas de las obras más canónicas de nuestra tradición civil, parecen ser suficientes. A pesar de eso, pueden tomarse en cuenta las siguientes afirmaciones, además de las mencionadas en el texto principal: “la palabra “nación”, en el Código Civil, debe considerarse sinónima de “Estado” (Reyes, 1960); “Lo público se identifica con el Estado” (Vial y Lyon, 1985, p. 332); Rozas (1998) entiende que los bienes de la nación son bienes del Estado: “hay bienes nacionales (...) que se llaman bienes del Estado”; Peñailillo (2006) afirma que los bienes fiscales “son los bienes nacionales cuyo uso no pertenece a la nación toda”; Pescio (1978 p.124) argumenta que “el inc. 2° del art. 547 menciona a la “nación” y no al Estado; debe atribuirse a que para el autor de nuestro Código, Nación era sinónimo de Estado”. Barros Errázuriz (1921), en fin, es enfático: “Nación, en el sentido de sociedad civil o de Estado, es la avocación de conciudadanos gobernada por una autoridad independiente y constituida dentro de determinado territorio. La nación es una persona jurídica susceptible de derechos y obligaciones de carácter público y privado y tiene sus representantes legales, que son las autoridades que la constitución determina”.

¹¹ Atria y Salgado, p.35 y nota 38 “ Y, al menos en la tradición constitucional chilena, los ha tenido siempre. Las disposiciones constitucionales involucradas (arts. 5° y 7°) no son innovaciones de la constitución de 1980. Respecto de la constitución de 1925, véanse sus arts. 2 (“La soberanía reside esencialmente en la nación, la cual delega su ejercicio en las autoridades que esta constitución establece”) y 3 (“ninguna persona o reunión de personas puede tomar el título o representación del pueblo, arrogarse sus derechos, o hacer peticiones en su nombre. La infracción de este artículo es sedición”). Las mismas disposiciones constituyen los artículos 4 y 159 de la constitución de 1833”.

42. El agua no solo es un recurso esencial para nuestra supervivencia y la del medio ambiente, sino que también es un bien económico. Pese a esto último, se trata de un bien del dominio público. La racionalidad tras la declaración del legislador de que el agua es un bien nacional de uso público implica que es estrictamente contradictorio que el régimen que se les impone sea el derecho privado, es decir, el régimen de la propiedad privada y el mercado sin regulaciones adecuadas al recurso hídrico. Por el contrario, la declaración de las aguas como bien público implica reconocer que el legislador ha preferido excluir a las aguas de dicho régimen, sujetando su uso y aprovechamiento a un régimen público. Por supuesto, el régimen público debe ser sensible al tipo de bien de que se trata, por lo que habrá características de los derechos de aprovechamiento que podrán ser reconducidas al carácter del agua como bien económico. Pero esto no quiere decir que dichos derechos deban regirse por las reglas del mercado no regulado ni por las reglas de la propiedad privada. Por el contrario, su reconocimiento como bien del dominio público implica que la forma de usar, gozar y disponer del derecho de aprovechamiento no puede quedar al arbitrio del dueño.

43. Esto, por supuesto, no implica negar la existencia de DAA. Porque recuérdese que tales derechos no son sino usos privativos del dominio público (usos exclusivos y excluyentes sobre el recurso), los cuales se encuentran justificados en la lógica de estos bienes, y con mayor razón en los bienes que formando parte de este dominio, tienen un carácter económico importante, como sucede con el agua. Pero *los usos privativos no son equivalentes ni a la propiedad privada ni al mercado irrestricto*. Los usos privativos se sujetan a un régimen público, porque son sensibles al carácter de bien nacional de uso público que los justifica.

44. Por eso ahora se trata de mostrar, brevemente, cómo en varios aspectos importantes, el régimen actual de los DAA se aleja bastante del régimen del dominio público. Así, por ejemplo, no solo la gratuidad por el uso del DAA llama la atención, sino que también que la forma de ejercicio del derecho sea irrelevante, incluso cuando no se hace uso del derecho. Bajo la lógica del régimen del dominio público es perfectamente adecuado que si se entrega un uso privativo sobre un bien exista un requerimiento de uso efectivo. Siendo el agua un recurso que forma parte del dominio público del Estado, es perfectamente adecuado configurar un régimen de uso privativo que establezca obligación de uso efectivo para el que fue solicitado, con causales de caducidad por incumplimiento, así como también, un régimen que en función de dichos usos restrinja la disposición o enajenación de los derechos de aprovechamiento con el fin de asegurar la función social de propiedad, evitar externalidades negativas a terceros o de preservar la sostenibilidad de fuentes de aguas, alimentadas con sobrantes o percolaciones, y de un régimen que establezca usos prioritarios ante situaciones de emergencia.

45. El uso privativo siempre está subordinado al interés público a que el bien sirve; el uso especial no tiene carácter irrevocable, continúa solo mientras que sea en interés público. Efectivamente el dominio público puede estar sujeto a distintas formas de uso, que incluyen: a) *Uso común general*: es el uso típico que se ejerce sobre el bien, respecto del que todos potencialmente concurren. A este uso, por regla general, se le aplican los principios de libertad, igualdad (todos concurren en las mismas condiciones) y gratuidad¹². Ejemplos de este uso es el transitar por una calle, pasear por una plaza, etc.; b) *Uso común especial*: es el uso que se realiza respecto del bien, pero que no es el uso típico o normal. Para este tipo de uso se requiere una autorización por parte de la administración. Por ejemplo, una manifestación, que antes de

¹² Por supuesto, el uso tiene limitaciones, que pueden venir establecidas en la ley o pueden ser impuestas por la administración que está a cargo de su conservación.

realizarse debe autorizarse por la autoridad; la instalación de carteles de propaganda en las vías públicas; c) *Uso especial privativo*: es el uso exclusivo y excluyente que se realiza sobre el bien. Para poder usar o aprovechar de esta forma el bien, el particular requiere que la administración le otorgue una concesión¹³. Este es el caso de la constitución de derechos de aprovechamiento.

46. Como puede observarse, el régimen actual de los DAA se aleja del régimen normal de los usos privativos de bienes nacionales de uso público. Esto requiere de una justificación, es decir una razón de interés general que sea motivo y fin último del régimen.

47. Ahora bien, recuérdese lo dicho acerca de que el régimen de aprovechamiento de un bien nacional como el agua debe dar cuenta de su dimensión económica. Esto justifica que dicho DAA tenga características que lo estabilicen y, de diversos modos, le den algún grado de inmunidad frente a actos arbitrarios de la Administración. No es necesariamente incompatible con el carácter nacional de las aguas, por ejemplo, establecer DAA a perpetuidad como regla general y establecer causales de caducidad por no uso o mal uso. En este caso, la caducidad del DAA sería la consecuencia del ejercicio de una potestad de la Administración reglada y no discrecional.

48. El problema no es el concepto de que los DAA como usos privativos sobre bienes del dominio público, sino el régimen privatista que el Código de Aguas vigente creó respecto de los mismos no responde ni al carácter público del bien, ni a la utilidad pública que debe presidir su uso. Hoy en día puede afirmarse que la distribución del recurso la realiza el mercado, sin regulaciones acordes con la naturaleza del bien, ni con sus características hidrológicas, ambientales y económicas, ni su uso. Se ignoraron las características más elementales del agua, su esencialidad, imprescindibilidad, insubstituibilidad, e interconectividad entre lugares y usos. Se ignoró también que el agua es parte indivisible de un sistema continuo e interconectado en el cual las alteraciones en una parte del sistema tienen profundos efectos ambientales, económicos y sociales en otra. Concomitantemente no se apreció adecuadamente el rol del agua como insumo económico y se incentivó, por ley, su monopolización. Así, la decisión sobre la forma de uso la toma el propietario sin ningún tipo de regulación que asegure la protección del recurso y de los derechos de terceros.

49. Cuando en 1981 entró en vigencia el Código de Aguas, esta legislación era muy poco conocida, tanto para la comunidad letrada nacional como para el público en general. En efecto, sólo una minoría especialmente pudo visualizar desde un primer momento las grandes oportunidades que ofrecía la posibilidad de obtener derechos de aguas sin la obligación de uso efectivo y beneficioso. Así, es fácil prever los efectos de esta “primera época” en la asignación de los derechos: particulares que pidieron y obtuvieron “en solitario”, sin oposiciones de ninguna clase, derechos por importantes caudales de agua, sin que los mismos estuvieran asociados a necesidades específicas. Una vez que entró en vigencia el código, el sector que reaccionó con mayor rapidez solicitando derechos fue el hidroeléctrico, logrando constituir en los años ochenta un considerable número de derechos no consuntivos, que en ocasiones comprometen cuencas enteras. Algo similar sucedió con grupos que tenían un buen nivel de información. Sin embargo, el sector de agua potable, en aquel entonces en poder del Estado, sólo en los años noventa tomó plena conciencia del valor estratégico de los derechos de agua para su desarrollo. Lo mismo sucedió con el Fisco en relación con la petición de derechos de agua para la construcción de grandes obras hidráulicas, ya que las políticas de gobierno de los años ochenta no consideraban la

¹³ La concesión administrativa, un acto administrativo de carácter favorable (para el particular) en virtud del cual su esfera jurídica se amplía en la medida en que constituye en favor del particular derechos que antes no tenía. En el caso de concesiones de bienes de Se constituyen derechos de uso y goce exclusivo sobre los bienes de dominio público que antes de la concesión el particular no tenía.

construcción de ese tipo de obras, y en consecuencia diversos proyectos de carácter público han tenido dificultades para acceder a los derechos de agua por solicitudes anteriores. Asimismo, los sectores campesinos y las comunidades indígenas, carentes de información y apoyo, frecuentemente han descubierto recién en los últimos años que no disponen de derechos de agua para acceder a planes gubernamentales de desarrollo.

50. El resultado de la ausencia de la obligación de uso efectivo y beneficioso significó: la proliferación de peticiones para tomar posición respecto de un bien estratégico como lo es el agua, la solicitud de grandes caudales, la generación de una escasez jurídica o formal pero no real del recurso en importantes zonas, la creación de obstáculos para el desarrollo de proyectos, y, la generación de barreras de entrada a determinados mercados, desincentivando la competencia en los mismos. A modo de ejemplo, se puede señalar que:

- En relación con los usos consuntivos, en regiones donde no se habían constituido derechos de agua superficiales con anterioridad a 1981, los derechos asignados bajo el Código de Aguas de 1981 sólo son utilizados efectivamente en cifras cercanas al 1% y, sin embargo, en numerosos cauces en la actualidad ya no se puede acceder a derechos de carácter permanente, por inexistencia de disponibilidad legal del recurso.
- En relación con los usos no consuntivos, se han constituido derechos por más de 13.000 metros cúbicos por segundo, siendo que actualmente apenas se utilizan unos 2.500, situación que ha influido decisivamente en el desarrollo del sector hidroeléctrico. La concentración de estos derechos en manos de algunas empresas, ha impedido el ingreso de nuevos competidores al mercado de la generación hidroeléctrica. Así, empresas nacionales y extranjeras que han estado interesadas en invertir en el mercado de la generación hidroeléctrica han desistido al no existir derechos de agua disponibles para sus proyectos. Como resultado, muchos de los proyectos hidroeléctricos que se han desarrollado en el último tiempo, o que están en desarrollo, corresponden a “proyectos marginales”, oportunamente desechados en su época, pero cuya razón principal para que se hayan llevado adelante es que para ellos existían recursos hídricos disponibles. Todo ello ha llevado a algunos expertos a plantear que, con el tiempo, la empresa que controla los derechos de agua que representan las mejores oportunidades de inversión en el sector, puede obtener el equilibrio monopólico postergando la inversión, dado que no podrán ingresar nuevos operadores porque carecerán de derechos para acometer los proyectos más eficientes (Bitrán y Sáez 1993; Bosworth et al. 1994, Jaeger 2001; Peña 2004).

51. La monopolización fue especialmente grave en la generación eléctrica, puesto que el precio de la electricidad en generación no estaba regulado. La libre entrada al mercado de generación aseguraba, en teoría, la baja de precios por competencia. Sin embargo no se tuvo en cuenta que Endesa se privatizó con un stock de derechos de la empresa estatal sin usar, y que además podía pedir nuevos derechos, tampoco sin obligación de uso, sin caducidad y sin pagar por ellos. Con ello la posibilidad de entrada al mercado de generación se veía restringida para los terceros potenciales competidores. El control de los derechos de agua creó una barrera de entrada que afectó el abastecimiento eléctrico. Y su regulación posterior ha sido laboriosa, en función de la dimensión económica de las empresas que concentraban derechos (Bitrán y Serra 1998). Por otro lado, ausente la regulación, el comportamiento empresarial era de prever, pues el control de insumos estratégicos, es parte importante de la política empresarial en general (Sullivan 1977).

52. A raíz de estos problemas, distintas instancias judiciales y administrativas han tomado decisiones en interés público concernientes al interés público sobre los derechos de agua. Así, el Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho del Estado para regular las condiciones de los derechos de agua, por ley ordinaria (Tribunal Constitucional, Rol 260-1997); y la Comisión Preventiva Central Antimonopolios recomendó a la Dirección General de Aguas (DGA) que se abstuviera de constituir nuevos derechos no consuntivos mientras no exista un mecanismo legal o reglamentario que asegure el buen uso de las aguas (CPC, 1996).

53. El problema entonces es que ni la asignación ni el uso del agua están sujetos a un régimen público, sino a las decisiones individuales de los distintos propietarios de los derechos de aprovechamiento. Contrariamente a lo que pueda suponerse las sumatorias de decisiones individuales auto-referentes no resulta en el mayor bien común. El ejercicio de los derechos no regulados adecuadamente afecta el ejercicio de derechos de otros usuarios y al ambiente disminuyendo la cantidad o calidad del agua al producir sobresusos o vertimientos. Así es que las transferencias de derechos no reguladas adecuadamente causan externalidades negativas a usos existentes y al ambiente, y los vertimientos y sobresusos agotan y arruinan el recurso público, en perjuicio de individuos y la sociedad. Es claro que hay costos que no se toman en cuenta y que hay usos y derechos existentes, individuales y comunitarios que se afectan

54. Entonces la cuestión surge naturalmente: *¿Es la regulación de los DAA contenida en el Código de Aguas una manera de negar la declaración de que las aguas son bienes nacionales de uso público, o hay alguna manera de hacer ambas cuestiones compatibles?*

55. En realidad, el enfoque privatista que caracteriza al régimen de los DAA actualmente vigente no es negación del carácter de bien de uso público de las aguas, sino una inconsistencia con el mismo.

56. En primer lugar es importante destacar que la manera en que los derechos de aprovechamiento de aguas fueron otorgados en el pasado no puede confundirse con una suerte de enajenación de los recursos de agua del país, que no impide la regulación de los derechos otorgados, según lo indique el interés público. El artículo 595 es claro y terminante: todas las aguas son bienes nacionales de uso público, o bienes públicos. El hecho de que las aguas sean bienes nacionales de uso público tiene consecuencias jurídicas. La tutela de los bienes públicos es un deber inalienable del estado, derivado de la soberanía, que no se extingue con la otorga del derecho, sino que perdura durante la vida del derecho.

57. En segundo lugar, esas consecuencias tienen relación con la naturaleza de bien público nacional del bien en cuestión. No basta cualquier diferencia entre el régimen del DAA y el de la propiedad del Código Civil, por marginal que sea. Tiene que ser una diferencia que pueda ser razonablemente comprendida como consecuencia apropiada al hecho de que se trata de un DAA sobre un bien que sigue perteneciendo al dominio público, y que además tiene las características intrínsecas a su naturaleza que se han reseñado en este informe.

58. Por último, debe tomarse en cuenta que el carácter dado a los DAA en 1981 fue una decisión del legislador de ese momento respecto a la manera en que se entendió que se cumplirían mejor los fines públicos que justifican la declaración del artículo 595. Como tal, tiene que estar expuesta a la posibilidad de que el legislador, por razones justificadas (que pueden contemplar desde cambios en la orientación política de la época, decidida por el legislador, hasta cambios en las circunstancias tecnológicas o hidrológicas, etc.) cambie su decisión. Esto no implica que los titulares de DAA deben estar en la completa indefensión frente a cambios legislativos, pero sí que,

los derechos de aprovechamiento de bienes nacionales de uso público, frente a cambios legislativos, menos inmunidad que la que la constitución le reconoce al derecho de propiedad en general. Si el titular de un DAA está en exactamente la misma posición en la que se encuentra el titular de un 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.

2.3. Aspectos constitucionales de la regulación del régimen de los derechos de aprovechamiento de agua.

59. Esta cuestión tiene varias dimensiones, de las cuales podemos destacar tres principales: (a) la ley que regula los DAA es una ley ordinaria; (b) La forma en que se tratan los derechos de propiedad y los derechos de aprovechamiento en la Constitución; y (c) La regulación de los DAA y el derecho a desarrollar actividades económicas establecidas en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución.

(a) La ley que regula los DAA es una ley ordinaria

60. El régimen de los bienes nacionales de uso público está constitucionalmente entregado a la ley, y esa ley no tiene ninguna exigencia especial en cuanto a su quórum o modo de tramitación: se trata de ley ordinaria¹⁴.

61. La afirmación de que conforme a la constitución es claro que la regulación de los DAA es materia de ley simple se basa en las siguientes disposiciones:

i) La Constitución consagra, en el inciso final del 19 N° 24 que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Esto significa que los DAA se encuentran protegidos por la garantía de la propiedad y están sujetos en su configuración, a lo que establece el Art. 19 No24: “*sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*” Disposición que como se observa, llama a ley simple a regular el régimen del dominio, y de esta forma el régimen de los DAA.

ii) El Art. 63 No3 señala que son materias de ley “*las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal penal u otra*”; y el No10 de dicha disposición, señala que son materias de Ley, “*las que fijen normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión*”. Ambos numerales se refieren a leyes simples. La primera disposición establece que es materia de ley todo el régimen de los DAA que contempla el Código de Aguas. La segunda disposición, reserva a la ley las reglas que regulen las formas de enajenación, arrendamiento y concesión de los bienes del Estado. Aplicada dicha disposición a nuestro caso, quiere decir que la ley simple debe determinar el régimen de los DAA, cuya naturaleza jurídica como se mencionó, es la de concesiones.

¹⁴ Esto quiere decir que se aprueba, de acuerdo al artículo 66 inciso final de la Constitución, con la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara. De acuerdo al artículo 56 de la Constitución, la Cámara de Diputados y el Senado no podrán entrar en sesión ni adoptar acuerdos sin la concurrencia de la tercera parte de sus miembros en ejercicio.

62. El Tribunal Constitucional ha llegado a la misma conclusión. Refiriéndose a la adquisición del derecho de aprovechamiento, ha señalado que “Tampoco se aplica la reserva legal de quórum calificado, al procedimiento de adquisición del derecho de aprovechamiento, *pues éste tiene un estatuto especial propio de ley común*, según lo prescribe el tantas veces citado artículo 19, N° 24, de la Constitución¹⁵”.

63. En efecto, dicho estatuto especial llama a la ley común o ley simple a regular: “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 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 en nuestro Código Político*”.¹⁶

64. A mayor abundamiento, el Tribunal señala que: “de aceptarse que las normas que regulan el procedimiento de constitución originaria del DAA son de quórum calificado, no sólo los artículos del proyecto en estudio que se han cuestionado deberían ser materia de leyes de quórum calificado, sino prácticamente todo el Código de Aguas. Lo anterior está en abierta contradicción con lo preceptuado en el artículo 60, N° 3°, de la Carta Fundamental, *norma que reserva a la ley ordinaria o común toda materia propia de codificación, entre las cuales se encuentra, naturalmente, el Código de Aguas*¹⁷”.

b) La forma en que se tratan los derechos de propiedad y los derechos de aprovechamiento en la constitución.

65. En esta sección se analiza qué dicen las disposiciones constitucionales en relación a la eventual regulación de los DAA para identificar posibles restricciones al legislador para la definición del régimen de los derechos de aprovechamiento.

66. Al respecto, lo primero que cabe señalar es que la Constitución no protege el régimen actual en el sentido de hacerlo intangible frente a modificaciones legislativas. Esta es la primera consecuencia que se sigue del carácter de bien nacional de uso público de las aguas: no estamos tratando aquí de un derecho de propiedad constitucionalmente garantizado, sino de un régimen de aprovechamiento constituido precisamente sobre bienes que la ley siempre ha declarado que deben pertenecer a la nación toda.

67. El artículo 19 N° 24 en su inciso final establece que los derechos sobre las aguas estarán protegidos constitucionalmente por la garantía del derecho de propiedad que la misma disposición consagra¹⁸. A este respecto, el inciso segundo de dicha disposición es crucial, en la medida en que deja a la ley la regulación del régimen de la propiedad, al establecer que será la ley la que establezca las reglas sobre “el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella” así como también “las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”.

68. Así, es la ley la que configurará el régimen de propiedad que los particulares tengan sobre los derechos de aprovechamiento, y con esto no solo la forma de adquisición, uso y goce de los mismos sino también sus límites. Límites que la Constitución reconoce como parte del régimen de

15 Sentencia Rol 260-97, considerando número 15.

16 Sentencia Rol 260-97, considerando número 9.

17 Sentencia Rol 260-97, considerando número 17.

18 En alguna medida, el inciso final es redundante si se observa que el artículo 19 N° 24 inciso primero establece que la garantía de la propiedad se aplica a “toda clase de bienes corporales o incorporales”. En la medida en que los derechos de aprovechamiento son bienes incorporales, estarían ya protegidos por el inciso primero recién señalado.

la propiedad, en la medida en que la propiedad no es sólo una institución que redunde en el propio beneficio del titular sino que también en beneficio de la sociedad que la reconoce. Esto último es lo que la Constitución establece expresamente con la consagración de la "función social de la propiedad".

69. Dichos límites a la propiedad se aplican a toda forma de propiedad, pero aparecen de forma mucho más conspicua e intensa cuando se trata de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento, porque estos recaen sobre un bien del dominio público, dado el interés público que se le reconoce a la regulación de dicho recurso.

70. El elemento clave en dicha configuración es lo que la Constitución denomina como "la función social de la propiedad", función que comprende "cuanto exijan los *intereses generales de la nación*, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental¹⁹".

71. El Tribunal Constitucional ha recalcado respecto a la propiedad de los derechos de aprovechamiento precisamente los puntos a los que nos referimos²⁰. En efecto, frente a la impugnación del deber que la ley (art. 122 CAg) impone a los titulares de derechos de aprovechamiento de inscribir estos derechos en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, deber que, en caso de no cumplirse, impide a los titulares de los respectivos derechos la realización de acto alguno ante la Dirección General de Aguas o la Superintendencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que se trata de una carga (es decir, de un límite) que dado el interés público que implica el agua, es completamente admisible constitucionalmente, en atención a los "intereses generales de la Nación" y la "utilidad pública" que la función social ahí expresa.

72. En efecto, el Tribunal Constitucional reconoce que la imposición de deberes a los propietarios cuyo incumplimiento condiciona el ejercicio de facultades del dominio: "tiene su justificación en exigencias de interés público, por lo que no merece el calificativo de arbitrario o caprichoso en su establecimiento, y además, para su cumplimiento, no impone exigencias desmesuradas que pudieran entenderse como impeditivas del libre ejercicio de un derecho"²¹.

73. En el requerimiento que dio origen al pronunciamiento de este tribunal, se alegaba que el deber que el Código de Aguas imponía a los titulares infringía la disposición constitucional relativa a la función social de la propiedad por limitar la propiedad que los titulares de DAA tienen sobre los mismos, fuera de las causales previstas por la Constitución Política como parte de la función social, a saber "los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental". Desechando tales alegaciones, el Tribunal Constitucional señala que, como las aguas son "bienes nacionales de uso público": "es indudable que los intereses de la colectividad, sean éstos considerados como intereses generales de la Nación o bajo el concepto de utilidad pública, son factores pertinentes y dignos de ser considerados al momento de otorgar o modificar derechos de aprovechamiento de aguas, como también al regular su ejercicio"²² y de esta forma, afirma que: "Resulta, por consiguiente, adecuado que la ley condicione la realización de actos que afecten a los DAA, a su inscripción en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, pues si bien con esta exigencia se limita el ejercicio

19 Artículo 19 N° 24 inciso segundo, parte final. El destacado es nuestro.

20 Véase al respecto la sentencia Rol 1578-09.

21 Sentencia Rol 1578-09, considerando noveno.

22 Sentencia Rol 1578-09, considerando duodécimo.

de los mismos, ella deriva de la función social que es inherente a la propiedad que se tenga sobre tales derechos²³.

74. Como se observa, el Tribunal Constitucional considera que es perfectamente posible que el legislador imponga límites al régimen de propiedad sobre los DAA. Estos límites, primero, se fundan en la función social de la propiedad, es decir, en "*los intereses de la colectividad, sean éstos considerados como intereses generales de la Nación o bajo el concepto de utilidad pública*"; y segundo, que dicha función social "*es inherente a la propiedad que se tenga sobre tales derechos*". Respecto a este último punto, es manifiesto cómo el Tribunal Constitucional considera que los límites que derivan de la función social forman parte de la propiedad misma, no son límites externos (es decir, restricciones que vengan impuestas desde fuera por consideraciones que deban ser ponderadas y sopesadas con el derecho de propiedad) sino que forman parte del contenido mismo de la propiedad.

75. Lo más interesante, sin embargo, es que el Tribunal Constitucional para llegar a su decisión, toma en consideración el carácter del agua "como bien nacional de uso público" y el interés público que dicho recurso involucra. Si bien tal consideración no es explícitamente explotada por el Tribunal en su examen de los límites a la propiedad de los derechos de aprovechamiento, ésta subyace siempre en su análisis. La razón es que el interés público del agua justificaría la imposición de límites, límites que en el lenguaje de la Constitución aparecerían bajo la función social de la propiedad en su manifestación de "intereses generales de la Nación". El artículo 19 No 26 de la Constitución establece que: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, *no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*". Como la Constitución no garantiza derechos sobre bienes públicos, puesto que a estos no se les aplica la libertad de adquirir conforme la excepción del Art. 23 de la Constitución (...*excepto que deban pertenecer a la nación toda, y la ley lo declare así...*) el artículo 19 No 26 no es relevante para discutir las limitaciones materiales que tiene el legislador para crear o modificar el régimen legal de uso de un bien público²⁴.

76. Sin embargo, ¿cuándo un derecho es afectado "en su esencia"? ¿Cuándo las regulaciones que sobre él recaen impiden su libre ejercicio?

77. El Tribunal Constitucional, en la misma sentencia que comentamos arriba, señala que: "un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible²⁵". Asimismo, "se impide el libre ejercicio de un derecho en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica²⁶."

78. Los párrafos recién transcritos son un lugar común en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la esencia de los derechos que el 19 N° 26 protege²⁷. Al respecto dos consideraciones son relevantes.

23 Sentencia Rol 1578-09, considerando duodécimo.

24 Atria y Salgado, op. cit. p. 84

25 Sentencia Rol 1578-09, considerando octavo.

26 Sentencia Rol 1578-09, considerando octavo.

27 Sentencia Rol 43-07, cuando por primera vez señala que "La esencia del derecho debemos conceptuarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando

79. Primero, que la determinación sobre el qué forma parte de la esencia del derecho de propiedad, debe tomar en consideración el bien sobre el que recae. No es lo mismo determinar qué elementos son “consustanciales” si se trata del derecho de propiedad sobre bienes privados que si se trata de bienes que forman parte del dominio público.

80. La segunda consideración tiene que ver con la definición (antes transcrita) que el Tribunal Constitucional ha dado sobre lo que constituye la esencia o la naturaleza última de cada derecho, y en este caso, del derecho de propiedad. Si se observa, los términos que da el Tribunal son bastante amplios: en positivo, un derecho mantiene su esencia cuando mantiene sus elementos “consustanciales” y las exigencias a las que se somete su ejercicio son razonables y, de hecho, lo permiten.

81. En este contexto, la pregunta es si las regulaciones de los derechos de aprovechamiento que el legislador podría eventualmente buscar establecer, afectan o no el contenido esencial del derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento que la Constitución garantiza en el inciso 6° del artículo 19 N° 24. Responder esta pregunta nos obliga a considerar las modificaciones legales en cuestión.

c) La regulación de los DAA y el derecho a desarrollar actividades económicas establecidas en el N° 21 del artículo 19

82. Cabe aquí analizar si las regulaciones al derecho de aprovechamiento (y sus eventuales intensificaciones por decisión legislativa) afectan la libertad económica, tal como está consagrada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, el cual establece: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”

83. Lo primero que debe decirse al respecto es que la libertad económica encuentra un límite en el N° 23 del Artículo 19 de la Constitución. Esto quiere decir que, en principio, sobre los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a los hombres y sobre los bienes “que deban pertenecer a la Nación toda” no hay libertad económica en el sentido constitucionalmente protegido. Si el Código de Aguas ha extendido a los DAA un régimen de libertad económica, ese régimen no tiene fundamento ni protección constitucional (que el agua sea un bien nacional de uso público tiene como consecuencia que sea un bien sustraído del dominio privado; si mediante la regulación crea un régimen que en lo sustantivo responde a la lógica del dominio privado, dicho dominio tiene fundamento no en la libre apropiación de los bienes constitucionalmente protegida, sino en la contingente decisión del legislador). De esta forma, la libertad económica encuentra de manera directa su primer límite cuando se trata de bienes nacionales de uso público, e indirectamente cuando se trata de derechos que recaen sobre esos bienes.

se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.”

Tutela Pública: Implicaciones en cuanto derechos y transferencias, España y Estados Unidos

El principio general en derecho comparado es que el agua, al ser un bien público, está sujeto a tutela pública. Esto se traduce en una serie de obligaciones-deber para el estado constituyendo uno de los fundamentos del derecho de aguas

En aplicación de este principio el *Tribunal Constitucional Español* afirmó que: “La Constitución en el Art. 128.1 establece que “toda la riqueza del país en sus distintas formas está subordinada al interés general”, y, por lo que aquí interesa, el Art. 45.2 impone a los poderes públicos el deber de velar “por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva” (Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de Noviembre de 1988). El caso se refiere a la incorporación de las aguas subterráneas al dominio público, y a la *inexistencia de derechos privados sobre las mismas cuando no han sido efectivamente utilizadas*

El principio de la tutela pública ha sido ampliamente desarrollado en el derecho *de Estados Unidos* como un resultado de la titularidad pública del agua, la soberanía del estado, y el poder de policía estatal. Se ha permitido ajustar los derechos de agua conforme la evolución del conocimiento, y de las necesidades.

. “*El control del estado en bienes sujetos a tutela nunca se puede perder*” *En el caso de los derechos de agua el principio es que el estado tiene un deber de supervisión y control continuos.* (Caso Nat’l Audubon Soc’y v. Super.,1983; Caso Illinois Cent. R.R. v. Illinois, 1892; Caso Kaiser Aetna v.United States, 1979). La Constitución de *California* dispone que el bienestar general requiere que el agua sea usada en *forma beneficiosa, su desperdicio o uso irrazonable deben ser prevenidos, y su conservación practicada en el interés de la población y el bienestar general.* La sección es autoejecutiva (Sect. 2).

Cuando el estado aprueba un derecho de aguas, el deber de tutela impone un deber continuo de supervisión sobre la toma y uso de aguas. Este deber es a la vez un poder de soberanía en interés público, no limitado por asignaciones pasadas, que puedan ser inadecuadas a la luz del conocimiento actual, o las necesidades del presente. Se trata de prevenir la destrucción del recurso, permitir la perduración de los derechos del público, y prevenir el pago de compensaciones no razonables (Brown, 2006).

Tanto en *España como en Estados Unidos* la tutela pública tiene una aplicación específica a las transferencias de derechos. Estas se limitan a los volúmenes efectivamente consumidos. (España, TRLA, 69.1; USA: Tarlock et al. 2002). Los derechos de agua no son nominales. Solo hay derecho al agua efectiva y beneficiosamente utilizada, y solo se pueden transferir los montos de aguas efectiva e históricamente usados y consumidos. La transferencia misma debe ser de interés público, aprobada por las autoridades, registrada para ser válida frente a terceros y no comprometer intereses ni ambientales ni sociales como la estabilidad social y financiera de las comunidades del área de origen de la transferencia. (Tarlock et al. 2002).

84. Lo primero que debe decirse al respecto es que la libertad económica encuentra un límite en el N° 23 del Artículo 19 de la Constitución. Esto quiere decir que, en principio, sobre los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a los hombres y sobre los bienes “que deban pertenecer a la Nación toda” no hay libertad económica en el sentido constitucionalmente protegido. Si el Código de Aguas ha extendido a los DAA un régimen de libertad económica, ese régimen no tiene fundamento ni protección constitucional (que el agua sea un bien nacional de uso público tiene como consecuencia que sea un bien abstraído del dominio privado; si mediante la regulación crea un régimen que en lo sustantivo responde a la lógica del dominio privado, dicho dominio tiene fundamento no en la libre apropiación de los bienes constitucionalmente protegida, sino en la contingente decisión del legislador). De esta forma, la libertad económica encuentra de manera directa su primer límite cuando se trata de bienes nacionales de uso público, e indirectamente cuando se trata de derechos que recaen sobre esos bienes.

85. En segundo lugar, la libertad económica encuentra un límite interno en “la moral”, el “orden público”, la “seguridad nacional” y la “ley”. De esta forma, la libertad económica respecto

de los derechos de aprovechamiento encuentra su límite en la regulación legal del régimen público del agua como bien nacional de uso público y de la regulación pública que el Código de Aguas haga respecto de los derechos de aprovechamiento. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado precisamente sobre la libertad económica y su relación con las regulaciones legislativas de los derechos de aprovechamiento, señalando que: “el referido derecho [libertad económica] no es absoluto sino que reconoce limitaciones basadas en el respeto a la moral, el orden público y la seguridad nacional, así como a las normas legales que regulen su ejercicio.”²⁸.

86. La norma que se impugnaba ante el Tribunal Constitucional establecía que solicitudes de derechos de aprovechamiento pendientes de resolver y que sean incompatibles entre sí serían objeto de uno o varios remates públicos²⁹. La aplicación de dicha norma, según los requirentes, sería inconstitucional porque infringiría su libertad para emprender proyectos económicos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional señaló que se está en presencia de una regulación legal que no implica conculcación de la libertad de emprendimiento económico. En efecto, el precepto legal impugnado se limita a reglamentar la forma conforme a la cual se puede adquirir un derecho de aprovechamiento de aguas y, en virtud de ello, desarrollar una actividad económica, en este caso la generación de energía eléctrica. De esta forma, señala el tribunal: “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 de llegar a 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 imposible³⁰” La justificación de mayor injerencia estatal en la regulación o gestión del régimen de derechos de aprovechamiento es justo su protección. Debido a la naturaleza del bien (agua), su inapropiada o inadecuada gestión arriesga dañar los derechos que se busca proteger, y estos daños son difusos entre los titulares de derechos y de difícil detección debido a la naturaleza estocástica de caudales, se presentan con atraso en el tiempo, y difícil identificación de causalidad.

87. Que margen tiene el legislador para configurar un nuevo régimen legal de aprovechamientos de agua conforme las normas legales vigentes y aplicarlos a derechos ya constituidos, para no incurrir en causales de privación compensable conforme al Art. 19 No 24 inciso 3° de la Constitución?. *El punto de partida es que el legislador tiene un amplio margen de competencias para establecer el régimen de los derechos de aprovechamientos de agua y regularlos*³¹ Esto no quiere decir que se puedan eliminar los derechos, pues tienen la garantía de los propiedad del Art. 19 No 24, in fine, pero tampoco significa que la protección de los derechos sobre el agua sea igual a cualquier otro derecho de propiedad del Código Civil.

88. El legislador, dentro de ciertos límites, tiene margen para establecer un régimen de derechos de propiedad legal distinto a la civil, *fijando las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental (Art. 29 No 24 Inciso 2 de la Constitución Nacional)*³². Es claro que la propiedad

28 Sentencia Rol 513-06, considerando vigésimo.

29 El requerimiento impugnaba la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo primero transitorio de la ley 20017.

30 Sentencia Rol 513-06, considerando vigésimo.

³¹ Atria y Salgado, op.cit.p. 76

³² Atria y Salgado, op.cit. p. 77

*concebida en términos absolutos, como la del Código Civil, no es la única forma de propiedad privada que admite el marco de la Constitución*³³

89. *Se trata de derechos de uso, goce y explotación de un recurso natural escaso, y que ese bien es uno que el legislador ha declarado debe pertenecer a la nación toda.*³⁴ El objeto de los derechos es la explotación económica del agua, y no meras titularidades a la espera de que sean comprados. Es constitucionalmente admisible que el legislador obligue al uso efectivo del bien de dominio público. El régimen de estos derechos no es el del dominio privado sobre bienes privados. Cambia la titularidad del objeto del derecho, y esto no puede ser letra muerta. *La libertad de adquirir el dominio sobre bienes nacionales de uso público no está constitucionalmente protegida.*³⁵

90. La racionalidad de configurar el régimen de derechos de uso de un bien que se entiende como un bien nacional de uso público, no puede ser garantizar la libertad y autonomía del dueño, porque (i) los bienes nacionales de uso público existen para servir un interés de todos, no un interés particular, y por eso (ii) están precisamente excluidos del ámbito en el cual las personas tienen constitucionalmente garantizada la libertad de adquisición.³⁶

91. A diferencia de la propiedad sobre bienes del dominio privado, *cuya base es constitucional*, en este caso se trata de una propiedad *sobre derechos de base legal*, que descansa en un juicio legislativo sobre la mejor forma de realizar el contenido público del agua. Esta decisión legislativa no está constitucionalmente ordenada y puede ser cambiada sin causar agravio constitucional.³⁷ La Constitución no garantiza la libertad de adquirir derechos sobre bienes públicos. Los derechos de aprovechamiento existen para ser utilizados en interés de todos.

92. Que modificaciones podría el legislador introducir con respecto a *futuros derechos de aguas*? a) *Estos derechos pueden ser caducados por no uso.*³⁸ *Lo anómalo es no caducarlos sino se usan.* La falta de obligación de uso niega el interés general como eje central del régimen de estos derechos, pues solo sirven para enriquecer al titular vía un bien público, lo que contradice la finalidad del bien. b) *También podrían ser sujetos al pago de tasas y tarifas* para financiar el aparataje público que el Estado destina a hacer posible que las personas puedan constituir derechos de aprovechamiento y ejercerlos sin contratiempos. c) *Se puede asimismo establecer un régimen de usos prioritarios.* d) *Es constitucional establecer condiciones a las transferencias de derechos y a los usos.*

93. *La sujeción de los derechos de aprovechamiento ya constituidos al nuevo régimen. Sobre la retroactividad y la vigencia inmediata de la ley.* En Chile no hay limitación constitucional general para que la ley tenga efecto retroactivo. Hay sí, prohibición explícita respecto a retroactividad penal (Art. 19 No 3) y una lectura de prohibición implícita en lo que se refiere a privación de propiedad (Art. 19 No 24, inc. 3°, Constitución de Chile). En lo que hace a derechos reales el artículo 12 de la Ley Sobre Efectos Retroactivos de las Leyes establece que: *Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos o vinculaciones se hubiese*

33 Atria y Salgado, op. cit. p. 77 y 78.

34 Atria y Salgado, op. cit. p. 79

35 Atria y Salgado, op. cit. p. 80

36 Atria y Salgado, op. cit. p.81

37 Atria y Salgado, op. cit. p. 82

38 Atria y Salgado, op. cit. p.86.

ordenado o se ordenare por leyes especiales. Respecto de las servidumbres reales se dispone, en el Art. 16: *Las servidumbres naturales y voluntarias constituidas válidamente bajo el imperio de una antigua ley, se sujetarán en su ejercicio y conservación a las reglas que estableciere otra nueva.* En ninguno de estos dos casos hay retroactividad.

94. Aplicando el mismo principio se podría decir para el derecho real de aprovechamiento de aguas que: *Todo derecho de aprovechamiento constituido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio, goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.* Si la nueva ley modifica las condiciones de ejercicio, las cargas o el goce del derecho constituido bajo la ley antigua, no hay retroactividad, siempre que los derechos constituidos bajo la ley antigua subsistan bajo la ley nueva.³⁹ No hay derecho de propiedad sobre el régimen legal si su fuente es la ley. No hay mandatos para regímenes inalterados a perpetuidad.

95. La variabilidad de la ley aparece de manera mucho más intensa cuando se trata de la regulación del régimen y de las condiciones de aprovechamiento de bienes nacionales de uso público. Un nuevo régimen que contemple causales de caducidad por no uso no constituye privación (expropiación) de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento si es que se aplica al ejercicio futuro que hagan sus titulares. En la medida en que no prive al titular del uso efectivo que realiza, y no contenga condiciones que hagan imposibles el aprovechamiento, éste habrá de ajustarse a las nuevas condiciones y cargas, y esas variaciones no constituirán, en términos constitucionales, una “privación” de las prohibidas en el inciso 3° del artículo 19 N° 24.

96. La aplicación de una nueva ley a derechos no constituidos no constituye retroactividad, como no la constituye tampoco la aplicación de la nueva ley a solicitudes pendientes de resolución cuando esta se dicta. La situación más interesante concerniente a la retroactividad es *la aplicación de la nueva ley a derechos de aprovechamiento ya constituidos cuando el nuevo régimen entra en vigencia.*

97. Para que la nueva ley no tenga efectos retroactivos, en principio, todos los actos relacionados con el derecho de aprovechamiento, realizados antes de la entrada en vigencia del nuevo régimen quedan firmes; dichos actos se rigen por la ley antigua, es decir, por el régimen vigente al momento de su realización. Sin embargo, a partir del dictado de la ley, en la medida en que la nueva ley permita 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 cargas. En cualquier caso, como el propósito de los derechos sobre el dominio público no es enriquecer a su detentador, sino la realización del uso productivo de los mismos, solo hay indemnización cuando se prive de usos efectivos, por el monto del perjuicio causado por dejar de utilizar el bien⁴⁰.

98. Así, en tanto y en cuanto la nueva ley no afecte la existencia del derecho y se aplique solo al futuro, en cuanto a los efectos, cargas, y causales de extinción de los derechos de aprovechamiento sobre aguas públicas, *es constitucional y procedente, respecto de derechos existentes, establecer condiciones de caducidad a futuro, cobros por el costo de administración y los servicios que se prestan por el estado para contribuir al manejo del agua, al control de uso, protección de fuentes, y seguridad de derechos, entre otros, y condiciones y regulaciones*

39 Atria y Salgado, op. cit. pp. 99.

40 Atria y Salgado, op. cit. pp. 107

destinadas a asegurar la sostenibilidad de los recursos en cuanto que patrimonio ambiental de Chile

3. NECESIDAD DE REFORMAR EL REGIMEN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUA

99. Las principales características de los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) que interesa analizar en función de su importancia en la gestión del agua son: su contenido (qué es lo que autoriza y qué obligaciones genera); su estabilidad y duración y su forma de reasignación.

100. En relación con el contenido de los DAA, la experiencia internacional señala que su conceptualización debiera tener elementos que garanticen un adecuado aprovechamiento del recurso hídrico, de modo de justificar el otorgamiento de un bien público para un uso privativo. En ese sentido, resulta atractivo el concepto de “uso razonable y beneficioso” aplicado en la legislación de otros países.

101. En Chile la legislación vigente señala que el DAA “consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código” (Art. 5 del CA). Esta definición, en su redacción actual genera diversas interrogantes, en la perspectiva de evaluar si genera una limitación para garantizar el adecuado aprovechamiento del recurso. Ellas son en particular: la ausencia de “disposición” y solo de “uso y goce” en la definición del DAA, ¿significa que el “no uso” no es parte de su esencia? ¿y su deterioro? ¿y su abandono? ¿Entonces serían acciones que el titular no estaría autorizado a asumir, sin el riesgo de sanciones, incluyendo la revocación?

102. En cualquier caso, para una adecuada gestión de los recursos hídricos la definición anterior es de la mayor importancia, ya que ella define los instrumentos legales disponibles y, si ellos no existen o son insuficientes, la necesidad de reformas legales o inclusive de carácter constitucional.

103. Algunos temas cuyo tratamiento se relaciona con las definiciones anteriores, son los siguientes:

- La revocación de derechos no utilizados o usados en perjuicio del interés general.
- El monto de indemnizaciones en el caso de afección al ejercicio de DAA, originada en la expropiación por razones de utilidad pública.
- La evaluación de las disponibilidades para la constitución de nuevos DAA.
- La posibilidad de recuperar DAA para reservarlos a fines ambientales.

104. En relación con la reasignación de DAA, es necesario considerar que se trata de una función fundamental de todo sistema de gestión del recurso hídrico que ha llegado a una intensidad de uso en la que la gran mayoría de las fuentes ya están comprometidas con los aprovechamientos existentes. Ese es el caso de Chile, donde en toda la zona al norte de la RM, y en gran parte del territorio hasta la cuenca del Bío Bío, y esa situación se agudizará en el futuro. Así, en general, las nuevas demandas que surgen como resultado natural del crecimiento del país, deben atenderse sobre la base de una reasignación de los DAA ya constituidos. Ese proceso puede darse por la intervención directa del Estado, radicando atribuciones en una Autoridad Administrativa, o recurriendo a mecanismos de mercado.

105. La reasignación centralizada, mediante la intervención del Estado, permite atender a las nuevas demandas discriminando caso a caso según los criterios que considere razonables, generando una disponibilidad mediante la reducción o anulación de las autorizaciones de DAA

vigentes, para destinarlos a las nuevas demandas. En el contexto nacional, desde la perspectiva de una adecuada gestión de las aguas, este procedimiento presenta claras limitaciones. Entre ellas se puede señalar las siguientes:

- El número de reasignaciones de DAA que requiere anualmente el desarrollo del país, es considerable. Así, una reasignación administrativa supondría un esfuerzo de gran magnitud y sería improbable que los traspasos se realicen sin graves obstáculos de índole burocrática.
- El procedimiento administrativo obliga al Estado a resolver sobre la reducción de otros DAA. Dicho proceso es complejo, y resulta difícil generar procedimientos no discrecionales, aceptados socialmente y que favorezcan una mejor asignación del agua desde la perspectiva del interés común.
- La obtención de DAA para los nuevos proyectos supone recurrir a la gestión del poder público para la obtención de beneficios privados. Esta gestión, en un escenario de grave escasez, puede ser motivo de graves conflictos sociales, de corrupción administrativa o, al menos, generar acusaciones en ese sentido.

106. El uso del mercado como mecanismo de reasignación lleva más de 30 años en el país, de modo que es posible identificar sus ventajas y desventajas. Al respecto se puede obtener las siguientes conclusiones:

- Ha permitido atender a importantes demandas generadas en el sector sanitario y en el uso productivo, especialmente por la transacción de derechos de aprovechamiento relativamente marginales en sectores próximos a las ciudades. Dicho proceso se ha realizado en forma voluntaria y, prácticamente, sin conflictos sociales.
- No se observan problemas de monopolización de DAA como resultado de reasignaciones vía mercado (los problemas que se han denunciado se originan en el procedimiento de asignación original vigente hasta el año 2005). Lo anterior sin perjuicio de procesos relacionados con la dinámica económica o técnica en determinados sectores, como es el caso de la consolidación de grandes conglomerados en el ámbito agrícola, o la existencia de grandes generadores eléctricos, fenómenos que no corresponde evaluarlos a través de la legislación de aguas.
- Existen problemas de sustentabilidad en ciertos valles localizados al norte de la RM, relacionados con las externalidades de diversos procesos, entre los que se cuenta el efecto de los traspasos de DAA vía mercado. Otros procesos con externalidades que afectan la sustentabilidad de dichos valles son: cambios en las tecnologías de riego, cambios de uso, incremento de zonas de riego y otros. Todos ellos provocan un mayor consumo de las aguas captadas y un menor caudal de retorno al sistema hidrológico, en comparación con la situación histórica, situación que genera un desbalance y significa una amenaza a la sustentabilidad de las explotaciones.

Regulación Razonable: California, Arizona

En *California* Los derechos de agua están *sujetos a regulación razonable* (Caso *People v. Murrison*, 2002). El uso del agua apropiada por particulares, o que pueda ser apropiada, para venta, alquiler, o distribución, es un *uso público*, sujeto a regulación y control por el estado, en la manera que establezcan las leyes (Sect. 5). Conforme la Constitución *uso beneficioso* del agua debe ser *maximizado*, el agua debe ser conservada, y derivada y usada bajo reglas de *razonabilidad*. Estos mandatos constitucionales aplican a todos los usos del agua, independientemente de las bases legales del derecho de aguas (Caso *Peabody v. City of Vallejo*, 1935). Y es justificado que la *prioridad de los derechos no ejercidos sea mas baja que la de los ejercidos* (Caso *In re Waters of Long Valley Creek Stream System*, 1979). Las provisiones constitucionales respecto del agua, no necesitan de ley que las desarrolle para que la Junta de Control las aplique (Caso *Environmental Defense Fund. v. East Bay Muni. Util. Dist*, 1980). *El requerimiento de prevención de desperdicio de aguas y uso y derivación razonables no afecta derechos adquiridos* (Caso *Imperial Irrigation Dist. v. State Water Resources Control Bd.*, 1990)

En *Arizona*, los pedidos de derechos de agua solo se aprueban cuando no sean en contra de los *intereses y bienestar del público*. Cuando hay procesos de adquisición preexistentes a la ley, los mismos solo se reconocen cuando los beneficiarios han, de buena fe, y cumpliendo con la legislación existente, comenzado las construcciones necesarias para su uso *beneficioso*, conduciendo sus trabajos con diligencia y continuidad. En cualquier caso los derechos definitivos se otorgan conforme la ley vigente.

107. Asimismo, en la práctica resulta difícil atender determinadas demandas básicas a través del mercado, como el uso doméstico en localidades rurales, no obstante su escaso caudal.

108. De acuerdo con lo anterior, se considera que, en general, el mercado es un mecanismo adecuado para atender las nuevas demandas, con las siguientes restricciones:

- Es necesario controlar las amenazas a la sustentabilidad que se pueden originar en las externalidades asociadas al traspaso de DAA. Para ese propósito es necesario establecer regulaciones para el traspaso de DAA, pasando de un mercado sin ningún tipo de regulación, a uno regulado.
- Es necesario consolidar usos basados en derrames, para proteger economías creadas.
- En el ámbito rural se generan necesidades por caudales pequeños relacionados con los sistemas de agua potable rural (APR) que, en la práctica, han presentado dificultades para acceder a DAA vía mercado. Para esos casos, resulta conveniente concebir procedimientos excepcionales para atender, en cualquier circunstancia, el derecho humano al agua para fines domésticos (por ejemplo: la reforma del código de aguas de 2005, autorizó a la DGA en su articulado transitorio, el otorgamiento de DAA a los sistemas de APR, sin considerar los derechos del resto de los usuarios).
- Pudieran existir situaciones en las que el Estado, por razones de interés público, estimara necesario recuperar caudales ya comprometidos con DAA existentes, para destinarlos a otros fines. Considerando que una acción de esa naturaleza pudieran generar daños o perjuicios a los usuarios titulares de los DAA, debiera tener como contrapartida el pago, cuando corresponda, de una indemnización. En la actualidad, la legislación en uso relativa a expropiaciones por razones de utilidad pública no considera las particularidades de una expropiación de ese tipo. Así, resulta necesario desarrollar un cuerpo legal que las regule, definiendo procedimientos para identificar los DAA que serían afectados, y los criterios de una indemnización justa para el Estado y los particulares.

109. La legislación vigente permite a la DGA modificar la forma de captar los recursos hídricos indicados en el DAA, ya sea trasladando el ejercicio de los derechos o cambiando la fuente de abastecimiento. Los traslados se tramitan ante la DGA a solicitud del titular y, en el caso del cambio de la fuente de abastecimiento, además del titular la solicitud puede realizarla un tercero interesado. Es importante destacar que la legislación que regula la ejecución de obras de riego por el Estado (DFL N° 1.123), otorga al Presidente de la República, previo informe de la DGA, una facultad similar tratándose de ese tipo de obras. En general corresponde que la autoridad las otorgue las autorizaciones siempre que se cumplan determinadas exigencias para garantizar la no afcción a derechos de terceros. Es importante destacar que, en la práctica, estas atribuciones son fundamentales para la existencia de un mercado de DAA, ya que rara vez las nuevas demandas se pueden atender desde el punto de captación original.

110. En relación con la legislación relativa a los traslados se pueden hacer los siguientes comentarios:

- Aunque la legislación no lo señala, se ha entendido que se trata de una normativa aplicable no solo a las aguas superficiales sino también a las aguas subterráneas, interpretación que sería conveniente incorporar en forma expresa a la ley.

- Como se indicó en anteriormente es necesario establecer la obligación de reservar caudales ecológicos en los lugares donde se han mantenido históricamente caudales.

111. La normativa relativa al cambio de fuente de abastecimiento nunca ha sido aplicada en la práctica. No obstante lo anterior, ella pudiera ser importante en el futuro tanto desde la perspectiva de los proyectos públicos como privados, al introducir una mayor flexibilidad en el marco de un sistema de DAA muy rígido, y facilitar una optimización de los aprovechamientos. En ese sentido interesa revisar su contenido en el marco del análisis realizado en el tema sobre Planificación y Gestión Integral de Recursos Hídricos a nivel de cuencas, respectivamente.

Recomendaciones

Derechos y obligaciones de los titulares de los DAA

112. En relación con esta materia resulta necesario organizar en forma coherente todos los elementos que definen el contenido de los derechos de aprovechamiento, y, como se indicó en el primer informe, se hagan cargo de las debilidades que presenta el texto vigente.

113. Para lo anterior sería conveniente revisar y complementar los artículos 6, 8 y 9 del CA. En particular sería necesario organizar en artículos separados los derechos y las obligaciones de los titulares.

En relación con los derechos de los titulares se propone considerar los siguientes:

- Usar y gozar de las aguas cuyos derechos le han sido otorgados, según las condiciones bajo las cuales fueron otorgados.
- El derecho a los medios necesarios para ejercerlos según lo establecido en los actuales artículos 8° y 9°, incluyendo el acceso a las servidumbres establecidas en el CA.
- El derecho a participar en su gestión a través de las organizaciones de usuarios, según las disposiciones del código.
- A requerir información y ser informados de las decisiones de la autoridad que pudieran afectar el ejercicio de los derechos.

Regulación y Eficiencia de Mercados de Agua. Sistemas Comparados.

Existen mercados de agua creados por ley similares al chileno, en Australia, España y Estados Unidos. El sistema americano se ha desarrollado históricamente, desde el siglo XIX a través de prueba y error, regulándose en consecuencia. España ha seguido este modelo. Australia y Chile son sistemas basados en la filosofía de no regulación propia de los años 1980's en que se gestaron.

En todos los casos los mercados han probado ser instrumentos aptos para asignar aguas a usos de mayor valor. Sin embargo, no todos los mercados operan con la misma eficiencia económica. Los mercados por sí no reflejan ni externalidades, ni valores ajenos al mercado, ni impactos a terceros ni el valor del agua. En la medida en que estos valores no son reflejados y compensados, la eficiencia económica de los mercados es menor. Hay una relación inversa entre control de externalidades y eficiencia. Hay una relación directa entre regulación de mercados y control de externalidades. Así, el control de externalidades a través de regulación, es fundamental para la eficiencia y la equidad. Por esta razón España y Estados Unidos regulan las transferencias limitándolas a volúmenes de agua históricamente usados, y limitan los derechos al uso efectivo y beneficioso.

En Arizona las transferencias de agua deben ser aprobadas por la autoridad de aguas, la que puede imponer condiciones solo se transfiere el agua efectivamente usada, y si es dentro de un distrito de riego, solo con su aprobación. La petición de aprobación de transferencia debe ser publicada con derecho a oposición. En Wyoming cuando se cambia el uso, o el lugar en que se efectúa el uso, el monto transferido no puede superar el históricamente derivado de la fuente, ni incrementar la tasa históricamente consumida, ni disminuir los flujos históricos de retorno. Además se deben considerar las pérdidas para la comunidad y el Estado; la relación entre la pérdida y el nuevo uso; y el posible pago de compensaciones (Art. 41-3-104, Ley de Aguas, Wyoming). Los intercambios de agua son promovidos por la política pública, pero el Ingeniero del Estado no los aprobará si son difíciles de administrar o contrarios al interés público (Art.41-3-106. Water Law, Wyoming).

Un régimen similar impera en España, donde la aprobación de la autoridad de manejo de aguas integra la operación de transferir, y cuya autoridad puede rehusar una aprobación por cuestiones de interés general (España, TRLA, arts. 67 a 72).

Australia y Chile no regulan los mercados ni los sujetan a volúmenes históricamente usados, así como tampoco limitan los derechos en función de uso efectivo y beneficioso. En estos dos países los efectos de mercados no regulados afectan la sostenibilidad del recurso hídrico y los intereses y usos de terceros. (Young, 2012; Donoso 2011; Basta y Colby 2010; Hanemann 2006; Rogers et al. 2005; Colby 1998; Colby et al 1993; Colby 1990, Colby 1987; Colby y Bush 1987; Colby et al. 1987; Boulder et al. 1987).

- A transferir el derecho a su conveniencia, siempre que de ello no derive perjuicio al interés general, al medio ambiente o al ejercicio de los derechos de terceros, según lo establezcan los planes a nivel de las cuencas (ver sección 5).

- A ser indemnizados si son expropiados por razones de utilidad pública, o de interés social o nacional, en lo que corresponda a la pérdida derivada del no aprovechamiento del recurso hídrico realizado en asociación al derecho.
- A trasladar el punto de captación o a solicitar cambio de fuente de suministro, de acuerdo a las normas del CA.

En relación con las obligaciones de los titulares de derechos de aprovechamiento, se propone que se reconozcan las siguientes:

- Los titulares deben hacer uso de los DAA otorgados en forma que sea efectiva, razonable y beneficiosa, habida cuenta del bien del dominio público que les ha sido otorgado para su aprovechamiento. Ello conlleva la obligación de cumplir la normativa ambiental en relación con la contaminación de las aguas, la protección de los suelos y otras disposiciones.
- Las transferencias de derechos de agua comprenderán los volúmenes de agua efectiva y realmente utilizadas, y estarán sujetas a control de externalidades ambientales, sociales, y económicas, incluyendo perjuicios a terceros.
- Efectuar ejercicio de los derechos con plena sujeción a las normativas y disposiciones del CA.
- Los titulares tienen la obligación de entregar en forma fidedigna, oportuna y con las formalidades pertinentes la información que le sea requerida por la autoridad competente y, en lo que corresponda, a las organizaciones de los usuarios, en relación con el ejercicio de los DAA y las variables asociadas a su aprovechamiento. De igual forma, tendrá la obligación de instalar los dispositivos que le sean solicitados para la obtención de dicha información.
- Asimismo, es deber de los titulares facilitar los medios a la autoridad para que pueda fiscalizar el adecuado ejercicio de los DAA y el cumplimiento de las disposiciones del CA.

114. El no cumplimiento de estas obligaciones, pueden ser motivo de sanción, las cuales deben tener gradualidad pudiendo llegar a la revocación, tema que es abordado en la sección 7 del presente informe.

Compensaciones en Derecho Comparado, USA.

Algunos sistemas permiten el ajuste de los derechos de agua conforme a cambios en conocimiento y circunstancias, permitiendo el ajuste de derechos pagando el valor de mejoras y valor agregado, bajo la doctrina de la tutela pública. (Caso Nat'l Audubon Soc'y v. Super, 1983); Caso Illinois Cent. R.R. v. Illinois, 1892; Caso Kaiser Aetna v. United States, 1979)

115. En relación a los derechos que otorga un DAA a sus titulares, se ha señalado el relativo a la recepción de una justa indemnización, en caso de expropiación. Asociado a ello se hace necesario desarrollar un articulado que regule en la legislación los diversos aspectos relacionados con la materia. Al respecto se proponen los siguientes contenidos fundamentales:

- Sobre las causales y procedimientos para una expropiación:

116. Las razones de utilidad pública que pudieran justificar un procedimiento expropiatorio se estima serían:

- No existan fuentes alternativas, económicas y técnicamente factibles, que permitan abastecer de agua potable a la población.
- La preservación o restablecimiento de la sustentabilidad hídrica del desarrollo de una cuenca o acuífero.
- La necesidad de recuperar el equilibrio ambiental de una cuenca o acuífero.

Para hacer efectiva una expropiación, se propone los siguientes lineamientos sobre los procedimientos a seguir:

- La expropiación debiera estar incorporada como una necesidad en el Plan Director de la cuenca respectiva (ver Tema 5).
- Estudios preparados por equipos de expertos independientes deberán identificar los DAA que deban ser expropiados a partir de consideraciones objetivas establecidas en un reglamento.

117. Sobre los montos de las indemnizaciones y las apelaciones se proponen los siguientes criterios:

- Los montos deberán corresponder a la pérdida real derivada de la privación del uso efectivo y beneficioso del agua que venía en la práctica utilizando el titular del derecho. No hay pérdida sin uso efectivo.
- del no aprovechamiento del recurso hídrico asociado al derecho.
- La legislación establecerá procedimientos de apelación y pago, en concordancia con los empleados en la legislación aplicada en el país en materia de obras públicas.

4. NECESIDAD DE FORTALECER EL ROL DEL ESTADO EN LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

118. Una vez analizada la naturaleza de los DAA, es necesario revisar el Rol del Estado y de los particulares en el uso y goce de estos derechos. El Código de Aguas de 1981, de acuerdo a los principios económicos en vigor en el país al momento de su promulgación, otorgó un rol muy limitado al Estado en la gestión de los recursos hídricos a pesar de su definición como bien nacional de uso público.

119. En 2005, este rol se fortaleció con la Ley No 20.017 que introdujo importantes reformas al código. Sin embargo, aún hoy las facultades estatales son insuficientes para asegurar una gestión sustentable del recurso y proteger adecuadamente los requerimientos hídricos de los grupos vulnerables y del medio ambiente.

Limitaciones del marco legal

120. Esta situación se debe a que el marco legal, a pesar de reconocer los recursos hídricos como bienes nacionales de uso público, no define el rol del Estado en el resguardo de los intereses comunes. Más específicamente, el marco legal:

a) Omite referirse a los múltiples beneficios que se derivan para la sociedad de los recursos hídricos y al papel estratégico de estos recursos en el desarrollo económico y social del país; respaldo para justificar el rol del Estado en el resguardo de los intereses comunes. Así, no da cuenta, al menos en forma directa, de:

- i) El papel del agua para atender necesidades básicas para la vida humana.
- ii) La necesidad de resguardo de las funciones ambientales del agua.
- iii) El papel del agua en relación con la cultura y forma de vida de determinados pueblos.

b) No le asigna al Gobierno en forma específica funciones que son fundamentales para el resguardo de los intereses comunes, como son:

- i) La elaboración de lineamientos de política y de una estrategia nacional hídrica para orientar/alinear alrededor de visiones generales el actuar de los varios ministerios e instituciones que participan, en diversas formas, en la gestión del agua en el país.
- ii) La planificación, como herramienta prospectiva fundamental para identificar e implementar en forma coordinada acciones necesarias en distintos horizontes de tiempo para atender las necesidades del sector, en especial considerando los cambios naturales y de carácter antropogénico que experimentan las cuencas, el ciclo hidrológico y el clima.
- iii) El fomento de determinados comportamientos en la sociedad, para un mejor cuidado y aprovechamiento de los recursos hídricos.

c) La legislación actual no es clara y presenta dispersión de responsabilidades en cuanto a los sistemas de otorgamiento y reconocimiento de derechos de agua, control y protección de calidad de aguas, y protección y explotación de cauces. Esta dispersión conspira en contra del manejo integrado del agua, vista la sistematicidad de la hidrología, economía, roles ambientales y efectos sociales del manejo del recurso

d) No tiene poderes suficientes ni instrumentos para asegurar que el agua se use en beneficio público y para restringir externalidades tales como las derivadas de la intensificación de usos consuntivos (como por ejemplo, cambio de riego tradicional a uno moderno con expansión de superficie en que se aplica el agua). No hay obligación de uso, y se permiten transacciones nominales de derechos y no hay subordinación al principio de uso efectivo y beneficioso.

Estados Unidos y España: principio de autoridad única de aguas, uso efectivo y beneficioso

Los derechos de agua llevan aparejada para su validez una obligación de uso efectivo y beneficioso. En casi todos los países la tutela implica uso efectivo o bajo sanción de pérdida del derecho. A su vez, la implementación de la tutela requiere conocimiento y estrategias integradas en una sola institución pública para el manejo del agua. Estas están a cargo del control y planificación de todos los aspectos de gestión hídrica, desde el otorgamiento de derechos al control de contaminación para aguas superficiales y subterráneas. En calidad y cantidad. (Caso Farm Investment Co. v Carpenter, 1900). Hubieron casos legales al respecto que fueron resueltos a favor de sistemas unificados administrativos en función de los costos de transacción que implicaban los sistemas basados en cortes judiciales, la ignorancia y fragmentación de las mismas, y la posibilidad de decisiones contradictorias en la dispersión.

La misma agencia estatal que tiene la responsabilidad para emitir permisos normalmente fiscaliza el cumplimiento y la aplicación de la ley, controlando que el ejercicio de los derechos corresponda a sus condiciones y características. Se emplean funcionarios públicos que controlan el flujo y distribución de aguas conforme al régimen legal de los derechos de uso (Getches y Solanes, 1998)

En Arizona la ley de aguas, la administra el Departamento de Aguas, tanto en lo que hace a aguas subterráneas como superficiales. En California la Junta de Control de Aguas (State Water Resources Control Board) fue creada en 1967, protege la calidad del agua, estableciendo políticas al respecto, y es la única responsable por la entrega de derechos de aguas. Interactúa con Juntas Regionales, y es apoyada por una Oficina de Ejecución (Office of Enforcement) para la ejecución pronta y justa de la ley y las regulaciones (Swift and Fair).

En Nuevo México la Oficina del Ingeniero del Estado es responsable por la administración de los recursos hídricos del estado. Tiene poderes de supervisión, medición, apropiación y distribución de todos los recursos de aguas superficiales y subterráneas de Nuevo México incluyendo los cursos de agua que transponen los límites del Estado.

Recomendaciones

121. De acuerdo a lo señalado, el marco legal debiera ser revisado en sus fundamentos generales, para permitir el desarrollo coherente de disposiciones que den forma al rol de tutela que debe cumplir el Estado en una sociedad moderna, en relación con la gestión del recurso hídrico, y su naturaleza de bien nacional de uso público.

122. En particular se recomienda fortalecer el papel del Estado en la gestión del agua, agregando a continuación del artículo 5 del CA, que define el carácter de bien nacional público de las aguas y establece la posibilidad de otorgar a los particulares derechos de aprovechamiento, un articulado que defina sus responsabilidades como representante del interés común en la administración de dicho bien. Dicho articulado, que se debe corresponder con obligaciones de los usuarios, debiera considerar las siguientes ideas centrales:

- a) Declarar el papel de tutela irrenunciable, 41 e imprescriptible, 42 que corresponde al Estado sobre el manejo del recurso hídrico declarado Bien Nacional de Uso Público, sin que para ello sean obstáculo los derechos de aprovechamiento concedidos.
- b) Establecer el derecho de las personas a acceder al agua para atender a sus necesidades básicas, en volúmenes compatibles para ese objetivo, en cualquier circunstancia, sin requerir para ello el otorgamiento de derechos de aprovechamiento.
- c) Establecer la obligación del Estado de considerar en sus decisiones los resguardos adecuados para la conservación de la función ambiental de los recursos hídricos y los usos consuetudinarios.
- d) Declarar la obligación del Estado, a través de sus órganos, de promover una cultura en la sociedad que se oriente a una gestión armónica del recurso hídrico considerando la función social, productiva y ambiental del agua.
- e) Declarar la obligación del Gobierno de elaborar y dictar una Política Nacional de Recursos Hídricos, que contenga los lineamientos generales de la actuación del Estado respecto de sus objetivos, instrumentos y metas. Dicha política, obligatoria para los distintos órganos del Estado, tendría una duración prolongada (10 años) y debiera ser aprobada por ley por el Congreso Nacional.
- f) Establecer la obligación de la administración de aguas de controlar externalidades, y la obligación de los usuarios de no producirlas
- g) Establecer el principio de uso efectivo de los derechos como condición de existencia y medida de los derechos,
- h) Establecer que las transferencias de derechos estarán medidas por el uso efectivo realizado.
- i) Sujetar la medida de los derechos y su eventual expansión de uso a las tecnologías de mejora de eficiencia económicamente disponibles y a la obligación de no generar externalidades negativas ni para el ambiente ni para terceros.

⁴¹ El Estado no puede desistirse de esta responsabilidad.

⁴² Esta responsabilidad no puede caducar.

5. NECESIDAD DE HACER MÁS EFECTIVA LA PARTICIPACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS EN LA GESTIÓN DEL AGUA

123. Las organizaciones de usuarios de agua (OUA) son entidades privadas sin fines de lucro que gozan de personalidad jurídica y que son reguladas detalladamente por el Código de Aguas, el que le dedica 105 artículos (Libro Segundo, Título III, artículos 186 a 293).

124. El Código establece que si dos o más usuarios de agua tienen derechos sobre el mismo canal, embalse, o aprovechan las aguas de un mismo acuífero, podrán organizarse en una asociación de canalistas, comunidad de aguas o cualquier tipo de sociedad, con el objeto de tomar las aguas del caudal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento. En el caso de cauce natural, podrán organizarse en Juntas de Vigilancia. La constitución de OUA no es obligatoria, excepto en un acuífero declarado zona de prohibición u área de restricción, en el cual la declaración da origen a una comunidad de aguas subterráneas formada por todos los usuarios comprendidos en su ámbito.

125. Dentro de las OUA, las Juntas de Vigilancia (JV) y las Comunidades de Aguas Subterráneas (CAS) tienen un rol particularmente importante en la gestión de los recursos hídricos (GRH) porque tienen por objeto administrar y distribuir las aguas a las que tienen derecho sus miembros en las fuentes naturales.

126. Las funciones principales de las JV y de las CAS en la GRH según el CA son las siguientes:

- a) Distribuir las aguas de las fuentes naturales que administren (JV y CAS)⁴³;
- b) Velar que se respeten los DAA en el prorrateo del caudal matriz, impidiendo que se extraigan agua sin título (CAS) y tomar las medidas que tiendan a la correcta distribución de los DAA sometidos a su control (JV)
- c) Velar por el cumplimiento de las obligaciones que la ley, los reglamentos y los estatutos imponen a la organización y a sus miembros (CAS y JV)
- d) Fijar las multas que corresponden aplicar a sus miembros (CAS y JV)
- e) Privar del uso de las aguas en los casos que prevén las leyes o los estatutos de la Junta (JV) y aplicar las multas fijadas por su directorio (JV y CAS);
- f) Solicitar, por intermedio del Juez, el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir y respetar las medidas de distribución de las aguas que acordase (CAS);
- g) Declarar su escasez y, en este caso, fijar las medidas de distribución extraordinarias y suspenderlas (solamente JV);
- h) Solicitar a la DGA la declaración de agotamiento de los caudales de agua sometidos a su jurisdicción (JV);
- i) Llevar una estadística de los caudales que se conducen por los canales de las Comunidades de Aguas y Asociaciones de Canalistas (JV y CAS);
- j) Realizar programas de extensión para difundir entre los comuneros las técnicas y sistemas que tiendan a un mejor empleo del agua (CAS)

⁴³ En el caso de las comunidades de aguas, el CA menciona: “atender a la correcta distribución de los DAA de los comuneros” (Art. 241). En el caso de la JV, el CA menciona: “distribuir las aguas de los cauces naturales que administren” (Art. 274).

- k) Representar a sus miembros en el procedimiento de perfeccionamiento de los títulos donde consten sus DAA de aguas (JV o CAS cuando no hay JV en el lugar).

127. La importancia del rol de las OUA en la GRH es particularmente crítica dada las limitadas potestades de fiscalización de sus actividades que tiene la DGA. Solo en casos de extraordinaria sequía o faltas reiteradas o abusos de distribución de las aguas, la DGA puede suspender transitoriamente las atribuciones o intervenir a las OUA.

128. A continuación, se presentan las principales debilidades del marco legislativo relacionado a las OUA. Estas insuficiencias son derivadas de una discrepancia, en el marco legal, entre la concepción de las OUA (JV, CAS) y sus funciones en la gestión del agua. De hecho, las OUA son entidades privadas muy poco reguladas por el Estado, concebidas para administrar bienes para el exclusivo interés de sus miembros, y no para cumplir, además, funciones de naturaleza pública. Estas discrepancias se explican por el origen histórico de las OUA (la mayoría de ellas se han desarrollado para construir y operar canales de riego en los siglos XVIII y XIX) y por la creciente complejidad de la gestión de los recursos hídricos en el país (requiriendo funciones y control que no eran tan necesarios en el pasado, cuando los recursos eran más abundantes y menos sujetos a problemas de contaminación e impactos antrópicos).

129. Las insuficiencias del marco legal se pueden clasificar en tres categorías distintas:

- a) El control público sobre las funciones que desempeñan las OUA;
- b) El alcance de las funciones asumidas por las OUA en la gestión de los recursos hídricos;
- c) Las exigencias de transparencia, rendición de cuentas y participación en el régimen de gobierno y en la orgánica interna de las OUA.

Limitaciones del marco legal acerca de las funciones de las OUA

130. El alcance de las funciones asumidas por las OUA en la gestión de los recursos hídricos es limitado considerando los desafíos crecientes que afronta el país en esta materia y las ventajas comparativas que tienen las OUA frente a los organismos públicos (presencia en el terreno, interés propio de las OUA) para algunas de estas funciones adicionales.

131. Sobre las funciones que desempeñan las OUA en la actualidad se ve la necesidad de revisar al menos los siguientes aspectos:

- a) El control y vigilancia de la contaminación de las aguas en los sistemas de conducción: Existe una creciente preocupación en los usuarios de aguas respecto a la necesidad de asegurar la calidad de las aguas que utilizan en sus aprovechamientos. Si bien se han realizado importantes avances en el país en el control de la contaminación por vertidos puntuales a cauces naturales, diversos informes señalan que frecuentemente la contaminación de las aguas se produce al interior de los sistemas de distribución de las aguas, en particular en los canales de riego. En el ordenamiento legal vigente, dicha función la cumplen en forma exclusiva los organismos públicos, aunque resulta evidente que las OUA (asociaciones de canalistas y comunidades de aguas) están en las mejores condiciones para prevenir, alertar y eventualmente prevenir problemas de contaminación

al interior de los sistemas de conducción, ya que (i) conocen en detalle las condiciones de terreno y las actividades productivas; (ii) cuentan con personal recorriendo los sistemas para vigilar y operar la obras y distribuir las aguas y (iii) como organizaciones de usuarios son particularmente interesadas a que no se contaminen las aguas en los canales.

- b) Vigilancia del uso del dominio público hidráulico: Para el ejercicio de sus actuales funciones, las OUA (Juntas de Vigilancia) mantienen una permanente vigilancia sobre los caudales que escurren por los cauces naturales sometidos a su jurisdicción y sobre bocatomas y extracciones de canales. En este contexto, se encuentran en las mejores condiciones para cooperar con los organismos públicos en las tareas de vigilancia sobre la cantidad/calidad de las aguas, y la situación de los ecosistemas ribereños. Lo mismo sucede con la vigilancia de los cauces como parte del dominio público hidráulico, en cuya vigilancia y protección en Chile intervienen distintas instituciones, no existiendo institucionalidad específica encargada de manejar las condiciones de complejos ecosistemas fluviales que se usan como medio de vida para comunidades locales, para la conducción de las aguas con fines productivos, como fuente para la extracción de áridos, como canal de descarga de aguas lluvias, como repositorio de efluentes domésticos e industriales tratados o no, para la disposición ilegal de residuos sólidos y es también el espacio de atenuación y conducción de crecidas que son muchas veces fuente de riesgo relevante. En el cauce público se localizan también obras hidráulicas de distinta magnitud que requieren operación, mantenimiento y vigilancia permanente. Igual que el caso anterior, las OUA tienen interés propio en asumir estas tareas y tienen ventajas comparativas relacionadas con su conocimiento y presencia constante en el terreno.
- c) Representación de los asociados ante entidades públicas y tribunales: La legislación vigente no entrega a las OUA atribuciones para representar a sus miembros ante terceros⁴⁴, sean entes públicos o privados, tales como la Comisión Nacional de Riego, la Dirección de Obras Hidráulicas, tribunales o empresas. En rigor, cualquier compromiso que incida en la disponibilidad de las aguas debiera ser contraído en forma individual por los titulares de derechos de aprovechamiento. Para una gestión adecuada de los recursos hídricos, sería conveniente definir y regular este papel por parte de las OUA (JV, CA y Asociaciones de Canalista) lo que requiere un mejoramiento de su gobernabilidad interna.
- d) Realización de mediciones hidrológicas y obtención de información técnica: Para el cumplimiento de sus tareas habituales las OUA deben obtener información técnica hidrológica, sin embargo, esas labores son apenas mencionadas en la legislación y las OUA no tienen la obligación de transferir la información a los organismos públicos encargados, como la DGA (excepto en el caso de las CAS, cuando la DGA lo exige). Al respecto el CA menciona que:
- Las Comunidades de Aguas y Asociaciones de Canalista tienen que “*llevar una estadística de los caudales que se conducen por los canales de la comunidad*” (Art. 241 y 258 del CA);
 - Las Juntas de Vigilancia debe “*exigir el cumplimiento por las Comunidades de Aguas Y Asociaciones de Canalista de llevar esta estadística*” (Art. 274 del CA);

⁴⁴ Hay una excepción. La Ley 20697 Art. Único No3 del 12 de noviembre de 2013 introduce al CA: (i) en el Art. 274, la facultad del directorio de la Junta de Vigilancia a representar a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas sometidos a su control en el procedimiento de perfeccionamiento de los títulos en que consten sus derechos, previo acuerdo por los dos tercios de los votos emitidos en junta extraordinaria convocada a tal efecto y (ii) en el Art. 241, la misma facultad al directorio de las Comunidades de Aguas cuando no hay Junta de Vigilancia.

- La DGA puede exigir a las comunidades de aguas subterráneas “*la instalación de sistemas de medida en las obras y requerir la información que se obtenga*” (Art.68 del CA).

132. Tratándose de materias que, en muchas ocasiones, son precondition para una adecuada gestión del recurso hídrico, sería aconsejable revisar el alcance de dichas labores y la necesidad de entregar información al Estado con ciertos estándares de calidad.

Contribución al uso sustentable del recurso hídrico: De acuerdo a la legislación vigente, las funciones de las OUA se refieren principalmente a la distribución de las aguas entre los asociados según derechos y la conservación y desarrollo de las obras de aprovechamiento común. Considerando que los objetivos de la gestión del agua han evolucionado y en la actualidad incluyen la preocupación por el medio ambiente y la sostenibilidad de los sistemas, es necesario incorporar estas dimensiones al ejercicio de las tareas que desempeñan. Al respecto, se puede indicar que la actuación práctica de las OUA (principalmente JV y CAS) puede incidir directamente en temas tales como la mantención de los caudales ecológicos definidos por la Autoridad, en el control de la sobreexplotación de los acuíferos, en la conservación de humedales protegidos, entre otros. Hay que tener claro, sin embargo, que sus incentivos, condicionados por el sistema de gobernabilidad interna actual (votación en función de derechos que tiene cada uno, sin quórums, etc.), las dirige a concentrarse únicamente en proteger intereses de sus miembros en su área de jurisdicción. Por ello la introducción de nuevos objetivos requiere modificar el régimen legal de las OUAs, su relación con la autoridad central de la gestión de aguas, los poderes que esta autoridad tiene en relación con las OUAs, y las sanciones aplicables a las mismas y a sus miembros que pudieran haber por incumplimiento.

Limitaciones del marco legal vigente acerca del funcionamiento de las OUA

133. En relación con el régimen interno de gobierno de las OUA, los antecedentes muestran que, salvo algunas excepciones que se presentan en organizaciones de mayor tamaño, ellas cumplen sus funciones en un contexto de gran precariedad. Las OUA son organizaciones de larga historia; su régimen de gobierno y su orgánica interna, tal como definidos en la legislación, no responden a las exigencias de transparencia, rendición de cuentas y participación propias de las sociedades democráticas modernas. Estos aspectos son aún más relevantes cuando estas OUA asumen funciones públicas de gestión del recurso hídrico. En este punto interesa revisar, al menos, los siguientes aspectos del marco legal:

- Participación de los titulares de derechos no consuntivos y de aguas subterráneas en las Juntas de Vigilancia: Aun cuando la legislación considera la participación de los titulares de derechos no consuntivos y de aguas subterráneas en las Juntas de Vigilancia⁴⁵, en la práctica estos no participan. Una razón mayor es que el Código no resuelve el importante punto del peso de su representación en comparación con los usuarios de aguas superficiales consuntivos. Lo anterior, debido a que la disposición general, que teóricamente resuelve el punto, es inaplicable en la práctica. En efecto, ella establece que

⁴⁵ El CA indica que: “las personas naturales o jurídicas y las organizaciones de usuarios que en cualquier forma aprovechen aguas superficiales o subterráneas de una misma cuenca u hoya hidrográfica, podrán organizarse como junta de vigilancia” (Art. 263).

existe proporcionalidad entre votos y derechos, sin embargo, debido al posible uso sucesivo de los derechos no consuntivos, estos pueden superar largamente a los derechos consuntivos, generando una distorsión en la representatividad. Por su parte, la relación entre aguas superficiales y subterráneas es compleja y requiere de una representación balanceada entre ambos tipos de titulares para una adecuada gestión, con independencia del peso relativo de los derechos de cada tipo, lo que no garantiza el sistema vigente.

- Representación de las minorías: La regla actual de proporcionalidad entre votos y derechos, presenta el problema de que desincentiva la participación de los usuarios con menores derechos en la toma de decisiones. Así, las OUA pueden ser percibidas como representativas de los usuarios con mayores recursos. En este sentido, cabe hacer presente que el código de 1969, anterior al de 1981, consideraba una representación más equitativa según el número de acciones, pero corregida por la asignación de un cierto número de votos en forma igualitaria a cada miembro de la OUA.
- Normas de rendición de cuentas y transparencia: Las disposiciones existentes sobre esta materia son particularmente débiles, ya que básicamente responden a los estándares y posibilidades tecnológicas existentes hace ya varias décadas. En la actualidad, las exigencias se reducen a la realización de una asamblea anual, donde el directorio de la OUA da cuenta de su gestión y se establece el programa (y las cuotas para el financiamiento de la organización) para la próxima temporada. No hay obligaciones tales como la realización de balance o auditorias que reducirían la asimetría de información entre los directivos y los miembros, habitual en este tipo de organización. No existen medidas para asegurar el funcionamiento de la democracia interna como, por ejemplo, un límite sobre los periodos de permanencia de los directivos.

Limitaciones del marco legal vigente acerca del control de las OUA

134. Según el CA, la fiscalización de las OUA por parte de la DGA solo puede ejercer sus facultades de fiscalización respecto de las OUA que se encuentren legalmente organizadas, esto es, registradas en dicho servicio. Muchas de las comunidades de aguas no lo son.

- La supervigilancia de las OUA por parte de la DGA (Art. 299, letra e del Código de Aguas) La DGA tiene que “*supervigilar el funcionamiento de las OUA, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Aguas*” (Art. 299 letra e) del Código de Agua).
- El funcionamiento de las OUA se rige por el Párrafo 1 del Título III Libro II del Código de Agua y los Estatutos de la organización; que describen, entre otros, las funciones, los deberes y las reglas internas de las OUA.
- El incumplimiento a las normas que rigen el funcionamiento por parte del órgano colegiado que dirige la OUA (el Directorio o los administradores) es sancionado con multas mínimas que no pueden exceder de 20 UTM mensuales (o aproximadamente 1.400 USD)⁴⁶.
- La multa la aplica el Juzgado de Letras correspondiente al lugar donde se verificó la contravención.

⁴⁶ Art. 173 del CA: Toda contravención al CA que no esté especialmente sancionada, será penada con multa que no podrá exceder de 20 UTM mensuales, sin perjuicio de las otras responsabilidades civiles y penales que procedan.

- En la práctica, la fiscalización referida en el Art. 299, se ha limitado a la aplicación de las disposiciones de los artículos 283 a 293 del punto 5 sobre Normas comunes para las organizaciones, del Título III De las Organizaciones de Usuarios; solo permiten la fiscalización como resultado de denuncias de partes interesadas en la distribución del agua y la gestión económica de las OUA. Estos tipos de fiscalización se tratan a continuación.
- La DGA puede fiscalizar la distribución del agua y la gestión económica de la OUA solo a petición de parte interesada (Art. 283 a 293 del CA).
- La fiscalización de la DGA sobre las OUA considerada en la actual legislación se limita a intervenir en caso de denuncias de los miembros por temas económicos y relativos a la distribución de las aguas⁴⁷ Sin embargo, en la práctica hay muy pocas denuncias.

135. Los procedimientos de la fiscalización por parte de la DGA en respuesta a una denuncia se describen a continuación.

- El interesado debe presentar su solicitud a la DGA incluyendo los hechos en que la sustenta.
- En caso de denuncias sobre la distribución del agua, la DGA tiene que trasladar la denuncia al presidente de la OUA fijándole un plazo para contestar. Si la DGA considera admisible la solicitud, dictara una resolución que así lo declare y designara un delegado para que practique la investigación de los hechos denunciados. Asimismo fijara la cantidad de dinero que debe depositar el solicitante para responder a los gastos que se originen, dentro del plazo que se fije al efecto. Si no se efectúa el depósito no se hará gestión ninguna y se archivarán los antecedentes presentados.
- En caso de denuncias sobre la gestión económica, la DGA designa un delegado para investigar el asunto.
- En ambos casos, distribución de agua y gestión económica, base al informe fundado del delegado, la DGA dicta una resolución declarando comprobada o no la denuncia.
- Si se comprueban las faltas o abusos, en caso de distribución de agua, la DGA debe requerir al Directorio o administradores de la OUA, para que corrijan las anomalías en un plazo determinado.
- En el evento que continúen las faltas en la distribución de aguas, la DGA podrá solicitar a la justicia ordinaria que decrete la intervención de la OUA en la distribución del agua por periodos que no exceden 90 días. Las facultades en materia de distribución serán ejercidas durante el periodo de intervención por las personas que designe la DGA.
- Si se comprueban las faltas o abusos, en caso de gestión económica de la OUA, la DGA cita a una asamblea general extraordinaria, para que los asociados deciden que hacer. La voluntad de la OUA que se expresara por votación determinara la decisión sobre las irregularidades contables verificadas. Sin embargo, si las faltas

⁴⁷ Art. 283 del CA: “si una OUA se hubiese cometido faltas graves o abusos por el directorio o administradores en la distribución del agua, cualquiera de los afectados podrá solicitar la fiscalización por parte de la DGA”.

o abusos pudieren importar delitos de acción penal pública, el Director de la DGA está obligado a denunciarlos al Ministerio Público.

- Sanciones. El Código Penal contempla el delito de usurpación de aguas pero con penas muy bajas y sin aclarar si procede para el caso de aguas subterráneas. El artículo 173 del Código de Aguas establece una multa máxima de apenas 20 UTM (no más de US\$ 1.400) respecto de toda contravención a sus normas que no esté especialmente sancionada, sin tipificar claramente los hechos que se sancionan. No tiene efecto disuasivo y los tribunales no la aplican⁴⁸.

136. La DGA carece de facultad de imperio debiendo recurrir a los Tribunales Ordinarios de Justicia para solicitar el cumplimiento de las sanciones impuestas. Por ende, el alcance de la fiscalización de las OUA resulta extremadamente reducido. Las denuncias son muy pocas, la fiscalización de oficio es inexistente en la práctica, y los procedimientos son tales que muy pocos de las faltas comprobadas se traducen con medidas correctivas. Esta limitada capacidad de fiscalización no se condice con el rol público que ejercen las OUA al distribuir las aguas según los DAA como tampoco condicen a la magnitud de los daños que se pueden causar a los titulares de derechos. Tampoco da cuenta de la imposibilidad de los usuarios individuales de ejercer un control real sobre una organización compleja, como es una OUA. Lo anterior, así como las nuevas atribuciones y obligaciones que se debieran asignar a las OUA, según el análisis anterior,

Organizaciones de Usuarios en Derecho Comparado

La caracterización legal de las OUAs en derecho comparado las aleja del modelo chileno. El recurso que manejan, sus necesidades operativas, y requisitos de acción han hecho que en Europa en general, Alemania, España, Estados Unidos, Argentina, y aún Taiwán las OUAs tengan personalidad pública. Esto se debe a que el agua es un bien de dominio público, la membresía es obligatoria, no hay derecho de secesión, se pueden imponer tasas y cobrarlas compulsivamente, se pueden establecer y obligar a cumplir medidas de manejo, y resolver conflictos (IBRD- The World Bank- 1995).

Como al mismo tiempo estas entidades se prestan a abusos, como captura por grupos de poder, abuso en la distribución de aguas, malversación de fondos, decisiones clientelistas, contrataciones no competitivas, entre otras conductas incorrectas, están también sujetas a fuertes controles públicos, los que incluyen, entre otros: las obligaciones anejas a los derechos de agua, condiciones legales mínimas, monitoreo de elecciones, requerimiento y aprobación de planes de trabajo, aprobación de presupuestos y cobros financieros y monitoreo y control de ejecución, control y rendimiento de cuentas, obligaciones contables, inspección de cuentas y actas, remoción de autoridades, revisión de decisiones, formación compulsiva, y otras medidas.

justifican el desarrollo del papel fiscalizador de la Autoridad en este tema.

Recomendaciones

137. Para superar las insuficiencias del marco legal vigente en relación con el rol de las OUA en la GRH, no resulta relevante ni factible una modificación extensa del detallado articulado relacionado a las OUA, sino más bien introducir algunos cambios puntuales en algunos aspectos especialmente sensibles. A través de estos cambios, se propone revisar un modelo que concibe

⁴⁸ Diagnóstico, Proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones. Boletín 8149-09, Marzo 2012.

las OUA como una entidad privada, que responde sólo ante sus miembros, a una entidad que además coopera con el Estado y es parte de un sistema público/privado que busca el adecuado conocimiento y gestión de los recursos hídricos, teniendo siempre presente el interés público. En este contexto se propone, fortalecer el papel fiscalizador del Estado sobre las OUA de acuerdo a su rol público de GRH; ampliar las funciones de las OUA en la GRH reconociendo sus ventajas comparativas y modernizar el funcionamiento interno de las OUA, en términos de participación, rendición de cuenta y transparencia.

138. A ese efecto se deben arbitrar las medidas para que en todo lugar en el que se ejercen derechos de aprovechamiento de aguas exista la respectiva organización de usuarios que se responsabilice de cumplir las funciones que prevé la ley. Debe evitarse que la existencia de la OUA esté sujeta exclusivamente a la voluntad discrecional de los tenedores de derechos y que haya secciones de ríos con necesidad de supervisión y control que no cuenten con Junta de Vigilancia por falta de decisión de los usuarios que ejercen derechos en esa sección. A ese efecto la normativa debe ser clara y específica en cuanto a membresía obligatoria de todo derecho habiente a la OUA en la que ejerce sus derechos y/o recibe servicio. El pertenecer a la OUA no es solamente un derecho sino una obligación de aquellos que tienen derechos de aprovechamiento.

139. En este marco se recomiendan las siguientes medidas:

1) Ampliar las funciones y deberes de las OUA:

Se propone ampliar las funciones de las OUA en la GRH reconociendo sus ventajas comparativas frente a órganos públicos; ventajas relacionadas con su conocimiento y presencia en el terreno así como su propio interés en el cumplimiento de algunas de ellas. La ampliación de las funciones de las OUA en la GRH es también relacionada a la necesidad de una mayor actuación en la GRH para responder a las crecientes presiones sobre el recurso en cantidad y calidad. Más específicamente se proponen los siguientes cambios:

- a) La vigilancia del dominio público hidráulico y el control de la contaminación de las aguas en los sistemas de conducción.

Se propone ampliar las funciones de las comunidades de aguas y de las asociaciones de canalistas al control y vigilancia de la contaminación de las aguas en los sistemas de conducción en el medio rural. Por ello, resulta necesario:

- Establecer la membresía obligatoria de todo derecho habiente a la OUA en la que ejerce sus derechos y/o recibe servicio.
- Modificar el artículo 92 del CA, que asigna a las municipalidades el control de vertidos que afecten la calidad de las aguas en acueductos, limitando su papel a las zonas urbanas y entregando dicho papel en el medio rural a las comunidades de aguas y asociaciones de canalistas.
- Añadir esta función al art. 241 del CA que describe las funciones de las comunidades de aguas y asociaciones de canalistas.

- Hacer extensivo el artículo 242 del CA⁴⁹, relativo al uso del auxilio de la fuerza pública, a materias relativas al control de la contaminación.
 - Vigilancia de uso del dominio público hidráulico.⁵⁰
 - Se propone incorporar al objeto de la Junta de Vigilancia (artículo 266), la función de colaborar con la Autoridad en la vigilancia de los cauces de su área de actuación, cumplir con sus obligaciones legales, y sujetarse a las instrucciones de la Autoridad para el cumplimiento de sus obligaciones
 - Representación de sus miembros ante las autoridades y los tribunales.
 - Se propone incorporar al objeto de la Junta de Vigilancia (artículo 266), la función de representación a los titulares de DAA en las negociaciones ante las autoridades y ante los tribunales. Esta última atribución debe ser complementada regulando tanto la forma, como los compromisos de carácter financiero o relativo a la administración de las aguas, debiendo ser aprobados por los titulares de DAA.
 - Realización de mediciones hidrológicas y obtención de información técnica.
 - Se propone introducir en los deberes y atribuciones de los Directorios de las comunidades de aguas y asociaciones de canalistas (Art. 241) y Juntas de Usuarios (Art. 274), la obligación de atender a los requerimientos de la Autoridad competente e informar en relación a medición de caudales, extracciones, distribución de las aguas y otros.
 - Obligación de asegurar el uso sustentable del recurso hídrico, la conservación de la calidad y la protección contra la contaminación.
- b) Se propone revisar al Art. 186 (sobre el objeto de las OUA en general) y al Art. 266 (sobre las funciones de la Junta de Vigilancia) la conservación de la calidad de las aguas, la protección contra la contaminación y sustentabilidad ambiental.
- c) Asimismo, se requiere revisar los artículos relativos a deberes y atribuciones de los Directorios de las comunidades de aguas y asociaciones de canalistas (Art. 241) y Juntas de Usuarios (Art. 274), incorporando a sus obligaciones:
- La vigilancia de la calidad del agua y la contaminación,
 - El cumplimiento de las resoluciones de la Autoridad relativas a la distribución de las aguas, incluida la de mantención de caudales ecológicos en los cauces (en el caso de las Juntas de Vigilancia).
 - En el caso de las comunidades de aguas subterráneas, corresponde que tengan el deber de tomar las medidas para el control de la sobreexplotación de los acuíferos.
- d) Modificar el artículo 278 del CA, relativo a las atribuciones y deberes de los repartidores de agua de las Juntas de Vigilancia, incluyendo los deberes de denuncia en materias relativas a contaminación de las aguas.

⁴⁹ El Art. 242 del CA indica que: “el directorio podrá solicitar de la autoridad correspondiente, por intermedio del Juez, el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir y respetar las medidas de distribución de aguas que acordase”.

⁵⁰ A este efecto es especialmente importante definir el dominio público hidráulico en el contexto chileno,

- e) Incorporar en los artículos relativos a sanciones a los usuarios en caso de cometer irregularidades (Art. 217⁵¹ en el caso de las comunidades de aguas/asociaciones de canalista y Art. 281⁵² en el caso de las juntas de vigilancia), la posibilidad de sancionar las conductas relativas a la contaminación de las aguas.

140. Si bien las OUA tienen una ventaja clara para asumir las funciones en d) y e) mencionadas arriba, no siempre tendrán un gran interés en llevarlas a cabo, especialmente cuando representan un costo adicional o no se alinean con los intereses de corto plazo de sus miembros. Por lo tanto, si se quiere ampliar las funciones de las OUA en estos dos temas, sería importante establecer los incentivos necesarios para estas desempeñen con éxito estas nuevas funciones.

2) Revisar el régimen interno de las OUA para una mejor representación de los usuarios y una gestión más transparente

141. En esta materia los análisis realizados permiten proponer las siguientes modificaciones al articulado actual.

- a) Participación de los titulares de derechos no consuntivos y de aguas subterráneas en las Juntas de Vigilancia.
- Se propone revisar el artículo 276 del CA, incorporando una norma sobre los derechos no consuntivos y una sobre los derechos sobre aguas subterráneas, equivalente a la que se aplica en relación con los DAA eventuales, que permita corregir el peso relativo de los derechos no consuntivos en las Juntas de Vigilancia, estableciendo un valor máximo de los mismos en las decisiones y en las cargas, que pudiera ser de 1/3 (similar al indicado para los derechos de carácter eventual). En todo caso, debiera remitirse a los Estatutos la definición del peso para cada situación en particular, considerando las realidades locales. Una modificación similar a la anterior, debiera agregarse en relación con la participación en las votaciones de las comunidades de aguas subterráneas en las Juntas de Vigilancia.
 - El articulado en general, para definir la participación de los derechos no consuntivos y las aguas subterráneas en las distintas instancias de gobierno y en las decisiones de la Junta de Vigilancia, que les asegure mediante los Estatutos, una participación funcionalmente relevante.
 - Corresponde revisar la redacción de numerosos artículos que se refieren a actuaciones en cauces, para hacerlos extensivas, también, a las aguas subterráneas.
 - Representación de las minorías. Corresponde revisar el artículo 222, sobre los votos asignados a cada comunero en proporción a las acciones, para agregar un componente de voto igualitario (un voto por comunero), como existió en códigos anteriores que establecieron un sistema de ponderación mixto, para favorecer la participación de los pequeños regantes.

⁵¹ Art 217 del CA: “si algún comunero, alterase un dispositivo de distribución, este será restablecido a su costa debiendo además pagar la multa que fije el directorio, lo cual es sin perjuicio de la privación del agua hasta que cumpla con estas obligaciones”.

⁵² Art. 281 del CA: “el que sacare agua fuera de su turno o alterare de cualquier manera la demarcación prescrita por el Directorio o por el repartidor, será privado del agua por tiempo y cantidad doble al abuso cometido”.

- Rendición de cuentas y transparencia. Establecer en los deberes de los Directorios (artículos 241 y 274 CA) la obligación de publicidad y difusión entre los asociados de la memoria anual y de la cuenta, presupuesto, caudales entregados, así como de las actas de las asambleas ordinarias y extraordinarias, y de cualquier acuerdo relevante relativos a la gestión técnica, administrativa y financiera. Para ello podrá hacer uso de los distintos sistemas electrónicos disponibles. Además, correspondería estudiar la posibilidad de imponer obligaciones tales como la realización de balances y auditorías. Asimismo, sería de interés evaluar el funcionamiento de la democracia interna de estas organizaciones, considerando, por ejemplo, la conveniencia de limitar los períodos de permanencia de los directivos.

3) Fortalecimiento del rol fiscalizador de la DGA sobre las OUA

142. El papel fiscalizador de la DGA sobre las OUA tiene que crecer fuertemente de acuerdo al rol en la gestión de los recursos hídricos, un bien nacional de uso público, que ejercen las OUA y a las nuevas atribuciones y obligaciones que se propone asignar a las OUA, según el análisis anterior. También resulta importante fortalecer este rol de la DGA considerando la imposibilidad de los usuarios individuales de ejercer un control real sobre una organización compleja, como es una OUA.

- (i) Permitir la fiscalización de oficio de las OUA. Por lo tanto, corresponde ampliar los alcances de la supervigilancia de la DGA reconocida en el artículo 299 e), pero que, en la práctica, se ha limitado a la aplicación de las disposiciones de los artículos 283 a 293 del punto 5 sobre Normas comunes para las organizaciones, del Título III De las Organizaciones de Usuarios (que tratan de la fiscalización como resultado de denuncias de partes interesadas en la distribución del agua y la gestión económica de las OUA).

143. En esta materia correspondería agregar en el punto 5 una disposición que señale explícitamente que la DGA podrá:

- a) Fiscalizar de oficio el cumplimiento de la OUA de los Estatutos que los rigen, para lo cual podrá hacer auditorías correspondientes, y tendrá acceso a la documentación de la organización. Al respecto, algunas materias que debieran ser consideradas son los procedimientos relativos a las votaciones, la información a los miembros, procedimientos sobre decisiones, etc. Cabe destacar que lo anterior debe ser sin perjuicio de las medidas de fortalecimiento de la rendición de cuentas interna y el control de la gestión por los propios asociados.
- b) Verificar que la administración de las aguas se hace de acuerdo a los DAA y con pleno cumplimiento de la normativa y resoluciones aplicables. En particular incluye la verificación del cumplimiento de las disposiciones del código de aguas relativas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas (traslados, autorizaciones de obras, normas de seguridad, volumen distribuido etc.)
- c) Fortalecer las sanciones para dar efectividad a la fiscalización del cumplimiento de las normas. En relación con las sanciones consideradas en la legislación, ellas

debieran buscar corregir en breve plazo los problemas que las conductas sancionadas generan, deberían dar efectividad a la fiscalización. De este modo, las multas debieran ser de un monto suficiente y las sanciones deberían considerar la aplicación de medidas tales como, por ejemplo, el cegamiento de pozos clandestinos o la cierre de bocatomas.

144. Adicionalmente a la fiscalización de las OUA mismas, se debiera permitir la actuación de oficio de la Autoridad para fiscalizar las extracciones en aquellos casos en los que el interés público o de terceros esté involucrado. Ese es el caso, por ejemplo, de extracciones que no respetan obligaciones ambientales o relativas a la sustentabilidad de los sistemas (acuíferos). Lo anterior es necesario considerando que no siempre se aprecia que los intereses de los miembros (o de la mayoría de ellos) está en línea con las obligaciones o condicionantes establecidas por la Autoridad en sus dictámenes. (ver sección 7 sobre la fiscalización).

6. NECESIDAD DE PROMOVER LA GESTIÓN INTEGRADA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS A NIVEL DE CUENCA.

145. Los diversos problemas que existen en las cuencas hidrográficas del país requieren un abordaje integral de la gestión de los recursos hídricos que propenda el desarrollo y el manejo de las aguas, los suelos y los recursos productivos asociados para maximizar el beneficio de la comunidad, generando la máxima riqueza económica posible de manera equitativa sin comprometer la sustentabilidad de ecosistemas vitales. Este concepto práctico de gestión integrada de los recursos hídricos en la cuenca (GIRH). Resulta esencial para tener un desarrollo armónico de sus potencialidades con un bajo nivel de conflictividad en torno al uso competitivo de recursos escasos.

146. Esta necesidad se origina en la naturaleza intersectorial de los problemas que deben ser atendidos y la diversidad de los actores, tanto públicos como privados, cuyo concurso se requiere para abordarlos. Entre los temas que requieren de una aproximación integrada se han destacado los siguientes (Instituto de Ingenieros Chileno 2012; Banco Mundial 2013).

- El uso sucesivo de las aguas, en una misma cuenca, dando origen a un conjunto de eventuales externalidades relacionadas con los cambios en los aprovechamiento de los usuarios de aguas arriba que afectan a otros usuarios localizados aguas abajo.
- El manejo consensuado de la evolución en el tiempo de los balances oferta/demanda, asociados a cambios en las cuencas y a la variabilidad climática.
- La coordinación entre las secciones independientes que se reconocen en las cuencas para el aprovechamiento de las aguas.
- La gestión de la interacción y del uso conjunto de las aguas superficiales y subterráneas.
- La protección efectiva de la calidad del agua y de los requerimientos del medio ambiente en termino de recursos hídricos,
- El uso intersectorial de las aguas mediante el desarrollo de proyectos de interés común.
- La interacción entre las funciones de ordenamiento y planeamiento del territorio y de los recursos hídricos.
- La prevención y resolución amigable de conflictos en el nivel local entre actores con intereses sobre el recurso hídrico de naturaleza diversa.

147. La legislación en general y en particular el Código de Aguas resulta insuficiente para abordar los temas mencionados arriba porque no contempla un sistema de administración de los recursos hídricos integrado al nivel de las cuencas hidrográficas.

148. En especial, los problemas de sustentabilidad provocados por las externalidades relativas a cambios tecnológicos o de tipo de uso de las aguas (asociados o no a transferencia de DAA) no pueden ser resueltos con el sistema actual. De hecho, esta materia no está contemplada en la actual regulación de los DAA (ver sección 8 sobre los derechos de aprovechamiento de agua).

149. En las cuencas donde estos problemas son particularmente críticos, se deberá promover la aplicación de los principios y mecanismos de la GIRH, es decir la aplicación coordinada, con

varios actores, de distintos instrumentos de la legislación de agua⁵³ y algunos que se relacionan con otros textos legales⁵⁴.

150. La gestión moderna de los recursos hídricos requiere contar con un diagnóstico integral y consensuado de la situación de la cuenca hidrográfica concebida como unidad básica de gestión del agua. El consenso en torno al diagnóstico de los distintos sectores de interés permite luego definir una estrategia que se articula en un plan de gestión de la cuenca. Es por ello un modelo efectivo de GIRH requiere un ejercicio efectivo de las funciones de planeación impulsada por la autoridad del agua con la participación de los distintos actores de la cuenca. Por ello se necesita: (i) desarrollar la función de planificación al nivel de cuencas; (ii) crear una instancia de participación formal de los diversos actores interesados en la GRH en la cuenca y (iii) modificar e introducir algunos instrumentos de gestión en el código de agua.

6.1. Desarrollar la función de planificación al nivel de la cuenca hidrográfica

Limitaciones del marco legal actual para la planificación al nivel de la cuenca hidrográfica

151. En el Código de Aguas, existe una sola disposición legal que se refiere a la planificación, a saber el Art. 299 letra a). Este artículo menciona que la DGA tiene la función de “*planificar el desarrollo del recurso hídrico en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento*”. Esta función es muy débil porque se reduce a “formular recomendaciones para su aprovechamiento” y, por lo tanto, en la práctica, no ha tenido incidencia. Esta falencia resulta particularmente crítica en el contexto actual en el cual las cuencas están sometidas a cambios que pudieran afectar en el futuro gravemente la gestión de las aguas; incluyendo en particular:

Recomendaciones:

152. Se propone fortalecer la función de planificación de la DGA dentro del marco legal para coordinar efectivamente el ejercicio de atribuciones públicas y orientar la actuación privada a través de la adopción de una visión compartida de la cuenca de medio-largo plazo.

153. Esta planificación tendrá el propósito de regular las externalidades y equilibrar mejor las necesidades hídricas de una economía creciente con las sociales y ambientales dentro del territorio de la cuenca.

154. Se formularían Planes Directores Hídricos en cuencas críticas con la participación de los actores públicos y privados claves de la cuenca, a través de nuevos organismos de participación: los Consejos de Recursos Hídricos.

155. Los Planes Directores Hídricos y el CRCH serían el principal instrumento de gestión y entidad de coordinación para la GIRH.

⁵³ Entre los instrumentos de la legislación de aguas, existentes o que es necesario incorporar, se pueden mencionar: (i) disposiciones relacionadas con el otorgamiento de DAA y reservas; (ii) disposiciones relativas al traslado del ejercicio de los DAA y al cambio de fuente y (iii) disposiciones relativas al control de externalidades y regulaciones al mercado de DAA.

⁵⁴ Otras legislaciones que pudieran contribuir a una gestión integrada de los recursos hídricos son: (i) la legislación ambiental; (ii) la relativa a la autorización de cambios en el uso del suelo, en especial en lo concerniente a la ampliación de las superficies regadas; (iii) la legislación que entrega incentivos a la tecnificación y desarrollo del riego por los privados; (iv) la relativa a la construcción de obras de riego por el Estado y relacionada con el desarrollo de los recursos hídricos; (v) las normativas sobre planificación territorial.

156. Las medidas incluidas en el plan serian, según el caso, de cumplimiento obligatorio, habilitante por ciertos programas públicos, indicativo o informativo.

157. Para lograr esto se propone incorporar en el Código de Aguas un título nuevo, a continuación del actual Título VI, que se denomine: “De la función de planificación y la gestión integrada de recursos hídricos a nivel de las cuencas”. Dicho Título debiera presentar el siguiente contenido fundamental:

a) Sobre la definición, objetivos y alcances de la planificación

158. Corresponde definir el concepto de planificación como una visión prospectiva orientada a coordinar la toma de decisiones públicas y privadas para alcanzar un desarrollo armónico y sustentable de la cuenca.

159. Los objetivos de la planificación se debieran centrar en la sustentabilidad de los recursos hídricos, considerando las necesidades social, económica y ambiental, el interés público y los derechos de los particulares.

160. Se establece el carácter de la planificación en los siguientes términos:

- Obligatoria para los organismos públicos en relación con la definición de los criterios normativos aplicables en la cuenca para el ejercicio de las facultades regulatorias existentes. Un reglamento deberá especificar las normas regulatorias incluidas en la planificación.
- Habilitante para programas públicos relacionados directa o indirectamente con la gestión del agua, y su financiación, incluyendo subsidios, créditos, e inversiones estatales directas de modo que dichos programas no podrían contradecir la planificación. Un reglamento deberá identificar los tipos de programas sujetos a esta norma.
- Obligatorio para particulares en relación con el cumplimiento del marco regulatorio vigente al que están sujetas permanentemente sus actividades.
- Indicativa e informativa para las decisiones privadas en el ejercicio de sus facultades.

b) La formulación de un Plan Director Hídrico y de un Consejo de Recursos Hídricos de Cuenca solo serían obligatorios en cuencas críticas.

161. La formulación de un plan director y la constitución de un Consejo de Recursos Hídricos serian obligatorios solamente en las cuencas (o agrupación de cuencas) con riesgos importantes a la sustentabilidad hídrica por las siguientes razones:

- Los planes directores considerados no son meramente indicativos o informativos. Con ellos se activan una serie de criterios normativos obligatorios para organismos públicos y particulares ubicados en la cuenca que tienen como objetivo re-establecer la sustentabilidad hídrica de la cuenca. Estas medidas de regulación y control, son en general de carácter restrictivo, y no se justificarían en cuencas que no son sujetas a riesgos importantes de sustentabilidad hídrica.

- El funcionamiento efectivo de un CRCH requiere una participación activa de los actores de la cuenca que no se logra fácilmente, especialmente en las cuencas que no tienen problemas serios de gestión.
- La formulación e implementación de un plan director, así como el establecimiento y funcionamiento de un CRCH no se debería establecer en todo el territorio, considerando la gran cantidad de cuencas hidrográficas que tiene Chile, una parte de ellas sin problemas mayor de gestión y que, aun agrupando estas cuencas, los recursos financieros necesarios no se justificarían.

162. En este contexto, la recomendación es que el Código de Aguas faculte a la DGA para declarar “Cuenca con graves amenazas a su sustentabilidad hídrica” o “Cuenca con Riesgo a la Sustentabilidad Hídrica”.

- Una cuenca sería declarada “con graves amenazas a su sustentabilidad hídrica” cuando los estudios técnicos demuestren que los niveles de extracciones de agua para su aprovechamiento, actuales o previstos, no se podrán mantener en el tiempo, considerando las tendencias relativas a la evolución de las demandas, de la disponibilidad hídrica en el largo plazo y las amenazas a la sostenibilidad ambiental de los ecosistemas hídricos asociados a problemas de sobre explotación y contaminación.
- Una cuenca sería declarada “con Riesgo a la Sustentabilidad Hídrica” cuando dichos estudios indiquen que las holguras respecto de la situación descritas no alcanzan un porcentaje determinado (20%), se declarará la cuenca en condición de “Riesgo a la Sustentabilidad Hídrica”.

163. En ambos casos, la formulación de un Plan Director y el establecimiento de CRCH serían obligatorios.

c) Sobre el Plan Director a Nivel de Cuencas.

164. Se propone desarrollar un articulado en el Código de Aguas sobre la base de las siguientes ideas centrales:

165. El Plan Director constituye el principal instrumento de gestión integrada de recursos hídricos a nivel de la cuenca. Se propone que tenga una duración de 10 años, pudiendo tener ajustes en plazos menores, si ello resulta aconsejable.

166. La existencia de un Plan Director será obligatorio para las cuencas que hayan sido declaradas: “Con graves amenazas a la sustentabilidad hídrica”, y “Con riesgo a la sustentabilidad hídrica”.

167. El contenido del Plan Director deberá considerar, a lo menos:

- La evolución futura de los recursos y demandas de agua, incluyendo los cambios en la disponibilidad hidrológica, los efectos de la dinámica económica, los cambios tecnológicos, las políticas públicas, los nuevos proyectos de inversión., incluyendo el estado del conocimiento de los efectos del cambio climático en esta cuenca.
- Los impactos y justificación del plan en términos económicos, sociales y ambientales, y los indicadores que conforme a los tres criterios mencionados, han justificado su aprobación.

- La identificación y caracterización de las interacciones entre los distintos sectores, de las externalidades y de las situaciones de conflicto, actuales o potenciales, que se pudieran prever.
- La identificación y caracterización de las acciones, planes, programas y proyectos que pudieran ser de interés común, en relación con la gestión de los recursos hídricos.
- La preparación de recomendaciones de carácter no estructural, relativas al conocimiento del sistema, a la aplicación del marco regulatorio, al desarrollo de programas de incentivos, capacitación, difusión, educación, entre otros; y estructurales, relativas al desarrollo de obras de infraestructura e inversiones.

168. La implementación del Plan Director se realizará a través de los siguientes instrumentos de gestión:

- La aplicación de las funciones regulatorias establecidas en la legislación de aguas por parte de la Autoridad Competente, siguiendo las recomendaciones establecidas en el Plan Director (al respecto se debe señalar que se considera la incorporación de atribuciones adicionales, según se señala en la sección 3.3.4).
- La aplicación de las funciones regulatorias establecidas en diversas legislaciones relacionadas directa o indirectamente con la temática, por las respectivas Autoridades Competentes. Un reglamento deberá identificar las disposiciones legales que estarán consideradas en la implementación del Plan.
- Los programas de inversión del sector público o que consideren incentivos del Estado, que se relacionen directa o indirectamente con la gestión y aprovechamiento de los recursos hídricos.

169. La elaboración y aprobación del Plan Director seguirá los siguientes procedimientos:

- Será responsabilidad de la Administración (DGA) la elaboración y proposición de un Plan Director. La elaboración del Plan se hará con la participación de los actores públicos y privados de la cuenca a través el CRHC. Al respecto, se deberá dictar un Reglamento que establezca en forma detallada los contenidos, metodologías y estructura de dicho documento.
- La aprobación del Plan Director será atribución del Consejo de Recursos Hídricos de la cuenca (ver sección siguiente), según los procedimientos que se establezca para el funcionamiento de dicha entidad, los cuales deberán considerar la posibilidad de difusión y participación pública.

6.2. Crear una instancia de participación en la planificación: los consejos de recursos hídricos de cuenca

170. Para que se puedan formular e implementar los planes de recursos hídricos de cuenca tal como fueron definidos en la sección anterior, es decir con una visión compartida dentro de los actores públicos y privados sobre el desarrollo hídrico de largo plazo en la cuenca, y con medidas estructurales y no estructurales de carácter obligatorio, habilitante o indicativo que efectivamente coordinan y orientan el actuar de las instituciones públicas y del sector privado para lograr esta visión, es necesario establecer una instancia de participación de estos actores.

171. Esta instancia pública-privada no solo tendría un rol clave en la formulación del plan, su aprobación, su implementación y seguimiento; pero también, y más generalmente, sería una mesa de diálogo para el intercambio de información, análisis y debate acerca de los problemas hídricos de la cuenca y finalmente representaría los intereses comunes de sus miembros ante otras instancias pertinentes.

Limitaciones del marco legal para el establecimiento y el funcionamiento de una instancia de participación pública-privada a nivel de cuenca

172. El marco legal vigente no contempla este tipo de instancia. Es dable destacar que las Juntas de Vigilancia que regula el Código de Aguas en el artículo 263 y siguientes, y que pueden organizarse sobre una cuenca u hoyo hidrográfica determinada y que ya asumen funciones de gestión de los recursos hídricos en su ámbito (ver sección 3 sobre las organizaciones de usuarios), no podrían ejercer este rol, entre otros porque son organizaciones de usuarios de agua superficial y por lo tanto no pueden incluir los otros actores relevantes de la cuenca, en particular las instituciones públicas.

173. Por otra parte, la experiencia ganada en el país a través de las “Mesas de Agua”, instancias pública-privadas establecidas en algunas cuencas para la aplicación de la estrategia nacional de Gestión Integrada de Cuencas Hidrográficas aprobada en 2007, demuestra la necesidad de establecer de manera oficial, con respaldo legal, las instancias de participación para dar legitimidad a su actuación, para asegurar su sostenibilidad en el tiempo y el cumplimiento de sus objetivos.

Recomendaciones⁵⁵

174. La creación de estas instancias de participación pública-privada, que se podrían llamar Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca, requiere una detallada definición legal. Se propone incorporar un nuevo título, a continuación del relativo a planificación y gestión integrada de recursos hídricos o desarrollar una ley ad-hoc, sin perjuicio de las concordancias que deban establecerse con el Código de Aguas.

175. A continuación se plantean las ideas centrales respecto de tal propuesta legal.

a) Características principales:

176. Los CRHC se definirán como entidades formales con respaldo legal para darle legitimidad; con personalidad jurídica propia de manera que sus decisiones se tomen de manera autónoma, de acuerdo a un reglamento interno y representen la organización como tal; de carácter pública-privada porque tienen que coordinar el actuar de ambos tipos de instituciones.

177. Se propone que sean creados por Resolución de la DGA para garantizar la adecuación de sus estatutos a la legislación vigente, a solicitud del del Intendente Regional⁵⁶ para darle legitimidad regional, .

178. Tendrán un área de actuación exclusiva y excluyente en relación con sus funciones propias, para que sus decisiones tengan peso.

⁵⁵ Las recomendaciones siguientes se construyen a partir de informe del Instituto de Ingenieros Chileno “*Hacia una Gestión Integrada de Recursos Hídricos: una propuesta*”.

⁵⁶ La constitución de las Juntas de Vigilancia en los ríos requiere la aprobación de sus estatutos por el Presidente de la Republica, en base al informe preparado por la DGA.

179. Serán creados solo en las cuencas donde los problemas relacionados a los recursos hídricos los necesitan, para asegurar su efectividad y no diluir el esfuerzo del Estado. Serán obligatorios en las cuencas declaradas “Con graves amenazas a la sustentabilidad hídrica” y “con riesgo a la sustentabilidad hídrica”

b) Objetivos:

180. En general los CRHC serán entidades que coordinen con una visión de largo plazo la actuación pública/privada, relacionada con la gestión integrada de los recursos hídricos en el área de actuación. En particular se propone que tengan los siguientes objetivos específicos a desarrollar en su área de actuación:

- Participar en la formulación del plan director de recursos hídricos de Cuenca, concordando una visión coherente y armónica, de mediano y largo plazo, de la gestión del agua en este ámbito; y más generalmente favorecer la participación de los beneficiarios/afectados en la formulación de las políticas y planes públicos relacionados con el agua;
- Aprobar el plan director de recursos hídricos de Cuenca;
- Promover y coordinar la implementación del Plan/iniciativas de interés común a los beneficiarios o afectados con la gestión del recurso hídrico a través de las actuaciones de las entidades públicas y privadas ;
- Participar en el seguimiento de la implementación del plan, y más generalmente constituir una instancia de seguimiento de la evolución de la situación de los recursos hídricos y de análisis de los temas de agua relevantes a la cuenca.
- Favorecer el intercambio de información entre los actores públicos y privados.
- Representar los intereses del conjunto de beneficiarios o afectados con la gestión de los recursos hídricos, ante otras instancias.
- Promover acuerdos entre los distintos actores, orientados a la resolución de conflictos relacionados al recurso hídrico.

c) Composición de los CRHC

181. El éxito del CRHC depende de su capacidad de representar de manera equilibrada los varios intereses en la Cuenca en función de la importancia relativa que cada uno tiene para avanzar en la identificación y solución de los problemas relacionados a la gestión de los recursos hídricos.

182. Por lo tanto, el marco legal tiene que definir los tipos de miembros que pudieran constituir el CRHC, su forma de selección y los mecanismos de equilibrio entre los diferentes tipos de miembros para asegurar su adecuada representatividad y legitimidad. Al mismo tiempo el marco legal tiene que ser suficientemente flexible para que la composición del CRHC pueda adaptarse a la realidad propia de cada Cuenca y definirse en detalle en los Estatutos de cada CRHC. Se tendría también que establecer en el marco legal un límite al número de miembros que podrá conformar un CRHC para garantizar su operatividad; se recomienda no exceder 30 miembros.

183. Los CRHC estarán formados por representantes de entidades públicas y privadas (y no de personas naturales), de las siguientes áreas:

- Instituciones públicas pertenecientes a la administración central del Estado (a través sus oficinas descentralizadas), relacionadas directa o indirectamente con la gestión o aprovechamiento del agua. Considerando la importancia de las atribuciones que ejercen en la gestión de los recursos hídricos y su rol de resguardo del interés público se propone que sus representantes/votos sean 30 a 40% del total.
- Organizaciones de usuarios de agua (20 a 40% de los miembros o votos).
- Empresas individuales, organizaciones de carácter empresarial, de productores, de instituciones académico-científico que sean relevantes para la gestión del agua en el área de actuación, ya sea como usuarias (o afectadas) o por su incidencia en la demanda u oferta de recursos hídricos, en cantidad o calidad (10 a 20% de los miembros o votos).

184. Ciudadanía beneficiaria (o afectada) de los recursos hídricos, representada por las municipalidades respectivas, por juntas de vecinos o comunidades indígenas, según sea la situación local (10 a 30% del total).

185. Por acuerdo del CRHC, podrán participar de sus actividades, en calidad de observadores permanentes (sin voto), personas jurídicas que sean reconocidas por su conocimiento e interés en los objetivos del mismo (ONG, universidades, fundaciones).

d) Procedimientos para la creación de CRHC.

186. La creación de un CRHC se ceñirá a un procedimiento de carácter general establecido en la ley, sin perjuicio de su complementación en un reglamento. Los elementos centrales del procedimiento propuesto son los siguientes:

- La prerrogativa de solicitar la creación de un CRHC estará radicada en las entidades identificadas en la ley como posibles miembros del organismo, y su solicitud estará dirigida al Intendente Regional.
- En las cuencas declaradas “con graves amenazas a la sustentabilidad hídrica” o “con riesgo a la sustentabilidad hídrica”, la DGA impulsará la creación de los CRHC.
- El Intendente Regional, con informe de la DGA, podrá denegar o aprobar la solicitud, en cuyo caso preparará conjuntamente con la DGA los Estatutos del CRHC, estableciendo entre otras materias: el área de actuación, los miembros y los procedimientos para determinar la representación de cada una de los tipos de miembros del organismo.
- Los Estatutos del CRHC deberán ser aprobados por una mayoría sustantiva del Consejo Regional (2/3), una instancia independiente, para darle una mayor respaldo social y garantizar su transparencia y objetividad.

e) Atribuciones del CRHC:

187. La ley deberá establecer las atribuciones generales de los CRHC, sin perjuicio de los aspectos específicos que se detallarán en un reglamento. La propuesta hecha no considera el traspaso de atribuciones desde entidades públicas. Al respecto, se proponen las siguientes ideas centrales:

- Como atribución principal tendrá la participación en la preparación y la aprobación del Plan Director para la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos de la Cuenca (o área de actuación).
- El CRHC administrará los recursos humanos y financieros que tenga a disposición para el cumplimiento de sus fines y, en particular, la implementación del Plan Director. Asimismo podrá tomar iniciativa para postular a financiamientos o establecer convenios con el mismo propósito.
- Convocar y formular propuestas a los entes públicos, y pronunciarse sobre sus planes anuales, en lo que resulte pertinente.
- Pronunciarse, en representación de los intereses generales presentes en la gestión de los recursos hídricos, sobre materias sometidas a la decisión de los entes públicos, tales como: solicitudes al sistema de evaluación ambiental, declaración de áreas con protección ambiental, programas y proyectos públicos, establecimiento de normas y planes ambientales, planes de desarrollo de empresas sanitarias, planes maestros de aguas lluvias y de control de crecidas, programas relativos a la aplicación de la ley de fomento al riego, planes de manejo forestal, instrumentos de planificación territorial, planes de desarrollo turístico, entre otros.
- Participar en la negociación y proponer acuerdos entre distintos actores, frente a situaciones de conflicto, que afecten la normal gestión de los recursos de agua.

f) Organización interna y financiamiento:

188. La legislación deberá incluir los elementos centrales relativos a la organización, funcionamiento y financiamiento de los CRHC. Al respecto se propone:

- La estructura deberá considerar como ente central el Consejo, constituido por la totalidad de los miembros, un Directorio, como cuerpo ejecutivo, ambos encabezados por un Presidente. Además para hacer posible su operación normal se deberá disponer de una Secretaría Ejecutiva.
- El financiamiento de las actividades del CRHC podrán tener diversas fuentes, sin perjuicio de lo cual, el Estado, través del Gobierno Regional o de la DGA, deberá garantizar un presupuesto base para el funcionamiento de la Secretaría General y la participación de los miembros que no tendrían recursos suficientes.

6.3. Los planes como instrumento efectivo de gestión.

189. Para que los Planes Directores Hídricos de Cuenca sean efectivos en garantizar la sostenibilidad de los recursos hídricos tanto superficiales que subterráneas y atender mejor las demandas hídricas de los grupos vulnerables y del medio ambiente, es necesario hacer algunos cambios al marco legal vigente para incorporar nuevos instrumentos necesarios para dar respuesta a problemas de gestión relevantes y que en el contexto actual son fuente frecuente de conflictos y disputas legales.

Limitaciones del marco legal acerca de los instrumentos de gestión para la efectividad de los planes de cuenca

190. Para garantizar la efectividad de los planes hídricos en las cuencas críticas, se tiene que fortalecer el rol de la DGA en los temas siguientes: (a) los derrames; (b) las aguas subterráneas y (c) el cambio de uso y de fuente de abastecimiento.

Control de las externalidades relacionadas con la disminución de los flujos de retorno

191. Los recursos hídricos en Chile son utilizados en forma sucesiva por distintos usuarios a lo largo de la cuenca, llegando en algunos muchos casos (todas las cuencas de Santiago al norte) a realizarse extracciones y reciclaje de los mismos recursos, en más de tres ocasiones. Esto se explica porque solamente una fracción de los caudales extraídos es efectivamente consumida, retornando el resto al río o al acuífero a través de “los flujos de retorno”. En ese contexto la intensificación de los usos en la cuenca, a través del cambio de uso o de tecnología (sin o con la transferencia de DAA), puede disminuir el agua disponible para otros usos en la parte más baja de la cuenca o en el mismo acuífero. La legislación vigente no permite proteger adecuadamente a todos los usuarios presentes de agua y ni al medio ambiente contras estas externalidades.

192. En este contexto, el articulado relacionado a los derrames en el CA (Titulo V.1.) presenta las siguientes limitaciones:

- a) la definición de los derrames no abarca la totalidad de los “flujos de retorno”, es limitada a “*las aguas que quedan abandonadas después de su uso, a la salida del predio.*” (Art. 43 del CA). No incluye por lo tanto las infiltraciones a los acuíferos, ni tampoco los flujos de retorno generados por los usos no agrarios;
- b) no reconoce derechos a los usuarios históricos de aguas de derrame: “*La existencia de un título respecto al uso de derrames, no importa limitación de una mejor forma de utilización de las aguas por el titular del DAA, salvo convención al contrario*” (Art. 46), así que estos no pueden ser protegidos contra una disminución de la disponibilidad de agua en el río o en el acuífero debida a una disminución/cesación de los flujos de retorno por el titular que genera el derrame; y consecuentemente
- c) reconoce la completa libertad del dueño del DAA para la generación o no del derrame: “*La producción de derrames está sujeta a las contingencias del caudal matriz y al empleo que de las aguas se haga en el predio que los origina, por lo cual no es obligatoria ni permanente*” (Art. 45).

193. Por lo tanto los usuarios de las aguas de derrames, aguas que salen de los predios agrícolas, sean consuetudinarios no formalizados, o, aun si tienen un derecho sobre el uso de éstas, no tienen ninguna garantía que los derrames persistirán en el tiempo, y pueden perder su fuente de agua en el caso de que el titular del DAA deja de producir los derrames, mejorando su eficiencia de uso, por ejemplo. La misma situación precaria ocurre con el uso de las aguas de retorno al acuífero o resultando de otros usos que el agrícola. El Código de Aguas no considera, explícitamente, la existencia de tales aguas de retorno.

Cambio de fuente de abastecimiento y traslado de punto de captación

194. La sección 6 sobre la regulación del ejercicio del DAA desarrolla la problemática relacionada al cambio de fuente de abastecimiento y traslado de punto de captación. En las cuencas “*con graves amenazas a su sustentabilidad hídrica*” o con “*riesgo a la sustentabilidad Hídrica*”, en la cuales la formulación de un Plan Director Hídrico será mandatorio, se propone que este Plan

habilite la DGA a asumir funciones adicionales relacionadas con el control del cambio de fuente de abastecimiento y el control del traslado de punto de captación. Estas funciones adicionales de la DGA, habilitadas por el Plan Director, se describen en la sección 7 sobre el ejercicio de los DAA.

Gestión de las aguas subterráneas

195. La sección 10 desarrolla la problemática de la gestión de las aguas subterráneas en detalle. Los acuíferos sobre-explotados o con riesgos de serlo, se ubican en las cuencas “*con graves amenazas a su sustentabilidad hídrica*” o con “*riesgo a la sustentabilidad Hídrica*”, que, según lo mencionado anteriormente, requieren la formulación de un Plan Director Hídrico de Cuenca. Se propone que este Plan sea habilitante para que la DGA pueda asumir funciones adicionales en el ámbito geográfico del plan para controlar las extracciones de los acuíferos en riesgos de sobre-explotación. Estas funciones adicionales de la DGA, habilitadas por el Plan Director, se describen en la sección 10 sobre las aguas subterráneas.

Recomendaciones:

196. Al respecto se propone incorporar las siguientes disposiciones:

a) Modificación del Título V 1 del Código de Aguas. De los derrames para permitir una regulación de todos los “flujos de retorno”:

197. Se propone la modificación de los artículos 43, 45 al 46 del CA en el siguiente sentido:

- Aclarar/ampliar el concepto de derrames, incluyendo en forma expresa en el mismo los procesos de infiltración a los acuíferos y de otros usos distintos del agrícola (Art.43).
- Derogar el artículo 45, sobre la completa libertad del dueño del predio para la generación de derrames.
- Reemplazar el artículo 46, estableciendo restricciones al titular que genera derrames, reconociéndole derechos a los usuarios históricos de aguas de derrame. Para ese propósito se debieran reconocer los derrames generados en forma regular durante las últimas décadas (30 años por ejemplo)

b) Modificación de los alcances del artículo 62 del CA, relativo a la reducción temporal de las extracciones de aguas subterráneas:

198. Según el Art. 62, “*si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la DGA, a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los DAA, a prorrata de ellos*”.

199. Sobre este artículo se propone ampliar sus alcances sobre la base de las siguientes ideas:

- Se autoriza a la Autoridad competente a actuar de oficio, en el marco habilitante del Plan Director.
- Se hace aplicable la norma a las explotaciones que generan afección significativa a los usuarios de aguas superficiales o al medio ambiente, según lo definido en el Plan Director.

c) Modificación de los artículos 158 a 162, sobre cambio de fuentes de abastecimiento:

- Se propone ampliar la figura de cambio de fuente de abastecimiento, haciéndola aplicable a propuestas en ese sentido, incorporadas al Plan Director.
- Se requiere flexibilizar los alcances del artículo 159, sobre la exigencia de similar variación estacional y calidad de las aguas de reemplazo, y permitir el reemplazo de una fuente superficial por una de carácter subterránea, con las debidas consideraciones sobre el financiamiento de los costos y otras materias técnicas relacionadas.

d) Control de externalidades:

200. En las cuencas declaradas con amenaza grave o con riesgo a la sustentabilidad hídrica se propone establecer las siguientes regulaciones adicionales:

- La transferencia o cambios del uso consuntivo histórico de los recursos hídricos, según lo señalado en el Título modificado sobre derrames (ver punto a) anterior), deberá requerir una autorización expresa a la Autoridad, según los procedimientos generales establecidos en el CA, y ajustarse al marco definido en el respectivo Plan Director de la cuenca. Dicha solicitud deberá incorporar un estudio del cambio de uso propuesto, y será aprobada, solo si el nuevo uso no altera la condición de sustentabilidad hídrica de la Cuenca
- Se restringirán las autorizaciones de cambio de uso del suelo que signifiquen la incorporación de una nueva superficie regada, de modo que sean otorgadas sólo en el marco del Plan Director, y asegurando que ello no implique un cambio en la sustentabilidad hídrica ni afección de ningún tipo a la cuenca.

7. NECESIDAD DE FORTALECER LA FUNCIÓN DE FISCALIZACIÓN DEL ESTADO

201. Fiscalizar es la acción de ejercer control y vigilancia de las acciones de un tercero para asegurar el cumplimiento del marco legal y reglamentario vigente. La vigilancia es el proceso de monitoreo de personas, objetos o procesos dentro de un sistema de fiscalización, y el control es la capacidad de dirigir las acciones de los usuarios en el sentido indicado por la normativa, y últimamente asegurar el cumplimiento de las acciones de corrección a ser implementadas por el tercero.

202. El agua es un recurso en flujo, que requiere investigaciones precisas para su conocimiento, sujeto a usos no necesariamente conocidos por la administración de aguas, vulnerable a externalidades como contaminación, y generadora de riesgos, tanto por sí misma, como a través de su infraestructura.

203. La fiscalización es la proyección operativa de la tutela estatal sobre bienes públicos constituye una parte fundamental del manejo integrado del agua, como se verá a lo largo de este informe. Es la única manera de conocer y controlar los efectos que los distintos usos tienen sobre un recurso sistémico y complejo.

204. Por ello el agua, sus lechos y cauces, sus usos, y las obras para ponerla en valor, están sujetas a procesos de fiscalización y control constante por parte del Estado. La función de fiscalización incluye, entre otras actividades, la investigación del recurso, la identificación de usuarios, el control de usos, la emisión de permisos, el control del estado de contaminación, el relevamiento de usos clandestinos, la rectificación de situaciones ilegales, y la aplicación de sanciones.

205. En los países con una vocación histórica de manejo de aguas la fiscalización es una parte fundamental del manejo de aguas, y a tal efecto se conjugan poderes legales, recursos, unificación de manejo y control de calidad y cantidad en una sola entidad de administración de aguas. En Chile, el contexto político en que tuvo lugar el dictado del Código de Aguas incidió para que las facultades del Estado y la Dirección de Aguas en esta materia fueran expresamente limitados. El Estado no puede ingresar en predios donde tienen lugar usos clandestinos, tiene facultades limitadas en materia de remediación, y el control de las obras de infraestructura y seguridad de presas privadas no responde a prácticas internacionales. Además hay varias fuentes de creación de derechos de aprovechamiento (cortes, etc.).

206. Los diversos informes sobre la gestión de los recursos hídricos en Chile (Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos, 2011; Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua, 2013) destacan la debilidad de la legislación en relación con la fiscalización del cumplimiento de las normas. En Chile, existe la percepción generalizada de que las normas sobre fiscalización no están a la altura de las necesidades: *“Si como país queremos seguir creciendo, generando empleo y disminuyendo la pobreza para que se produzcan cada vez más oportunidades para todos, debemos fortalecer las facultades de la DGA, como entidad encargada*

de cautelar el uso debido de los derechos de aprovechamiento de agua, y de recolectar y consolidar la información relevante ...⁵⁷

207. El Código Penal contempla el delito de usurpación de aguas pero con penas muy bajas y sin aclarar si procede para el caso de aguas subterráneas. El artículo 173 del Código de Aguas establece una multa máxima de apenas 20 UTM (no más de \$ 788.240) respecto de toda contravención a sus normas que no esté especialmente sancionada, sin tipificar claramente los hechos que se sancionan. No tiene efecto disuasivo y los tribunales no la aplican. ⁵⁸

208. En lo referente al delito de usurpación de aguas, la DGA está obligada a enviar los antecedentes al Ministerio Público, por cuanto por ley es el órgano encargado de realizar la investigación de los hechos constitutivos de delito. No obstante ello, debe recurrir al Ministerio Público, como otro particular, y eventualmente solicitar el apoyo del Consejo de Defensa del Estado, para hacer denuncias ante los tribunales por extracciones ilegales, y no tiene acceso garantizado a los pozos de aguas subterráneas, para su fiscalización, entre otras debilidades.

209. Hay necesidad de actualizar los mecanismos para la remisión de información por parte de conservadores de bienes raíces, notarios y las organizaciones de usuarios a la DGA. Hay falta de consistencia y fragmentación de la información en la DGA, lo cual hace más difícil su gestión por falta de certeza. ⁵⁹

210. No hay facultades que permitan a la DGA cumplir adecuadamente su rol fiscalizador, especialmente en cuanto a aguas subterráneas.⁶⁰ Las atribuciones de la DGA presentan importantes limitaciones, que le impiden efectuar una labor eficaz. Carece de facultad de imperio debiendo recurrir a los Tribunales Ordinarios de Justicia para solicitar el cumplimiento de las sanciones impuestas.

211. En la Fiscalización de cauces y obras, se superponen las atribuciones de diversas instituciones, entre las que se encuentran DGA, SERNAGEOMIN, DOH y Municipios.

212. Además, en materias ambientales la facultad se radica en la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA). De este modo, la función en su conjunto, presenta vacíos que deben ser atendida adecuadamente, pues el agua en la naturaleza es una unidad donde cantidad y calidad se influyen recíprocamente. Por otro lado la fragmentación operativa desperdicia economías de escala y especialización, como así también la experiencia y presencia de la DGA en el terreno. Aunque esta materia no se trata en el presente informe, se identifica este tema como una limitación institucional importante.

213. Existe también un vacío institucional relacionado con la seguridad de presas, un tema particularmente importante en Chile considerando que los actores privados tienen la posibilidad de desarrollar sus propios proyectos en un contexto de alta sismicidad y frecuencia de desastres naturales

214. Debido a las falencias del marco normativo en materia de fiscalización existen proyectos de reforma legal (Boletín 8149-09 y su Comparado) que han incluido obligaciones de inscripción

⁵⁷ Mensaje, Proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones. Boletín 8149-09, Marzo 2012.

⁵⁸ Diagnóstico, Proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones. Boletín 8149-09, Marzo 2012.

⁵⁹ Diagnóstico, Proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones. Boletín 8149-09, Marzo 2012.

⁶⁰ Diagnóstico, Proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones. Boletín 8149-09, Marzo 2012.

de los derechos y usos del minero; facultades de DGA para actuar de oficio en materia de prorratas de aguas subterráneas; obligaciones de información de los conservadores de bienes raíces, plazo, forma y sanción; referencia a información en forma genérica; reglamentación de la forma en que obligadamente se debe remitir la información; incorporación de sanción de oficio, por incumplimiento de obligación de informar de las organizaciones de usuarios; referencia genérica a sanciones en lugar de multas; actualización y tipificación de multas y graduación de multas en función de gravedad e impactos ecológicos y en sustentabilidad; facultades de DGA para prevenir y evitar agotamiento de acuíferos; incorporación de aguas subterráneas a efectos de control de extracciones sin título; requerimiento de fuerza pública; facultad de cegamiento y paralización de pozos y extracciones clandestinas e ilegales, con auxilio de fuerza pública; requerimiento de sistemas de medida a titulares y organizaciones de usuarios

215. Además se actualizan y reforma el artículo 459 del Código Penal, en lo que hace a sus penas, y a la incorporación de las aguas subterráneas a su texto. También se actualiza el Art. 460, que además incorpora la intimidación. Y se requiere la reforma del Art. 166 del Código procesal penal, a fines de comunicar los delitos previstos en los Arts. 459 y 460 del Código Penal a la DGA.

216. El manejo del agua, y la verificación del cumplimiento de las normas, exige medidas de constatación en el terreno. También requieren tomas de decisiones y acciones expeditivas. La experiencia internacional muestra la necesidad contar con instrumentos y medidas de fiscalización y control múltiples y obligatorias, y que se perfeccionan a medida que los problemas de calidad y cantidad de aguas se hacen críticos.

217. Entre las mismas se encuentran supervisiones, inspecciones, acceso a predios, recintos, perforaciones, instalaciones y equipos, constatación de personas, equipos, herramientas, mapas, documentos, y cuentas, pruebas, tests, exámenes, investigaciones técnicas. Estas verificaciones redundan en medidas de la administración que ordenan la reparación de daños, medidas cautelares, cese de actividades, instalación y mantención obligatorias de sistemas de medición de usos, retornos, vertimientos y sus contenidos, la aplicación de multas actualizables y acumulativas. Se establece también el cumplimiento de medidas por la administración, con cargo al administrado obligado remiso, la tomas de muestras, efectuar perforaciones, instalar sistemas de monitoreo, requerimientos de información y testimoniales a usuarios y a terceros, verificación de cumplimiento de la ley, obtención de datos y registros, mantención de registros obligatorios. La Administración puede ordenar el mantenimiento de sistemas de información con patrón obligatorio para el control de seguridad de presas e instalaciones. Estas acciones requeridas son exigidas bajo desacato y rebeldía, penalidades de multa acumulativa o cárcel por información falsa y responsabilidad civil, recurso a los jueces respecto de obligados remisos, clausura de instalaciones, implantación de procesos de ordenamiento de usos de agua subterránea, so pena de clausura para los remisos.

218. Para facilitar la revisión más detallada de las necesidades de mejora, las labores de fiscalización respectiva al recurso hídrico se pueden desglosar entre aquellas relacionadas con: a) los DAA y el aprovechamiento del recurso hídrico; b) las obras hidráulicas y los cauces y c) las organizaciones de usuarios. La fiscalización relacionada a las obras hidráulicas y los cauces se trata en la sección 13 y 7 y la relacionada a las OUA en la sección 4 sobre las organizaciones de usuarios.

219. De una manera general, la sanción establecida en el Art. 173 del CA, para toda contravención a dicho cuerpo legal que no esté especialmente sancionada, consistente en una multa que no podrá exceder de 20 UTM mensuales, por escaso monto no tiene efecto disuasivo realmente eficaz para prevenir las infracciones a la normativa de agua. Conjuntamente no existe una descripción de la hipótesis de conducta sancionada, por lo que se ha transformado en una norma inaplicable⁶¹.

7.1. La fiscalización supletoria de la DGA de las extracciones de aguas en los cauces naturales

220. De acuerdo a la legislación, la función de distribución de los recursos hídricos según los DAA está radicada fundamentalmente en las OUA. Esta definición responde a la gran magnitud de dicha labor, a las ventajas de las decisiones tomadas a nivel local por los propios interesados, y a la cultura más que centenaria existente en el país sobre el tema. Así, se considera un valor que debe ser preservado y fortalecido. No obstante lo anterior, ello no excluye la necesidad de la fiscalización directa de la DGA sobre materias relativas al ejercicio de los DAA.

221. Esta facultad le da a la DGA el artículo 299, letra d) del Código de Aguas. Este artículo faculta a la DGA *“en el caso de que no existan Juntas de Vigilancia legalmente constituidas, impedir que se extraigan aguas de los mismos cauces sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda según dicho título. Para estos efectos, podrá requerir el auxilio de la fuerza pública en los términos establecidos en el Art 138 del CA”*.

222. En el ejercicio de su potestad fiscalizadora, conforme al Art. 138 del CA, el Director de la DGA puede requerir del Intendente o Gobernador respectivo, el auxilio de la fuerza pública (carabineros o policía de investigación), con facultades de allanamiento⁶² y descerrajamiento⁶³ para el cumplimiento de las resoluciones que dicte.

223. Esta atribución en la práctica no la ejerce la DGA. En lugar de dictar resoluciones que ordenen a los infractores, dentro de un plazo perentorio el cese de las conductas descritas en el Art. 299 letra d), simplemente se limita a ordenar que de detenga la extracción, sin fijar plazo, y a remitir los antecedentes al Ministerio Público para que, si lo estima necesario, inicie la investigación de un hecho que reviste el carácter de delito (usurpación de aguas), y, además, al Juez letrado del lugar donde se cometió la infracción para la aplicación de la multa.

224. El Código Penal contempla el delito de usurpación de aguas pero con penas muy bajas y sin aclarar si procede para el caso de aguas subterráneas. El artículo 173 del Código de Aguas establece una multa máxima de apenas 20 UTM (no más de \$ 1.400) respecto de toda

⁶¹ Mensaje No 029-359 del Presidente de la Republica a la Cámara de Diputados, 2012

⁶² Ingreso a un domicilio con fines de investigaciones.

⁶³ Forzar la entrada.

contravención a sus normas que no esté especialmente sancionada, sin tipificar claramente los hechos que se sancionan. No tiene efecto disuasivo y los tribunales no la aplican.⁶⁴

225. En todos casos, el alcance de la fiscalización por parte de la DGA tal como descrita en el CA es muy limitada y presenta las siguientes debilidades:

- Este poder de fiscalización de la DGA, es supletorio (se ejerce solo cuando no existe una JV registrada) y, solo se aplica a las extracciones de aguas en los cauces naturales porque así son las jurisdicciones de las JV. Esta función no se extiende al control de extracciones en las aguas subterráneas (ver sección 10 sobre las aguas subterráneas).
- El acceso a los lugares donde existen DAA o donde existan usos clandestinos puede ser restringido por el dueño del terreno o por terceros, cuestión que limita gravemente la función fiscalizadora. Esta situación resulta especialmente grave tratándose de aguas subterráneas, donde en general no existen accesos naturales a través de terrenos públicos. No existen disposiciones que permitan a la DGA inspeccionar en terrenos privados la existencia de extracciones clandestinas.
- La facultad de obligar a los titulares de DAA a medir las extracciones y comunicar los resultados, según procedimientos y formatos definidos, antecedentes fundamentales para una adecuada gestión del recurso y la toma de decisiones de la Autoridad, existe sólo en relación con las aguas subterráneas.
- De acuerdo a la legislación, el fiscalizador en el cumplimiento de sus funciones, no constituye un Testigo de Fe, lo que restringe su capacidad fiscalizadora.

7.2. La fiscalización del uso de los DAA

226. A diferencia de las legislaciones pretéritas bajo el CA actual, el no uso por un período determinado de tiempo no es causal de extinción del derecho de aprovechamiento. Combatir los riesgos de especulación y la escasez jurídica pero no real del recurso fue uno de los objetivos más importantes de la reforma del CA de 2005. Por ello, la Ley No 20.017 de 2015 que modifica el CA introdujo dos medidas fundamentales: (a) la necesidad, a la constitución del derecho, de justificar el caudal pedido asociándolo al uso que se quiere hacer y (b) la necesidad de pagar una patente por no uso del agua.

227. Sin embargo, el otorgamiento de DAA considera una declaración jurada en relación con la justificación de los caudales solicitados por el interesado. La legislación no entrega atribuciones para fiscalizar la veracidad de dichas declaraciones.

228. En realidad, la atribución de fiscalizar el uso de los DAA que se confirió a la DGA por el Art. 129 bis 8 del CA tiene un alcance preciso y limitado: *“El Director de la DGA, previa consulta a la organización de usuarios respectiva, determina los DAA cuyas aguas no se encuentren total*

⁶⁴ Diagnóstico, Proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones. Boletín 8149-09, Marzo 2012.

o parcialmente utilizadas, para lo cual deberá confeccionar un listado de los DAA afectados a la patente anual.”

229. De conformidad con lo establecido en el Art. 129 bis 9 del CA, los titulares de DAA están afectados en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente anual a beneficio fiscal. Un titular tiene que pagar una patente cuando no ha construido la obra de aprovechamiento y de restitución, según corresponda o cuando ha construido una obra de captación cuya capacidad es por debajo del autorizado por el título del DAA.

230. Cabe destacar que el CA establece diversas exenciones al pago de la patente anual por no existir obras de aprovechamiento. Se puede aplicar solo a los DAA inscritos en los CBR, sin embargo muchos derechos no están inscritos

Recomendaciones

231. En lo que se refiere a la fiscalización de las extracciones de agua, se propone los cambios siguientes:

- Resulta imprescindible que la fiscalización de las extracciones de agua por la DGA se extienda a las aguas subterráneas, en especial considerando que prácticamente no existen OUA para las aguas subterráneas del país. También se tiene que extender esta facultad de la DGA a las aguas detenidas y al punto de captación de las aguas, no sólo a los volúmenes extraídos.
- Considerando que el agua es un bien nacional de uso público, se debería permitir la actuación de oficio de la Autoridad para fiscalizar las extracciones en aquellos casos en los que el interés público o de terceros esté involucrado. Este es el caso, por ejemplo, de extracciones que no respetan obligaciones ambientales o relativas a la sustentabilidad de los sistemas (acuíferos). Lo anterior es necesario considerando que no siempre se aprecia que intereses de los miembros de una OUA (o de la mayoría de ellos) está en línea con las obligaciones o condicionantes establecidos por la DGA en sus dictámenes.
- Facultar a los fiscalizadores acreditados por la DGA a acceder a los lugares donde existen DAA y a inspeccionar en terrenos privados la existencia de extracciones clandestinas, recurriendo si fuera necesario al auxilio de la fuerza pública como lo establece el Art. 138 del CA⁶⁵.

⁶⁵ Art. 138: “El Director de la DGA podrá requerir del Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública, con facultades de allanamiento y descerrajamiento para el cumplimiento de las resoluciones que dicte en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el Título I de los procedimientos administrativos del CA.

Fiscalización: los casos de Alemania, España, Inglaterra, Arizona, California, Nuevo Mexico

En *Alemania*, los usuarios de aguas están sujetos a supervisión, incluida inspecciones a horas de trabajo. Y fuera de horas de trabajo cuando se trate de materias que afectan la seguridad y el orden público (Article 21). Deben permitir acceso a instalaciones, y equipos, poner a disposición herramientas, personas, documentos, permitir investigaciones técnicas y pruebas. (Art. 22, Alemania Amended Version of the Federal Water Act, 2002).

En *España*, los organismos de cuenca tienen a su cargo la inspección y vigilancia (TRLA, art 24.b. Pueden imponer medidas cautelares para como sellado de pozos, y cese de actividades, (art. 119.2 TRLA). Los titulares de derecho de uso privativo, estarán obligados a instalar sistemas de medición que garanticen información sobre los caudales de agua utilizados y, retornados. (art. 55.4 TRLA.). La policía de aguas la ejerce la administración hidráulica competente (art. 94, TRLA.). Se Las sanciones son fundamentalmente multas, actualizables y eventualmente acumulativas. (TRLA, 116-119).

La *ley de aguas inglesa*, (Water Act, 2003, modificatoria de la Water Resources Act, 1991) establece que si una persona incumple la ley, o las condiciones de un derecho es intimada a cumplir. Si no cumple la administración lleva a cabo las acciones necesarias por cuenta y cargo del intimado. También se le pueden aplicar multas, o llevar directamente a la justicia. (Sects 25 A, B, y C). El art. 172 de la ley de 1991 autoriza la entrada en recintos y naves para comprobar si hay necesidad de ejercer los poderes y deberes conferidos a instituciones; también pueden entrar a efectos de ejercitar poderes y deberes, realizar inspecciones, tomar muestras, efectuar medidas y exámenes, efectuar perforaciones, instalar monitores y asentar otros aparatos.

En *Arizona* el Director de Aguas o sus representantes pueden entrar a horas razonable en propiedad privada o pública donde exista cualquier instalación para extraer agua, trasportarla, o usarla. Se puede entrar en una propiedad privada con propósitos de verificar el cumplimiento de la ley en general. Las inspecciones pueden tener por objeto realizar exámenes de instalaciones y perforaciones, u obtener datos, y registros. El Director puede exigir el mantener registros y someterlos a auditorías. Propietarios, poseedores, y tenedores de derechos no pueden rehusar las inspecciones (Arizona, Water Law, 45.880.01, 135, 633, 2651, 1061)

En *California* la Junta de Control de Aguas del Estado, puede recabar testimonios concernientes a derechos de agua y su uso (1051 (b) Water Code, Cal. En estos testimonios se pueden intimar a testigos para que comparezcan y produzcan evidencia. Esta última incluye no solo declaraciones, sino además la revisión de cuentas, documentos, papeles, libros y mapas. La comparecencia es compulsiva y obligatoria. Su falta es considerada un desacato a la justicia (Sects. 1075 a 1106, Water Code, Cal.). Asimismo en California, el Código de Aguas establece que el Departamento de Aguas supervisa la distribución de aguas, colecciona registros de usuarios, investiga sobre aguas en términos de calidad y cantidad, e investiga tasas de uso (226-229). Controla además el desperdicio de aguas, y también investiga sobre aguas subterráneas y factores de deterioro de calidad (229-31). Lleva a cabo procedimientos para prevenir el uso irrazonable, métodos de uso, y derivaciones irrazonables, (275). El Estado tiene que implementar acciones vigorosas para ejecutar los términos y condiciones de permisos de agua, de decisiones de la Junta, y prevenir extracciones ilegales de agua (1825). También puede emitir órdenes de cese y desistimiento (1831-36). Su incumplimiento da lugar a una serie de acciones, incluidas multas diarias acumulativas (1845). La información falsa o con fin de confundir se pena con multa o cárcel. También puede haber multas diarias, y responsabilidades civiles (5107).

En *Nuevo México* la autoridad del agua tiene la facultad se puede entrar en propiedades para hacer relevamientos hidrográficos y relevamientos para el emplazamiento de obras (Art. 72-1-5, Water Law, N.M) El Ingeniero del Estado tiene poder para intimar la comparecencia de testigos y la inspección de libros, documentos, y registros. El incumplimiento se considera desacato (Art. 72-2-15/16, Ley de Aguas, NM.). También puede emitir órdenes de cese y desistimiento, que cuando quedan firmes e incumplidas pueden ser requeridas de cumplimiento a través de los jueces. El incumplimiento se sanciona con multas diarias acumulativas. Además se paga por el valor del agua, si esta se uso sin derecho (Art. 72-2-18, Water Law, NM).

232. En lo que se refiere a la fiscalización del uso de los DAA, se propone los siguientes cambios:

- Diseñar procedimientos que permitan fiscalizar y sancionar la práctica de evitar el registro de los DAA una vez otorgados y que aseguren que la DGA sea el único canal de creación de derechos (decisiones de los demás deben necesariamente pasar por ella), como un mecanismo para dificultar el cobro de la patente asociada al no desarrollo de las obras de aprovechamiento.
- Extender el rol fiscalizador de la DGA al momento del otorgamiento de nuevo DAA, a la verificación de la veracidad de las declaraciones juradas en relación con la justificación de los caudales solicitados por el interesado al momento de pedir un nuevo DAA.

233. En general se recomienda lo siguiente:

- Otorgar al fiscalizador el carácter de Ministro de Fe, cuando realiza una inspección, informe o investigación.
- Se sugiere otorgar facultades expresas y claras para ingreso a predios, lugares, instalaciones, a efectos de hacer constataciones.
- Modificar el Art. 173, especificando las infracciones sujetas a multas, aumentando los límites de las multas y fijando los criterios para la fijación de las multas para reforzar su efectividad.
- Expandir los tipos de sanciones que puede aplicar la DGA. En particular, la DGA debería poder cegar, clausurar y derruir, incluso por cuenta de los obligados que no cumplen el plazo con las obligaciones que les fije. Los costos serán ejecutables por vía de apremio al infractor.
- Modificación de los artículos 459 y 460 del Código Penal para mejor tipificar los delitos relacionados con la extracción ilegal/usurpación de aguas y aumentar las sanciones penales en estos casos.
- Facultar a la DGA para realizar directamente las obras ordenadas a costa del infractor.
- La fiscalización hoy pueden verse facilitada accediendo a los registros de compañías eléctricas y de ventas de combustible, regulando y registrando las empresas que construyen perforaciones para la extracción de aguas subterráneas, como así también de equipos de bombeo. Se sugiere consagrar esta facultad, como así también la de examinar y requerir documentos. Se debe poder requerir explicaciones y testimoniales a personas que por su situación, calidad, profesión, oficio, industria, comercio, estén en condiciones, o se presume que están en condiciones, de suministrar datos e información.
- Cuando esta información sea falsa o errónea, sea del infractor presunto, o el inspeccionado, o el examinado, o terceros, se deberían establecer sanciones basadas en el hecho objetivo de la falsedad o error, por falta de debida diligencia, con prueba de descargo a carga del infractor y o el beneficiario de la falsedad o error.

8. NECESIDAD DE REGULARIZACIÓN Y REGISTRO DE DERECHOS DE AGUA.

234. Los registros y catastros actualizados, completos y efectivos son esenciales para proteger los derechos de aprovechamiento, asegurar la sustentabilidad de fuentes, el funcionamiento efectivo de los mercados de agua, así como para prevenir fraudes y abusos aprovechando la ausencia, la duplicidad, o la desactualización de inscripciones y registros. Por otro lado, los registros son importantes para el Estado, para contar con información sobre el grado de uso del recurso, su titularidad y hasta, eventualmente, aspectos fiscales.

235. Cuando es importante, por cuestiones de eficiencia y aprovechamiento de oportunidades de inversión, facilitar la movilidad del agua entre usos deviene crucial, un mecanismo que dé certeza en forma rápida, a todos los interesados en el tema transferencias.

236. En Chile, no existen incentivos suficientes o penalizaciones adecuadas para que los interesados activamente se comprometan en un proceso de registro e inscripciones. O, por lo menos, no existen incentivos que compensen los costos y molestias de inscribir. Los derechos son válidos aun sin inscripción. No hay penalidades fiscales por no inscribir ni tampoco sanciones como caducidades, pérdida de categoría de derechos, pérdidas de prioridad y otras posibilidades que ofrece la legislación comparada.

237. Existen otros factores que comprometen el proceso, a través de multiplicidad de fuentes de derechos. Así, están los derechos del artículo 310 del Código de Aguas, que incluyen sentencias ejecutoriadas a la fecha de promulgación del Código; mercedes anteriores al mismo, sin perjuicio de los artículos 2 y 5 transitorios; los derechos que el Código Civil reconoce a los propietarios riberaños (sects. 834, 835 y 836) y de los que surgen de su artículo 944, adquiridos durante la vigencia de estas disposiciones y al presente en uso y ejercicio; y los que resulten de prescripción.

238. Además, están los derechos que reconocen su base en un uso efectivo, como los que surgen del Decreto Ley 2603/1979 (Caso Collado Baines, 2006)⁶⁶ y los que resultan del artículo 2 transitorio del Código de Aguas (Casos Tres Marías y Forestal Los Olivos 2009)⁶⁷.

239. También están los derechos que derivan del artículo 1 transitorio del Código de Aguas. Éstos son derechos inscritos y transferidos o transmitidos, cuyas transmisiones o transferencias no han sido inscritas.

240. Por el artículo 5 transitorio del Código de Aguas se regulan las determinaciones e inscripciones de predios parcial o totalmente expropiados o adquiridos por cualquier título bajo las leyes 15.020 y 16.640.

241. Existen, por otra parte, los derechos reconocidos a comunidades indígenas bajo la ley 19.253/1993 (Caso Toconce, Caso Comunidad Indígena Aymara Chuzmira y Usmagana).

⁶⁶ Caso Alberto Collados Baines con Carmen Lojo Olivera, Suprema Corte, 05/06/2006, 3414-2005, que declara la presunción de propiedad de usuarios sin título formal:

“El artículo 7° del D.L. 2603 de 1979, dispone que se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentra actualmente utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua. El amparado por esta presunción que sea perjudicado en el aprovechamiento de las aguas tiene derecho a recurrir al juez competente para que ampare su derecho”

⁶⁷ Caso Forestal Los Olivos, Corte Suprema, 30/07/2009, 313-2008. Derecho: Código de Aguas, artículo 2 transitorio); Caso Inmobiliaria Tres Marías (Corte Suprema, 25/03/2010, 2782-2008).

242. La peculiaridad radica en que hay derechos resultantes de distintas fuentes y, además, de decisiones de distintas autoridades públicas, como son los jueces y la administración. Esta fragmentación de las facultades de otorgamiento afecta la coherencia de los procesos. Como se ha ya dicho debería haber un canal común dejando solo a la DGA la potestad de otorgar DAA.

243. Se han dictado una serie de normas sobre regularizaciones, perfeccionamiento de derechos, registro de propiedad de aguas en el conservador de bienes raíces, y registro público de aguas.

244. En lo que hace a las *regularizaciones* del Art. 1 CA transitorio se ha sugerido su derogación, pues ha servido para crear derechos de papel y pone trabas a la adecuada gestión de las aguas. No se ha fijado plazo para regularizar bajo esta norma. En lo que hace al Art. 2 transitorio se argumenta que el mismo ha servido para crear derechos, más que para reconocerlos, con grave perjuicio para los derechos de terceros. Si bien en teoría sirve para regularizar usos ejercidos por 5 años antes del Código de 1981, en la práctica se suman ejercicios, y aún se aceptan derechos consuetudinarios posteriores a la fecha de la norma. Por ello se sugiere la reforma de la norma (Valdés, 2014).

245. El *perfeccionamiento de los derechos* es una obligación impuesta por el Código de Aguas para uniformar el contenido de los derechos. El procedimiento, al ser judicial, es oneroso y lento. Se ha sugerido que el mismo debe ser administrativo, para lo cual la DGA debe contar con las atribuciones legales adecuadas y los recursos humanos y financieros suficientes para llevar a cabo esta tarea.

246. Los *titulares de derechos de agua deberían registrarlo en el Registro de la Propiedad del Conservador de Bienes Raíces*, una obligación que por no tener plazo, ni sanción efectiva se cumple solo cuando es imprescindible para el titular del derecho. Por ello la reforma boletín 7543-12 pone un plazo y una sanción de caducidad, como lo sugiere Valdés (2014).

247. También existe un *Registro Público de Derechos de Agua, en la DGA* que sufre las mismas falencias que el sistema de registro de propiedad, con el agravante de que los escribanos conservadores no tienen ni incentivos, ni sanciones por no inscribir.

8.1. Regularizaciones

Art. 1ro Transitorio

248. El artículo 1º Transitorio del Código de Aguas, solo tiene por finalidad mantener la historia de la propiedad de los derechos de aprovechamiento inscritos, en el Registro de Propiedad de Aguas, del Conservador de Bienes Raíces. Es un procedimiento excepcional para registrar al dueño real y vigente del derecho.

249. El sistema es defectuoso. El procedimiento que establece para tal fin, carece de difusión, de publicidad y transparencia toda vez que no se exige divulgar la solicitud por ningún medio, ni evacuación de informes etc., de suerte que ni terceros, ni las organizaciones de usuarios, ni el organismo técnico en materia de aguas como lo es la Dirección General de Aguas, tienen intervención en él.

250. Las disposiciones transitorias que estableció el Código de Aguas en vigor, tienen por finalidad normalizar o regularizar la situación de derechos de aprovechamiento que se otorgaron bajo la normativa que fue derogada expresa y orgánicamente por su artículo 308. Sin embargo,

al artículo 1° Transitorio, no se le fijó un período de aplicación por lo que puede recurrir a ella una persona que haya adquirido un derecho con posterioridad al 29 de octubre de 1981, o sea que se ha transformado en la práctica en una disposición permanente.

251. En las minutas, que redactan abogados, se alteran de manera radical el contenido original del derecho inscrito, y en definitiva ello es acogido por el Conservador, y el derecho se inscribe a nombre del regularizador por caudales en volumen por unidad de tiempo inexistentes en los cauces naturales o incorporándoles características de que carecía, como por ejemplo, que la calidad de consuntivo del derecho, característica que solamente desde 1981 existe en nuestra legislación de aguas.

252. Así, se crean derechos de papel, pues en muchos casos los “caudales regularizados”, no tienen existencia física lo que en definitiva afecta la gestión de los recursos hídricos que realiza una Junta de Vigilancia en el cauce natural sobre el que ejerce jurisdicción, o se les confiere a los derechos inscritos, características legales que no posee.

253. En suma, el procedimiento de regularización, se aplica en la práctica, a cuestiones que exceden y con mucho su texto expreso, creando derechos o mudando su naturaleza.

254. Por las trabas que pone el artículo 1° Transitorio, a la adecuada gestión de las aguas el precepto debería ser derogado.

Art. 2do Transitorio.

255. El artículo 2° Transitorio del Código de Aguas, estableció un procedimiento para regularizar e inscribir derechos de aprovechamiento inscritos a nombre de un tercero y aún más permite el “reconocimiento” de los meros usos de aguas, anteriores a la entrada en vigencia de dicha codificación. Este procedimiento no crea derechos, sino que reconoce derechos y usos consuetudinarios existentes al 29 de octubre de 1981.

256. La transitoriedad del artículo 2° Transitorio está determinada por la circunstancia de que los 5 años de uso ininterrumpido que exige dicha disposición, debe haberse iniciado y concluido antes del 29 de octubre de 1981. En definitiva, compete a los Tribunales establecidos por la ley conocer y fallar esta materia.

257. Los tribunales de justicia, han permitido la agregación de posesiones conforme al artículo 717 del Código Civil, probablemente por aplicación supletoria del derecho común, del Art. en virtud de cual han reconocido como derechos de aprovechamiento meros usos de aguas, que si bien se iniciaron antes del 29 de octubre de 1981, no existían 5 años de empleo ininterrumpido. La sentencia reconoce el derecho, pues admite que el interesado invoque la posesión de su antecesor en el dominio del predio, por ejemplo

258. Han reconocidos como derechos usos consuetudinarios iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia del actual Código de Aguas, con lo cual no sólo han transformado en la práctica como norma permanente al artículo 2° Transitorio, sino que además, se han lesionado los derechos de terceros.

259. En suma, en la práctica por la aplicación extensiva de la norma transitoria que han hecho algunos tribunales han” creado derechos “, en circunstancias que el procedimiento es para “reconocer”, con el consiguiente perjuicio de la seguridad hidráulica de los derechos de terceros

8.2. Perfeccionamiento

260. El artículo 122 inciso 7° del Código de Aguas, estableció la obligación legal de los titulares de derechos de aprovechamiento de inscribir sus derechos reales, en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, que lleva Dirección General de Aguas, so pena de no poder acto alguno en relación con ellos ante dicho servicio y ante la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

261. Para que un derecho de aprovechamiento, pueda inscribirse debe contener las características esenciales que señala el artículo 45 del Reglamento del Catastro Público de Aguas, esto es, el nombre del titular; el álveo o ubicación del acuífero; la provincia en que se sitúe la captación y la restitución, en su caso; el caudal expresado en volumen por unidad de tiempo; su naturaleza, si es permanente o eventual, consuntivo o no consuntivo y su forma de ejercicio, continuo, discontinuo o alternado con otras personas.

262. El punto de captación del derecho, y el de restitución, en caso de los derechos no consuntivos, no se considera característica esencial. Debe ser incorporado al reglamento.

263. Si el título no contiene alguna o algunas de las características esenciales del derecho de aprovechamiento de aguas, para poder inscribirlo en el mencionado registro administrativo, el dueño debe perfeccionarlo.

264. El perfeccionamiento de los derechos de aprovechamiento cuyos títulos se encuentren incompletos debe realizarse en sede judicial a través del procedimiento sumario, conforme lo establece el artículo 46 del Reglamento del Catastro Público de Aguas.

265. La mayoría de los juicios sobre perfeccionamiento de títulos guardan relación con el caudal, por cuanto muchos lo expresan en acciones, en porcentajes, en regadores etc., y no en medidas métricas y de tiempo.

266. El procedimiento judicial, es un proceso complejo, oneroso y de extensa duración, además, que en un alto porcentaje recae sobre una materia eminentemente técnica, como es el caudal, por lo que se estima aconsejable sustituirlo por un procedimiento administrativo a cargo de la Dirección General de Aguas.

267. Para abordar dicha labor, sin que ello signifique incrementar el número de asuntos pendientes por parte de dicha repartición, habría que dotarla del personal profesional capacitado y de los recursos financieros para solventar gastos y erogaciones.

8.3. Registro de propiedad de las aguas

268. Los artículos 114 N° 4 y 150 inciso 1° del Código de Aguas imponen a los titulares de derechos de aprovechamiento constituidos por acto de autoridad la obligación de inscribirlos en el Registro de Propiedad de Aguas, del Conservador de Bienes Raíces competente.

269. La obligación en concreto, recae sólo sobre los titulares de derechos definitivos o perpetuos, quedando exceptuados los dueños de derechos provisionales otorgados en áreas de restricción

270. La ley no establece plazo para cumplir con dicho deber, ni sanciona expresamente su incumplimiento.

271. Por la inscripción el titular adquiere la posesión de los derechos constituidos, constituyendo prueba y garantía de la posesión.

272. La inscripción le otorga certeza jurídica, pues no es requisito de existencia.
273. La no inscripción de los derechos constituye un obstáculo para la libre transferencia de tales derechos, pues ella se perfecciona con la inscripción del título respectivo (compraventa, permuta etc.), lo que en definitiva impide un adecuado desarrollo del mercado. Y lo que es igualmente importante, afecta la seguridad hidrológica de derechos y compromete derechos de terceros: ¿cómo se puede asignar nuevos derechos (o definir sus características) sin saber qué derechos ya existen?
274. Se ve afectada también la certeza que el sistema creado en 1981, deseaba proporcionar a través del Registro de Aguas, a cargo de los Conservadores.
275. Una solución podría ser establecer una norma que incentive a los particulares a inscribir sus derechos de aprovechamiento, como por ejemplo darle preferencia en adjudicarse fondos concursables en materia de infraestructura de riego.
276. La sanción de multa que establece el Código de Aguas, a aplicar por contravención a cualquiera de sus preceptos que no tenga una penalidad específica, no parece ser eficaz para dicho objeto pues se puede pagar y no inscribir. Además, dicha codificación no establece un plazo para cumplir con la obligación de inscribir.
277. Por ello se estima que una medida coercitiva como la extinción del dominio sobre el derecho de aprovechamiento sería más eficaz para dicho fin. Esta sanción ha sido propuesta en la normativa de la reforma del Boletín 7543-12.
278. El dominio del derecho de aprovechamiento se extingue por las causas y formas que establece el derecho civil. Dicha disciplina no contempla como causal de extinción del dominio la renuncia del dueño, por ello se incorporó expresamente en la Ley N° 20.017, que modificó el Código de Aguas.
279. El derecho de aprovechamiento, cuya naturaleza es la de un derecho real como aquellos que señala el artículo 577 del Código Civil, no puede ser dejado sin efecto por vía administrativa, pero sí por una causal que establezca una ley ordinaria posterior.
280. Acorde con la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, el derecho real adquirido bajo el imperio de una ley, subsiste bajo el imperio de otra posterior pero en lo tocante a su extinción prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.
281. En consecuencia podría dictarse una ley ordinaria que establezca una causal de extinción por no inscribir el derecho dentro de un plazo, determinado, que no lesiona derechos adquiridos.

8.4. Registro público de aprovechamiento de derechos de agua

282. El artículo 122 inciso 7° del Código de Aguas impone a los titulares de derechos de aprovechamiento, cualquiera sea el origen de éstos, la obligación legal de inscribirlos en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, so pena de no poder realizar acto alguno en relación con sus derechos ante la Dirección General Aguas, ni la Superintendencia de Servicios Sanitarios.
283. Así, mientras no se practique su anotación en dicho registro administrativo, su titular no podrá solicitar a la Dirección General de Aguas por ejemplo, el traslado de su ejercicio, si fuere sobre aguas superficiales, el cambio de punto de captación, en el caso de las aguas subterráneas

etc. Además esta inscripción debe ser fuente única de información para efectos judiciales y el único medio de prueba del derecho

284. En el registro deben inscribirse todos los derechos constituidos o reconocidos en conformidad a la ley. Además, las mutaciones de dominio por transferencia (compraventa, permuta etc.) y transmisión (herencia, legado etc.) y los derechos reales constituidos sobre ellos (hipoteca, usufructo etc.)

285. Para que los derechos de aprovechamiento puedan inscribirse en el registro administrativo, los títulos respectivos deben contener todas las características esenciales que establece el reglamento.

286. Si al título le falta alguna de dichas características esenciales, debe ser perfeccionado en sede judicial de acuerdo con las reglas del juicio sumario. Sin embargo la falta de conocimiento técnico en los juzgados condiciona la eficacia de estos procedimientos.

287. Con la finalidad de mantener al día se impuso a los Notarios Públicos y Conservadores de Bienes Raíces, la obligación de informar a la Dirección de Aguas, las mutaciones de dominio de los derechos de aprovechamiento, enviando copia de las actuaciones correspondientes dentro del plazo fijado en la ley.

288. No se estableció una sanción para el cumplimiento de esta obligación por parte de dichos auxiliares de la administración de justicia.

289. Debido a la carencia de pena por la infracción de dicho deber algunos Notarios y Conservadores, no remiten los documentos auténticos, lo que impide llevar actualizado el registro

290. La información se traduce en el envío de las escrituras públicas e inscripciones, sin una adecuada sistematización de los datos relevantes para el Servicio, pues la ley no reguló esta situación.

291. En estas condiciones, y por el volumen de documentos recibidos la labor de sistematizar la información contenida en ellos, ha debido externalizarse, con el consiguiente costo económico para el servicio.

292. En el segundo trámite constitucional del proyecto de ley, Boletín 8149-09, el texto aprobado por diputados para el Art. 122 inciso 4 establece la obligación de los Conservadores de Bienes Raíces de enviar, en plazo de 30 días, en formato reglamentario, la información sobre transferencias y transmisiones de dominio de derechos de aprovechamiento de aguas y organizaciones de usuarios, bajo apercibimiento de sanción. La indicación substitutiva incluyó la obligación de enviar la información relativa a inscripciones en el registro de la propiedad de resoluciones administrativas que constituyan derechos de propiedad y de las judiciales que reconozcan un derecho de aprovechamiento.

Inscripción y Registro: Alemania, Australia, España, Estados Unidos, México, Reino Unido.

Las inscripciones de derechos conocidos pueden realizarse de oficio, como en Alemania y en España el registro es el medio de prueba del derecho. Para los derechos no inscriptos pese a la obligación de inscribir existen diferentes opciones: pérdida del derecho después de 10 años de requerimiento público de inscripción y derecho (*Alemania* Art. 16, Promulgación of the Amended Version of the Federal Water Act of 19 August 2002) o denegación de derechos a usos no denunciados dentro de los plazos establecidos por los planes de agua (Caso *Michelmore v Minister for Environment and Conservation*, 2004)

En *España* los derechos preexistentes al cambio legal registrados quedan legalizados, aunque pueden ser ajustados conforme necesidades reales. Las aguas privadas no inscriptas no pierden su carácter, pero se les deniega protección administrativa. La falta de inscripción puede sujetar a multas acumulativas, y en todos los casos se imponen las limitaciones al uso del dominio público en caso de sobreexplotación, sequía grave, o necesidad urgente. (*España*, Texto Unico Refundido Ley de Aguas, TRLA, Arts 80, 95.3, adicional primera, transitoria primera, transitoria cuarta). En el *Reino Unido* los derechos no resultantes de licencia, que no sean inscriptos quedan privados de la protección de la ley de aguas (Water Act 2003, 39B Register of certain protected rights). En *México* los derechos no inscriptos no tienen validez frente a terceros, (art. 31 Ley de Aguas Nacionales).

En *Montana* la obligación de inscribir se considera ejercicio regular de poder de policía, y si se incumple hay una presunción legal de abandono, que no admite prueba en contrario. Cuando *Montana* decidió el registro de todos los usos del agua, y convalidarlos mediante derechos formales, al principio se dio responsabilidad por identificación a una agencia administrativa. Probó ser inmanejable y la responsabilidad se trasladó a los beneficiarios, bajo presunción iure et de iure de abandono del derecho. El sistema fue convalidado por los jueces (Tarlock, 2002). En el caso *Yellowstone River (1992) la Suprema Corte de Montana* resolvió que los derechos de agua, y otros derechos de propiedad, están sujetos al ejercicio razonable del poder de policía del estado de regular en función de la seguridad, salud, y bienestar general del público (pueblo) del estado.

En *Arizona* los usuarios pueden ser requeridos a que denuncien sus derechos. Si no lo hacen se presume abandono, y si haciéndolo sobreestiman sus necesidades y usos esto es delito (Art. 45-182, 184, Water Law)

California, en ciertas áreas, los derechos no denunciados en termino crean una presunción de no uso en el periodo de no denuncia. Esto equivale a pérdida de prioridad temporal. En casos de no comparecer en procesos de determinación de derechos se presume que se han dejado caducar. Se pena tanto la información falsa como el no proporcionar información. (Arts 2525, 2526, 2529(4), 2801-2816, 5101, 5102-5107, Water Code, California).

En *Wyoming* existen normas por la cuales los derechos se consideran adquiridos contra registro. Cuando los derechos no se registran en termino se faculta un nuevo pedido, pero la prioridad es la del pedido, no la originaria preexistente no registrada. Se concentran las facultades de gestión, otorga, registros en una sola entidad administrativa, lo que se declara constitucional (Wyoming, Water Law, Art. 41-3-930).

Adjudicaciones por Áreas de Influencia de Fuentes da Agua

En algunos estados norteamericanos el tema de los registros y denuncios de derechos y aprovechamientos de agua se vincula con el de los procedimientos para regularizar derechos y usos en grandes áreas dependientes de las mismas fuentes (*General Stream Adjudications*). La existencia de grandes extensiones con derechos gestados a través del tiempo con usos directos, o registrados en distintas cortes judiciales y reparticiones administrativas fragmentadas, incompletas, y no coherentes, reclamaba procesos de regularización general.

Era, en términos generales, un tema bastante similar a la regularización de sistemas consuetudinarios. Un grupo de estados decidieron poner la casa en orden mediante procedimientos de *adjudicación general de derechos* (*Montana, Arizona, Washington, Idaho, Oregón*). Los procedimientos tienen variantes, incluyendo la cuasí administrativa de Oregón (Tarlock, 2002).

Es importante destacar que en estos procesos confluían usuarios de distinta antigüedad y eficiencia en el uso. Cuando los procedimientos exigían una cierta eficiencia de uso, los usuarios más antiguos trataron de influir políticamente las decisiones administrativas en Arizona e Idaho. *Los jueces convalidaron los requerimientos de eficiencia* (Tarlock, 2002).

Recomendaciones

293. Se requiere derogar el Art. 1º transitorio del CA y reformar el contenido sustantivo y las normas procesales del 2º transitorio para que por su vía no se creen nuevos derechos, ni se dificulte la incorporación de los existentes al sistema de mercado. La reforma del boletín 7543-12 en la práctica supone la inoperancia del artículo identificado dentro del año de la entrada en vigencia de la ley de reformas

294. Registro obligatorio de derechos de agua bajo pena de caducidad. Este es uno de los puntos de la propuesta en boletín 7543-12. Art. 2do transitorio. Así, la caducidad por no inscripción aplicaría tanto a los derechos pre reforma, como a los posteriores (reforma inciso primero Art. 150 CA). La propuesta boletín 7543-12, también propone (Art. 51) la derogación del Art. 5 transitorio del Código de Aguas, que es una fuente de descoordinaciones por las inscripciones de derechos de aprovechamiento dispuestas por el Servicio Agrícola y Ganadero.

295. Establecer sanciones y plazos relevantes para inscribir tanto en registro de la propiedad, de los conservadores, como en el público de la DGA. Los proyectos de reforma de los boletines 8149-09, para Art. 122 inciso 4 CA, y 7543-12, para Art. 150 CA han establecido por una parte sanciones para los conservadores de bienes raíces por no informar al Registro de Derechos de Agua, y por la otra la caducidad de los derechos no inscriptos dentro de los 60 días de otorgado un derecho nuevo, y de 6 meses de entrada en vigencia de la ley que dispone la inscripción de los derechos preexistentes.

296. Considerar la posibilidad de suscribir un acuerdo de traspaso de información entre las partes involucradas, dentro de un plazo acotado, que resguarde los intereses de Notarios y Conservadores y de la Dirección General de Aguas, y la forma como deberán soportar los gastos de su implementación.

297. Suplantar los sistemas y la intervención judicial por sistemas administrativos.

298. Fortalecer la financiación y el personal que DGA dedique a estas tareas, lo que en definitiva se traducirá en cobros a usuarios por el beneficio de usar un bien público, y de contar con títulos

veraces, respaldados efectivamente con agua, y no con papel, y ser protegidos respecto a intromisiones de terceros. También se propone mejorar la coordinación entre organismos de Estado como la DGA por un lado, y SISS, CNR y DOH para intercambiar información sobre transacciones de derechos de aprovechamiento.

299. Identificar zonas piloto a efectos de probar y poner a punto metodologías para la identificación de usos de agua, reconocimiento, identificación derechos de agua, y su correspondiente registro, en forma similar a los procedimientos colectivos identificados en el sistema norteamericano.

300. En áreas de sostenibilidad crítica o de emergencia, el gobierno debería poder comenzar procedimientos de regularización de oficio, como se ha visto en derecho de Estados Unidos, con costos a cargo de los usuarios

9. NECESIDAD DE MEJORAR LA INFORMACIÓN PARA LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

301. Para que un país tome decisiones acertadas en materia de gestión de aguas en varios niveles, se necesita información de calidad; incluyendo, entre otros: datos hidrológicos de fuentes superficiales y subterráneas, datos de calidad de aguas, datos de usos del agua e información socioeconómica a nivel local. El grado de detalle y la sofisticación de los sistemas de información se deben determinar en el contexto de cada cuenca y de cada acuífero, pero en general deben ser mayores cuando el agua es escasa y los impactos del cambio climático comienzan a ser más aparentes. Esta información y su análisis deben estar disponibles de forma transparente y oportuna para permitir que distintos grupos de interesados puedan tomar decisiones oportunas e informadas (Banco Mundial 2011).

302. En el caso de Chile, el artículo 122 del Código de Aguas indica que “La Dirección General de Aguas deberá llevar un Catastro Público de Aguas, en el que constará toda la información que tenga relación con ellas”. De esta manera, el Catastro Público de Aguas (CPA) se constituye como la pieza central del Sistema Nacional de Información sobre recursos hídricos en Chile.

303. Este mismo artículo señala que “En dicho catastro, que estará constituido por los archivos, registros e inventarios que el reglamento establezca, se consignarán todos los datos, actos y antecedentes que guarden relación con el recurso, con las obras de desarrollo del mismo, con los derechos de aprovechamiento, con los derechos reales constituidos sobre éstos y con las obras construidas o que se construyan para ejercerlos.”

304. En la práctica, como ya se ha reportado en informes anteriores (Banco Mundial 2011, 2013a y 2013b) el CPA aún presenta grandes deficiencias de información tiene registrado tal vez un cuarto de los usos en cuanto: a aspectos físicos del agua, a la medición de la calidad del agua y a la información sobre DAA y sus transacciones. Estas limitaciones se han convertido en un obstáculo para que la DGA pueda gestionar de manera adecuada y eficiente los recursos hídricos de Chile. En esta sección se analizarán algunas de las limitaciones del marco legal y regulatorio que existen para generar la información en estas tres áreas.

Limitaciones legales

Información sobre aspectos físicos del agua

305. De acuerdo con las evaluaciones realizadas por el Banco Mundial en 2013 y 2014, hoy en día la cobertura de redes, operadas por la DGA, para la generación de datos meteorológicos, fluviométricos, sedimentométricos, de niveles de pozos y limnológicos es insuficiente.

306. Sin embargo, existen otras instituciones que generan datos e información vinculada a la gestión de los recursos hídricos (por ejemplo. SAG, DMC, SISS, entre otras) y actualmente que no tienen obligaciones legales de transmitir esta información a la DGA.

307. Actualmente no existe un Sistema Nacional de Información sobre los recursos hídricos que coordine las acciones de los distintos organismos que generan información y que sea responsable de su análisis y certificación. Esto evitaría duplicidad de inversiones y la existencia de bases de datos con información discrepante.

308. Adicionalmente, se ha identificado que el Centro de Información sobre los Recursos Hídricos ha hecho avances en lo que se refiere al sistema de acceso a la información contenida en el CPA. Sin embargo subsisten brechas en lo que se refiere a la verificación de la calidad de la información, en la coordinación de la actividad de los archiveros y en la elaboración de reglas para el uso de herramientas tecnológicas por parte de los usuarios internos de la DGA. En este sentido es necesario mejorar en el reglamento interno de la DGA las funciones y potestades del CIRH para fortalecer sus responsabilidades sobre la obtención y vigilancia de la calidad de la información.

Información sobre aspectos de calidad del agua

309. Este tema se aborda con mayor detalle en el capítulo 11. Sin embargo es necesario subrayar en esta sección la importancia de fortalecer la información sobre calidad del agua dentro del CPA, identificando sus limitaciones legales.

310. Como se ha discutido en la sección sobre calidad del agua, la obtención de los datos e información sobre calidad del agua es aún deficiente. Sin embargo esto se debe principalmente a deficiencias de capacidad institucional y no a limitaciones del marco legal.

311. Como se menciona en el capítulo 11 una de las limitaciones en este tema es la falta de vinculación de la información sobre calidad del agua con aspectos biológicos y ecosistémicos. Actualmente el marco legal no menciona la responsabilidad de vigilancia del estado ambiental de los cuerpos de agua que está vinculado a mediciones de parámetros de calidad del agua, pero también al monitoreo de otros indicadores biológicos. Para tener una evaluación completa del estado de los cuerpos de agua del país sería necesario incorporar esta responsabilidad dentro de la legislación actual en temas de aguas e incluir el monitoreo de indicadores biológicos como parte de la información que se incluye como parte de los indicadores para la evaluación de la calidad del agua.

Información sobre derechos de agua y sus transacciones

312. Actualmente este es uno de las problemáticas centrales para la gestión de los recursos hídricos en Chile. Como ya se ha reportado en otros diversos estudios, Banco Mundial 2011 y 2013, el CPA y los registros de los CBR son incompletos, faltando información sobre las inscripciones de DAA y sobre las transacciones en estas dos fuentes de información.

313. A pesar de la promulgación de la Ley N° 20.017 que reforma el CA y establece que todo DAA, *cualquiera sea su origen* (reconocidos o constituidos), deberá ser inscrito en el RPDAA (art. 122 del CA); y fija sanciones y limitaciones administrativas al DAA si este no se inscribe, aún existen un gran número de DAA y transacciones sin inscribir.

314. Sólo un 30% de los CBR entregan la información a la DGA. Otra de las dificultades que presenta la información de los CBR es que no es homogénea. Además, la información enviada por los CBR no es siempre completa, del total de 24,248 transacciones informadas entre el año 2005 y 2009, en sólo un 21.42% de los casos se sabe qué tipo de derecho se transó.

315. Como se había señalado en el análisis del Banco Mundial de 2011, el sistema como está estructurado limita la obtención de información adecuada y oportuna para la gestión de los recursos hídricos en Chile.

316. En el capítulo 8 se sugieren varias medidas para resolver problemas ligados al registro, reconocimiento y perfeccionamiento de DAA. Sin embargo en este capítulo se sugiere incluir

como condición para el registro de un DAA ante los CBR, la inscripción del DAA en la DGA y de igual forma para las transacciones.

317. Además, para el adecuado poblamiento y actualización de las bases de datos, sería conveniente reforzar las atribuciones de la DGA en sus atribuciones para requerir información pertinente de terceros. En especial interesa establecer la obligación de traspaso de información en formatos preestablecidos, a las siguientes fuentes: otras instituciones públicas, organizaciones de usuarios, titulares de DAA, en lo relativo al ejercicio del derecho y, entidades que realizan estudios o investigaciones sobre aguas, con financiamiento del Estado.

Información sobre el balance hídrico

318. Es importante señalar que la información sobre disponibilidad y uso del recurso hídrico debería ser traducida en información sobre balances hídricos actualizados periódicamente y disponibles al público. Hoy en día esto no está disponible. Esta responsabilidad no se encuentra actualmente asignada en el marco legal y es una pieza clave para la gestión de los recursos hídricos.

319. De manera adicional se ha notado un vacío en el marco legal sobre la investigación de impactos que el cambio climático pueda tener sobre los recursos hídricos en zonas vulnerables. Es importante que la DGA sea responsable de incluir esta información como parte de la información sobre disponibilidad hídrica particularmente para cuencas bajo riesgo de sustentabilidad hídrica.

Gestión de la información a nivel central y regional

320. En estudios anteriores se ha detectado que existen muchas veces dentro de la misma DGA poco uso de la misma información contenida en el CPA. En el estudio del 2013 se reportó que varias unidades de la DGA muchas veces contratan de manera independiente estudios específicos para obtener información sobre los RH debido a la falta en la disponibilidad de información en el CPA.

321. Para evitar duplicaciones de recursos e ineficiencias administrativas se sugiere reglamentar dentro de las unidades de la DGA el uso de la información del CPA. En el caso de los usuarios externos, para evitar la multiplicación de fuentes de información, también es necesario dejar en claro que en el Código de Aguas que la única información legal es aquella validada por la DGA.

322. Otro punto clave en la gestión de la información sobre recursos hídricos es la distribución de las atribuciones para generar, procesar y analizar la información sobre recursos hídricos a nivel local (DGA Regional) y a nivel central.

323. En el marco legal analizado el rol de las direcciones regionales de la DGA en cuanto a la generación y procesamiento de la información sobre recursos hídricos no está definido ni reglamentado, salvo por el Registro Público de Solicitudes, en donde únicamente se indica que un funcionario de la oficina regional debe de estar a cargo.

324. Para optimizar la generación de información sobre los recursos hídricos es necesario potenciar el rol de direcciones regionales en cuanto a generación, procesamiento y análisis de la información, es necesario aclarar estos roles en el marco legal.

Desarrollo del conocimiento

325. Finalmente una responsabilidad que se encuentra ausente actualmente en la legislación vigente es el fomento al desarrollo del conocimiento técnico y científico entorno a los recursos hídricos, rol que debería ser liderado y coordinado por la autoridad del agua a nivel nacional.

326. Es necesario incluir esta función dentro del marco legal vigente, incluyendo: la promoción de centros de investigación sobre recursos hídricos, la vinculación entre la academia, el sector privado y los entes de gobiernos que participan en la gestión de los RH para desarrollar el conocimiento sobre RH y la vinculación con centros internacionales para fortalecer la adopción de nuevas tecnologías, metodologías, etc.

Recomendaciones

327. A continuación se resumen las principales recomendaciones de modificaciones legales que han sido expuestas:

- Desarrollar en el marco legal un Sistema Nacional de Información sobre Recursos Hídricos que coordine, recoja y regule toda la información generada por la DGA y otras instituciones que sea indispensable para la gestión de los recursos hídricos. Como parte del sistema se deberá incluir como obligación legal el traspaso de información a la DGA por parte de organismos externos.
- Fortalecer a nivel reglamentario las funciones y atribuciones del CIRH
- Incluir, en el reglamento del CPA, el monitoreo de indicadores biológicos que ayuden a definir la calidad del agua en causas naturales y su estado ambiental.
- Incluir en el marco legal la necesidad de tener los DAA inscritos ante la DGA como condición para su registro ante los CBR, lo mismo para las transacciones de DAA.
- Particularizar en el Código de Aguas que la única información legal es aquella contenida en el CPA.
- Definir y fortalecer en el marco legal los roles de las direcciones regionales en la generación, procesamiento y análisis de información sobre RH.
- Incluir en el marco legal la función de promoción y generación del conocimiento técnico y científico sobre el agua.

10. NECESIDAD DE ASEGURAR LA GESTIÓN SOSTENIBLE DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

328. Sin lugar a dudas, las aguas subterráneas han sido la principal fuente que ha permitido el abastecimiento de las nuevas demandas de recursos hídricos en las últimas décadas. Sin embargo, en esta materia el país no ha sido capaz de desarrollar modelos de gestión eficientes y sustentables, lo que obliga a una revisión a fondo de la legislación, más allá de que buena parte de los problemas detectados se expliquen por las evidentes fallas en la aplicación de los instrumentos de gestión existentes.

329. De acuerdo al marco legal vigente, la sustentabilidad de la explotación de los acuíferos debiera estar garantizada por los siguientes instrumentos:

- La concesión de nuevos DAA *“siempre que la explotación del respectivo acuífero sea la apropiada para su conservación y protección en el largo plazo, considerando los antecedentes técnicos de recarga y descarga, así como las condiciones de uso existentes y previsibles”* (Art 147 bis). Cabe destacar que esta disposición fue necesaria incluirla en la reforma de 2005, ya que la interpretación de la Contraloría General de la República de las disposiciones obligaba a la Autoridad a conceder los DAA solicitados, con la sola comprobación de la capacidad de los pozos para extraer el caudal solicitado mediante una prueba de bombeo. Es importante enfatizar que, en el caso de Chile, la referencia de la norma a los “usos previsibles” y no a los DAA existentes, resulta indispensable para un adecuado aprovechamiento del agua subterránea. En efecto, la modalidad de constitución de los DAA, en especial según la normativa vigente hasta el año 2005, y la realidad de la gestión del agua subterránea, generan una fuerte discrepancia entre los DAA nominales autorizados y los usos efectivos (de hasta 5 veces); así la determinación técnica de los usos previsibles de largo plazo constituye el criterio de planificación adecuado para evitar la sobre explotación del acuífero sin caer en su subutilización.
- La organización de comunidades de aguas subterráneas que, al igual que en la gestión de las aguas superficiales, estuvieran en condiciones de distribuir los caudales disponibles entre los titulares de DAA de acuerdo a los derechos, estableciendo una reducción a prorrata si las disponibilidades fueran menores que la suma de los derechos otorgados, y controlando la extracción de aguas sin título. Sin embargo, sólo el acuífero de Copiapó tiene una comunidad de aguas subterráneas.
- La facultad de la DGA de exigir a los particulares la instalación de medidores para controlar las extracciones: *“la DGA podrá exigir la instalación de sistemas de medida en las obras y requerir la información que se obtenga”* (Art. 68 del CA).
- La facultad de los particulares de recurrir a la DGA *“para establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos”* cuando *“la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos”* (Art. 62). La facultad de los usuarios relativa a solicitar la reducción temporal del ejercicio de los DAA, cuando se presenta afección a alguno de ellos, en la práctica no ha tenido aplicación. Ello posiblemente se deba a desconocimiento de la normativa o a la falta de disposición de los usuarios a exigirla.

- La existencia de figuras restrictivas para la concesión de nuevos DAA (áreas de restricción y prohibición) solicitadas por los interesados o dictadas por la Autoridad de oficio.
- La posibilidad de constituir DAA con carácter de provisionales en acuíferos con declaración de áreas de restricción, los cuales quedan sin efecto en el caso de comprobarse afección a derechos de terceros, y pueden ser constituidos en forma definitiva en caso contrario, pasado cierto plazo.

330. Cabe señalar que la mayor parte de estos instrumentos de gestión, cuyo propósito es asegurar la sustentabilidad de la explotación, no han sido utilizados por la Administración y/o los particulares, o lo han sido en escasa medida.

Limitaciones del marco legal vigente para la gestión de las aguas subterráneas

331. Más allá de los problemas originados en la deficiente aplicación de la normativa, se pueden hacer los siguientes comentarios relativos a sus limitaciones:

- En ausencia de OUA o si existiendo hiciera abandono de sus deberes en relación con el establecimiento de prorratas de acuerdo a la disponibilidad del acuífero, el Estado no puede intervenir directamente o “de oficio”, asumiendo las funciones asignadas a las OUA. Esta situación es particularmente preocupante considerando que la facultad de los usuarios relativa a solicitar la reducción temporal del ejercicio de los DAA cuando se presenta afectación a alguno de ellos, no ha tenido aplicación.
- En ausencia de OUA o si existiendo hiciera abandono de sus deberes, la DGA no está facultada para asumir las funciones de control de las extracciones (ilegales o superior a lo que prescriben los DAA). Considerando que prácticamente no existen OUA de aguas subterráneas en el país, las extracciones no tienen ninguno control. Esta situación es particularmente preocupante si se considera que en algunos acuíferos, las extracciones ilegales sin título o que superan las extracciones autorizadas por los DAA. La gestión sustentable de las aguas subterráneas, supone también una revisión de la normativa relativa a la fiscalización y sanciones, materia que se aborda, en el marco más general de la fiscalización, en la sección 7.
- La facultad de los particulares de recurrir a la DGA para establecer reducción temporal de las extracciones en la actualidad está limitada a los impactos que se presentan por DAA de aguas subterráneas y en el ejercicio de derechos sobre aguas subterráneas, sin embargo ella también es pertinente cuando se presentan afectaciones a derechos sobre aguas superficiales, o sobre otros de carácter subterráneo, pero localizados en acuíferos distintos aunque interconectados. También, es relevante cuando se afectan los requerimientos hídricos del medio ambiente (aunque este no tiene DAA).
- La legislación vigente considera la interacción de las aguas superficiales y subterráneas sólo en lo relativo a la no afección de los DAA otorgados, pero resulta insuficiente para regular y permitir un uso conjunto de las aguas superficiales y subterráneas. Así, en las cuencas chilenas, con una muy activa interacción entre aguas superficiales y subterráneas frecuentemente se introducen restricciones al uso de aguas subterráneas que resultan inconvenientes para el interés público, que en un marco más amplio tendría soluciones técnicas ventajosas para todos los sectores. Así, se hace necesario revisar el tratamiento que se da a dicha interacción.

- La práctica ha demostrado que, aunque los DAA provisionales tienen claramente establecida la posibilidad de ser dejados sin efecto, las presiones locales hacen que ello sea difícil de materializar.
- La gestión sustentable de las aguas subterráneas, supone también una revisión de la normativa relativa a fiscalización y sanciones, materia que se aborda, en la sección 7.
- La legislación prevé el establecimiento de los DAA de aguas subterráneas a perpetuidad en base a la recarga del acuífero. Esta situación impide el aprovechamiento adecuado de los grandes volúmenes de agua almacenados en forma de agua subterránea, pero con recarga mínima, en el norte del país, por las incertezas que presentan la evaluación de recarga en zonas extremadamente áridas. Por otra parte, el principal uso, el minero, requiere de DAA por plazos acotados, relacionados con la magnitud del mineral que se desea explotar. En ese escenario, resulta muy ventajosa la posibilidad de constituir DAA por un tiempo limitado, asociados a los volúmenes almacenados, alternativa inexistente en el marco legal vigente.

332. La revisión de los procedimientos señalados en este punto, para que cumplan el objetivo de garantizar una explotación sustentable de los acuíferos, deben entenderse insertas en el marco del análisis que se presenta en la sección 5 sobre Gestión Integrada de Recursos Hídricos y la Planificación a nivel de cuencas.

Recomendaciones:

- En respuesta a las limitaciones a) y c) identificadas arriba, se propone una modificación de los alcances del Art. 62 del CA, relativo a la reducción temporal de las extracciones de aguas subterráneas, sobre la base de las siguientes ideas.
 - Se autoriza a la DGA a actuar de oficio, en el marco habilitante del Plan Director Hídrico;
 - Se hace aplicable la norma a las explotaciones en los acuíferos que generan afección significativa a los usuarios de aguas superficiales o al medio ambiente, según lo definido en el Plan Director.
- En relación con las limitaciones relativas al control de las extracciones, se propone que la DGA pueda controlar directamente las extracciones de aguas subterráneas ilegales o superior a lo indicado en los DAA, cuando no hay OUA o cuando esta no asume sus deberes en el asunto (ver la sección sobre fiscalización para mayores detalles).
- Promoción del uso conjuntivo de las aguas superficiales y subterráneas; introduciendo un articulado al respecto en el Título VI del CA sobre las aguas subterráneas.
- Acentuar el carácter precario de los DAA provisionales establecidos en las áreas de restricciones. Una opción sería eliminar el Art. 67 que prevé la conversión de estos derechos provisionales a derechos permanentes cuando se cumplen algunas condiciones.
- Permitir la constitución de DAA consuntivos de carácter estrictamente temporal sin compromiso de prórroga en los acuíferos que presentan una recarga mínima. El tiempo de validez del DAA sería establecido en relación con los volúmenes conocidos de

recursos hídricos almacenados y las proyecciones de usos (este tema es también tratado en la sección 6 sobre los derechos de agua).

11. NECESIDAD DE ASEGURA LA GESTIÓN DE LA CALIDAD DEL AGUA

Limitaciones legales

Marco institucional

333. Actualmente no se cuenta con un articulado que aborde en forma integral la problemática de gestión de la calidad de las aguas. El CA vigente, en su artículo 129 bis⁶⁸ otorga a la DGA la responsabilidad de establecer una red de estaciones de control de la calidad del agua como parte de sus funciones relativas a la medición de los recursos hídricos pero no especifica los mecanismos y procedimientos para el manejo de los temas de control de contaminación y gestión de la calidad de las aguas.

334. La Ley sobre Bases Generales de Medio Ambiente (Ley 19.300) promulgada más recientemente trata el tema de la calidad del agua también de manera fragmentada. El tema de la calidad del agua se aborda de forma inconexa en diferentes artículos en: i) los artículos 10 y 11 al incluir los impactos sobre la calidad del agua de nuevos proyectos que deben entrar al Sistema de Evaluación Ambiental; ii) el artículo 33 referente a la administración de la información sobre calidad del agua y en iii) el artículo 42 de manera implícita dentro de los planes de manejo de los ⁶⁹recursos naturales.

335. Como se puede observar, la legislación y la reglamentación actual no aborda de manera integral la gestión de la calidad del agua y tampoco define claramente la institución con responsabilidad primaria de hacer en el terreno la fiscalización y el control de la contaminación ni dota a la autoridad de poderes sancionatorios y de los instrumentos legales, técnicos, económicos y presupuestarios para prevenir e impedir la contaminación del agua en forma efectiva y ágil.

Monitoreo de la calidad del agua

336. La observación y seguimiento de los parámetros indicativos de la calidad del aguas normalmente se realiza con dos objetivos principales: i) evaluar la situación ambiental de cursos y cuerpos de agua naturales y detectar tendencias generales de salud de los ecosistemas hídricos, o ii) vigilar el impacto de vertidos en cuerpos naturales y artificiales con objetivos de impedir o revertir acciones de contaminación. La metodología en ambos casos es diferente, el artículo 129

⁶⁸ Sobre el Artículo 129 bis 3.- La Dirección General de Aguas deberá establecer una red de estaciones de control de calidad, cantidad y niveles de las aguas tanto superficiales como subterráneas en cada cuenca u hoyo hidrográfica. La información que se obtenga deberá ser pública y deberá proporcionarse a quien la solicite.

⁶⁹ Artículo 10.- Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:

a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas

o) Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos;

q) Aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas

Artículo 11.- Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias

b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire

Artículo 33.- El Ministerio del Medio Ambiente administrará la información de los programas de medición y control de la calidad ambiental del aire, agua y suelo para los efectos de velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Artículo 42.- El Ministerio del Medio Ambiente conjuntamente con el organismo público encargado por la ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá, cuando corresponda, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de los mismos, a fin de asegurar su conservación. Estos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales: a)

Mantenimiento de caudales de aguas y conservación de suelos.

del Código de Aguas, indica que la DGA deberá establecer una red de estaciones de control de calidad, cantidad y niveles de las aguas tanto superficiales como subterráneas, actualmente la información generada no cubre todo el territorio nacional, se restringe a cauces naturales y no integra de manera sistemática la información generada por otras instituciones que también realizan labores de monitoreo de calidad de aguas como son la SISS, la DIRECTEMAR y el SAG, entre otras lo que limita la capacidad de la DGA para fiscalizar y revertir acciones específicas de contaminación.

337. Además de la falta de coordinación interinstitucional y de integración de datos dentro de un mismo sistema, la DGA no tiene la posibilidad de validar en terreno las mediciones realizadas por privados (ej. titulares de DAA, y otros sujetos que deben respetar las obligaciones de monitoreo fijadas en las normas de emisión).

338. Como resultado, en este tema aún no opera a un nivel adecuado un sistema de monitoreo continuo, sistemático y preventivo de la calidad del agua. El Catastro Público del Agua que cumple esta función y es administrado por la DGA, está en este tema incompleto y no contiene los elementos necesarios para responder a las necesidades del sector.

339. De manera adicional, en estudios anteriores (Banco Mundial 2013) se ha evidenciado que aún faltan reglamentos técnicos que homologuen conceptos técnicos entre las diversas instituciones que intervienen en el tema de calidad del agua (por ej. entre la DGA y la Contraloría General de la República).

340. Hay que reconocer que a pesar de estas dificultades en los últimos años se ha avanzado en la instalación de equipamiento de monitoreo de la calidad del agua, y de manera particular en mejorar la transparencia y acceso a la información. Sin embargo estos logros aún son insuficientes y la información pública existente es pobre.

Responsabilidad en la elaboración de políticas referentes a la calidad del agua

341. El marco legal analizado no define actualmente la responsabilidad de elaborar una política general sobre calidad del agua. No existe en el país una definición de los objetivos que se quieren alcanzar en este tema, vinculando estos objetivos con metas de conservación ecosistémica, de biodiversidad y de impactos sobre la salud.

342. Adicionalmente, aún queda pendiente, en la mayoría de los cauces naturales del país, la definición de los objetivos de calidad secundaria fijados a través de las normas de calidad secundaria.

343. Esta falta de políticas y objetivos va de la mano con los vacíos institucionales que se mencionaron con anterioridad; actualmente no existe un único organismo de rango ministerial que planifique e impulse la agenda política en torno al agua y que pueda proponer, aprobar e implementar las políticas de calidad del agua y fijar estándares y metas. Ninguno de los organismos que hoy en día tienen injerencia en el tema de calidad del agua, el MMA y la DGA, tienen asignado en el marco legal esta función.

Contaminación difusa y reúso de aguas servidas

344. Por otra parte, se han detectado algunos vacíos legales en el tema de gestión de calidad del agua que se han relevado en el diagnóstico del Banco Mundial de 2011 y en el análisis institucional de 2013. Entre otras se ha señalado que el marco regulatorio actual no prevé el diseño de políticas y normas para regular la contaminación del agua proveniente de prácticas agrícolas

(contaminación difusa) y tampoco existen normas sobre el re-uso de aguas servidas para la agricultura.

Caudal ecológico

345. Actualmente la normativa sobre caudal ecológico (modificación al Decreto No. 14 de 2012) recientemente actualizada en 2015, define los requerimientos de caudal ecológico en términos hidrológicos. Esta definición no toma en cuenta consideraciones biológicas o ecosistémicas y tampoco vincula el volumen para resguardo ambiental con la calidad del agua en los cauces que son objeto de resguardo ecológico.

346. Si bien se entiende que avanzar hacia la implementación de un enfoque eco sistémico a nivel nacional sería una tarea muy compleja ya que técnicamente es un ejercicio muy detallado, es necesario incorporar dentro de la legislación vigente la posibilidad de definir caudales ecológicos mediante consideraciones hidrológicas vinculadas a sus efectos en los ecosistemas que se buscan preservar y comprobación posterior si se alcanzan los objetivos buscados. Es decir, el cálculo del caudal ecológico debe estar vinculado a consideraciones biológicas y no sólo a consideraciones hidrológicas cuando el objetivo es la preservación de ecosistemas vulnerables.

Incentivos para el cumplimiento de las normas de calidad del agua

347. Como ya se ha mencionado en estudios anteriores, actualmente no existen en el marco legislativo de Chile incentivos para el cumplimiento de normas de calidad del agua, salvo lo previsto en caso de infracciones (mediante el mecanismo de la auto-denuncia y la presentación de un plan de cumplimiento propuesto por el infractor, al cual se le concede – en este caso – una exención/rebaja de la multa).

348. Existen los Acuerdos de Producción Limpia, convenios celebrados entre un sector empresarial, empresas y los organismos públicos con competencia en las materias del Acuerdo, cuyo objetivo es aplicar producción limpia a través de metas y acciones específicas” (definición según norma chilena oficial NCh. 2796.Of2003).

349. La suscripción de un Acuerdo de Producción Limpia por parte de un sector productivo, debiera incentivar a las empresas, no sólo al cumplimiento de las normas ambientales sino que a realizar mejoras que incluso van más allá de lo obligatorio.

350. Sin embargo, estos acuerdos no tienen el suficiente respaldo legal, y no amparan de ninguna forma al suscriptor en caso de infracciones a la legislación; tampoco generan beneficios de carácter fiscal o administrativos (ej. reducción de los requerimientos y de los plazos en los procedimientos administrativos).

351. Los mecanismos de incentivos para el cumplimiento de normativas ambientales han probado ser muy útiles en otros países, fomentando la mejora voluntaria de los niveles de contaminación de vertidos a cuerpos receptores.

Regulaciones pendientes vinculadas a la calidad del agua

352. Como ya se ha mencionado en el informe de 2011, en el plano legislativo, resulta urgente el dictado de las leyes y reglamentos que definan la modalidad de recuperación de los pasivos ambientales, en particular de aquellos asociados a la minería y su relación con la calidad de las aguas, incluyendo la fase de abandono de las faenas mineras en general.

353. Finalmente, como también se ha identificado en los estudios de 2011 y de 2013, hay algunas actividades que afectan la calidad del agua y respecto de los cuales no hay aún normas en relación con la contaminación acuática que puede generarse (por ej. entre otras: industria agroforestal, contaminación difusa en la agricultura, industria de la construcción, aguas de refrigeración ocupadas en centrales termoeléctricas e industria acuícola).

Ejemplos comparados en materia de organización y principios sobre calidad de aguas.

En la legislación comparada hay una tendencia a integrar en una sola entidad el manejo de calidad y cantidad de agua. En España, la planificación Hidrológica, a cargo de las Confederaciones Hidrográficas, y las atribuciones de las mismas incluyen tanto otorga y control de derechos como objetivos de calidad. Aseguran la calidad del agua, (TRLA, 24)

En California la Junta de Control de Aguas (State Water Resources Control Board) fue creada en 1967, protege la calidad del agua, estableciendo políticas al respecto, y además, es la única responsable por la entrega de derechos de aguas. Interactúa con Juntas Regionales, y es apoyada por una Oficina de Ejecución (Office of Enforcement) para la ejecución pronta y justa de la ley y las regulaciones (Swift and Fair).

En Estados Unidos, en general, los estados tienen normas de responsabilidad estricta, que prohíben la descarga de contaminantes de cualquier tipo en las aguas del Estado sin permiso. Cubren aguas superficiales y subterráneas. Bajo Cercla (US Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act) la responsabilidad es objetiva, sin culpa, mancomunada y solidaria. También es el principio en un número considerable de estados.

Bajo la USA Clean Water Act pueden haber obligaciones de mantener registros, suministrar informes, instalar equipos de medición y monitoreo, tomar muestras de efluentes, y proveer toda información razonable (sección 308). Además, las personas acreditadas tienen derechos de entrada e inspección, examen de documentos, y otras medidas de control. La información falsa es penalizada con multa y prisión.

La mayoría de los estados tienen normas que permiten órdenes administrativas para llevar a cabo actividades de reparación y limpieza. También tienen autoridad para acceder a lugares, tanto para inspeccionar y evaluar, como para llevar a cabo actividades para el cumplimiento de la ley. Solo un estado, Idaho, debía recurrir a la justicia. El resto tiene alternativas para gestión y acción administrativa directa (EPA 1989).

Los afectados pueden recurrir a la justicia, pero en muchos estados la acción administrativa goza de deferencia judicial. Por ejemplo, en Pensilvania la decisión administrativa solo puede anularse si es arbitraria y caprichosa (EPA 1989).

Las entidades administrativas pueden además recurrir a la justicia en búsqueda de órdenes específicas. Un elemento importante en el proceso de aplicación es si el Estado puede llevar a cabo actividades y luego recuperar sus costos por vía ejecutiva. Esto realmente es un incentivo al comportamiento apropiado de infractores. Lo mismo aplica a daños punitivos, ejecutables por el estado, y en menor medida a penalidades civiles (EPA 1989).

354. No se cuenta tampoco con los sistemas de incentivos y sanciones que promuevan el autocontrol, y que obliguen a los responsables de la contaminación o que amenacen la calidad del agua a financiar las tareas de fiscalización como ocurre en países similares a Chile pero que han avanzado más en esta materia.

La fiscalización de la calidad es costosa ya que requiere equipamiento y personal calificado que difícilmente se pueda financiar con los magros aportes presupuestarios. Los sistemas eficientes de control de la calidad del agua y de reducción de la contaminación del agua cargan el costo de las tareas a los fiscalizados. Estos mecanismos son un incentivo complementario al sistema de multas pero adicionalmente permiten que la agencia de fiscalización pueda contar con los laboratorios, vehículos y personal calificado que la tarea requiere

Recomendaciones

355. En relación a la problemática institucional, se recomienda modificar el marco legal vigente para asignar a una autoridad del agua (que podría ser la DGA o una nueva figura institucional que tomara algunas de las herramientas técnicas de la DGA) responsabilidades claras que le permitan tomar el liderazgo en el tema de calidad del agua y vincular este tema con manejo de derechos de aprovechamiento (cantidad), tomando en cuenta el estrecho vínculo entre la calidad y cantidad del recurso hídrico, la red existente de medición de calidad del agua a cargo de la DGA y la necesidad de contar con una presencia fuerte en campo.

356. Además, las normas sobre responsabilidad y sanciones deberían prever sistemas de responsabilidad estricta objetiva y solidaria por contaminación ilegal, y además establecer sanciones con efecto disuasorio como multas acumulativas diarias, clausura de establecimientos vía administrativa, confiscación de equipos, y obligaciones de reparación y compensación de daños.

357. Se considera que resulta especialmente urgente iniciar acciones en lo relativo a los programas de monitoreo, manejo de datos y fiscalización. Así, el monitoreo de la calidad del agua de cuerpos superficiales y subterráneos y zonas costeras, debería ser realizada por una única institución (i.e. DGA), estableciendo obligaciones legales para compartir información sobre la calidad del agua que sea generada por otros organismos y dotando a la autoridad del agua de capacidades de fiscalización en terreno para verificar las mediciones de vertimientos por privados.

358. Para completar los vacíos legales que existen actualmente, sería necesario incluir como parte de las responsabilidades de la autoridad del agua, las siguientes funciones: i) la elaboración de políticas sobre calidad del agua; ii) la facultad de priorizar, en conjunto con el MINAM, la elaboración de normas secundarias y de emisiones; iii) la obtención y gestión de información sobre la calidad de las aguas del país, incluyendo la coordinación de las acciones de otros organismos públicos y privados en este tema; iv) la realización de estudios de diagnóstico y de planes de gestión de la calidad del agua en cuencas bajo riesgo de contaminación o con vulnerabilidad ambiental; v) la vigilancia en el cumplimiento de planes de recuperación de la calidad del agua y planes de protección de la calidad de las aguas; vi) el diseño e implementación de mecanismos de fomento e incentivos económicos para el cumplimiento de normas de calidad del agua y programas de prevención de la contaminación del recurso hídrico; vii) la coordinación de acciones sectoriales relativas a temas de calidad del agua (por ej. MINAGRI y SISS, entre otros), incluyendo la emisión y vigilancia en el cumplimiento de normas para la regulación de actividades sectoriales que impacten la calidad de los recursos hídricos (por ej. industria agroforestal, contaminación difusa en la agricultura, industria de la construcción, aguas de refrigeración ocupadas en centrales

termoeléctricas, industria acuícola, entre otras) y; vi) la emisión de normas de re-uso de aguas tratadas.

359. Adicionalmente, es necesario avanzar hacia la incorporación de consideraciones ecológicas y ambientales para el cálculo del caudal ecológico que permitan contar con una calidad del agua aceptable para la conservación de la biodiversidad.

360. Finalmente, para completar establecer un régimen de financiamiento de las tareas de fiscalización de la contaminación con cargo a los fiscalizados, que asegure contar con el equipamiento y personal calificado para realizar tareas eficientes de control de la calidad del agua y de reducción de la contaminación del agua.

12. NECESIDAD DE RACIONALIZAR EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA HIDRÁULICA Y CONTROLAR LA SEGURIDAD DE LAS PRESAS.

361. La Ley 15.840 indica que el Ministerio de Obras Públicas es la Secretaría de Estado encargada del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas. A pesar de esta mención varias funciones relativas al desarrollo y operación de la infraestructura hidráulica, como son las funciones específicas a la planeación de la infraestructura hidráulica y a la gestión de la seguridad de presas, no forman parte de marco legal actual.

Limitaciones legales

Planeación de obras hidráulicas

362. Los organismos que intervienen actualmente en la planeación de la infraestructura hidráulica son la DGA, la DOH y la CNR.

363. Mientras que la DGA es responsable de la gestión de los recursos hídricos, la DOH ejerce funciones que afectan la planificación del recurso incluida la construcción directa o indirecta (vía concesiones, por ejemplo) de las obras públicas hidráulicas mayores. Sus programas de inversión incluyen no sólo infraestructuras de riego y de manejo de cauces (relacionado con las funciones de la DGA), sino también infraestructuras primarias de aguas lluvias, de control aluvial, y de infraestructuras para servicios sanitarios rurales que no atañen a la DGA.

364. Una tercera entidad importante es la Comisión Nacional de Riego (CNR) que elabora las políticas y programas del subsector del riego, que corresponde al mayor uso del agua en Chile. La CNR está compuesta por un Consejo de Ministros (conformado por los ministros de Agricultura, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Hacienda, de Obras Públicas, y de Planificación) para coordinar las instituciones involucradas en riego y drenaje; y una Secretaría Ejecutiva, que realiza estudios y ejecuta programas y proyectos con la finalidad de presentar propuestas al Consejo de Ministros.

365. Bien la DGA y la DOH se encuentran en el mismo ministerio, como se menciona desde el reporte del Banco Mundial (2011), se carece de una metodología consensuada para la planificación de la infraestructura hidráulica en la que se detallen de mecanismos efectivos para que la DOH cuente con el acuerdo técnico de la DGA en lo relativo a afectaciones de carácter hidrológico.

366. El vacío legal sobre la planificación de infraestructura hidráulica en el marco legislativo vigente ha generado superposiciones institucionales principalmente entre la DGA, la DOH y la CNR, que provocan duplicación de esfuerzos y en resultado una cartera de proyectos poco congruente entre instituciones y que muchas veces responde débilmente a la situación y necesidades de gestión de los recursos hídricos en la cuenca (Banco Mundial 2011).

Aprobación y fiscalización de obras hidráulicas durante y después de la construcción

367. Este tema se refiere al desarrollo de obras hidráulicas por los particulares según el artículo 294 del Código de Aguas y su regulación por la autoridad pública.

368. El Artículo 294 CA indica las obras hidráulicas que son sujetas a aprobación por parte de la DGA para su construcción. Sin embargo exceptúa de cumplir con los trámites y requisitos necesarios para esta aprobación a los Servicios dependientes del Ministerio de Obras públicas, los

cuales deberán remitir los proyectos de obras a la Dirección General de Aguas, para su conocimiento, informe e inclusión en el Catastro Público de Aguas. Este es el caso de la DOH que queda entonces exenta de la aprobación por parte de la DGA de las obras hidráulicas que realice. Esto puede representar un problema pues evita la homogenización de criterios de construcción y seguridad de obras hidráulicas, restando también transparencia en los procesos de aprobación y limitando la oportunidad de terceros de presentar observaciones.

369. Por otra parte, la actual legislación presenta limitaciones en cuanto a la inspección de obras hidráulicas durante su construcción y en cuanto a la certificación de la construcción de las obras conforme el proyecto aprobado (art. 295). Para este tema sería necesario revisar la reglamentación para incorporar procedimientos más expeditos y eficaces que permitan una supervisión de obra más eficiente por parte de la DGA. Cabe señalar que si bien está responsabilidad es de la DGA, es conveniente explorar mecanismos de tercerización de esta tarea para disminuir los requerimientos de recursos técnicos necesarios para supervisar un proyecto de construcción.

370. Complementando esta tarea de fiscalización, es necesario mejorar las capacidades de sanción de la DGA en la fase de entrega de los proyectos de infraestructura hidráulica. En el título I del Libro Tercero del Código de Aguas, donde se regulan las Obras Hidráulicas, no se contempla la facultad de la DGA de ordenar la destrucción de obras ya ejecutadas, al momento de la inspección, si el interesado no lleva adelante las adaptaciones al proyecto aprobado decretadas por la autoridad. Esto sólo se contempla en el Código de Aguas en lo que se refiere a la modificación de cauces artificiales o naturales y no en relación con las obras hidráulicas mayores.

371. En el caso de las obras menores, el artículo 155 del Código de Aguas indica que durante el período de construcción de las obras la Dirección General de Aguas podrá inspeccionarlas en cualquier momento. Aunque el art. 155 CA no lo establece expresamente, se entiende tácitamente que la DGA, como consecuencia de dicha supervisión, puede ordenar la ejecución de medidas tendientes a garantizar la fiel adaptación de la obra al proyecto actualizado, fijando un plazo prudencial para la adecuación. Sin embargo, en este caso, no es admisible la interpretación por analogía, además, acorde con lo establecido por el constituyente los servicios públicos sólo tienen las atribuciones o facultades que expresamente le confiere el ordenamiento jurídico. Es por ello que para garantizar este poder de fiscalización sería conveniente reformular el artículo 155 para dejar claramente establecido el poder de fiscalización de la DGA durante la construcción de las obras hidráulicas menores.

372. A pesar de estas facultades que actualmente tienen el Estado y son necesarias fortalecer, el sistema de autorización y fiscalización para las obras hidráulicas vigente pone muy poco énfasis en la revisión ex-post de las obras y en la vigilancia de su desempeño una vez en operación. Esto es importante realizarlo no sólo por el decaimiento físico de la infraestructura sino también por los cambios en las condiciones naturales de la cuenca, incluyendo fenómenos de cambio climático.

373. La falta de un procedimiento claro que defina el proceso de vigilancia de las obras una vez construidas y su revisión periódica aumenta el riesgo de obsolescencia y de fallo de la infraestructura hidráulica ya construida. De manera adicional a la situación de riesgo que se origina por la falta de estos mecanismos obligatorios de verificación, revisión y control de las obras en operación, sin un adecuado mantenimiento y adecuaciones periódicas para mantener el nivel de servicio, los costos de reposición de la infraestructura pueden aumentar de manera importante e incrementar de esta forma las necesidades futuras de inversión en infraestructura.

Seguridad de presas

374. El artículo 307 inciso 1° del Código de Aguas, dispone que la Dirección General de Aguas inspeccionará las obras mayores, cuyo deterioro o eventual destrucción pueda afectar a terceros. Agrega el inciso 2° que, comprobado el deterioro dicha repartición ordenará su reparación y podrá establecer, mediante resoluciones fundadas, normas transitorias de operación de las obras, las que se mantendrán vigentes mientras no se efectúe su reparación.

375. Además, se podrá sancionar con pena de multa a los dueños o administradores de las obras mayores. La cuantía de la multa no puede ser inferior a 50 UTM, ni superior a 500 UTM. Sin embargo el proceso de imposición de la multa es muy largo, la multa muy baja, y las autoridades que la pueden aplicar son la DGA, los Juzgados de Letras, y los Juzgados de Policía Local. Sería necesario mejorar el procediendo y concentrar la función

376. Si bien esta disposición es importante para la gestión de la seguridad de presas, resulta insuficiente para un tema tan complejo. Cabe destacar que la necesidad de regular este tema es particularmente urgente en el caso de Chile, considerando que la mayor parte de las represas que se construyen corresponden a proyectos privados, y que se trata de un país con una elevada sismicidad.

377. Una legislación especial en este tema debiera definir claramente la infraestructura de la cual es objeto, incorporar la obligación de elaborar catastros de presas e infraestructura hidráulica con potencial de riesgo, la elaboración de informes de evaluación de riesgo, otorgar atribuciones a la Autoridad para requerir información, establecer normativas técnicas, programas de monitoreo, imponer reparaciones o revisar diseños, delimitar responsabilidades y mecanismos de actuación en caso de fallo, y definir los mecanismos de financiamiento y las responsabilidades de los particulares, incluyendo procedimientos de decomiso, entre otras materias.

378. El control de la seguridad de presas es un vacío importante y que encierra riesgos y conflictos potenciales en proporción a la cantidad de presas y al riesgo sísmico e hidrológico de las cuencas chilenas. A diferencia de la mayoría de los países de similares condiciones, en Chile no se contemplan catastros públicos de la infraestructura de las presas, ni sistemas de monitoreo continuo e independiente de la operación y de las condiciones de seguridad de las presas. Los concesionarios, dueños o usuarios de estas obras, no están técnicamente auditados ni sometidos a protocolos de observación, procesamiento y divulgación de la información correspondiente.

Obras en cauces públicos

379. El artículo 172 inciso 1° del Código de Aguas, previene que si se realizan obras en los cauces naturales sin la autorización que corresponda, la Dirección General de Aguas, impondrá al infractor una multa mínima de 100 y máxima de 1.000 unidades tributarias mensuales, según fuere la magnitud del entorpecimiento ocasionado al libre escurrimiento de las aguas o el peligro para la vida o salud de los habitantes.

380. Asimismo, “(...) podrá apercibir al infractor, fijándole plazo perentorio para que modifique o destruya las obras que entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas o signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes. El artículo 172 inciso 1° del Código de Aguas, previene que si se realizan obras en los cauces naturales sin la autorización que corresponda, la Dirección General de Aguas, impondrá al infractor una multa mínima de 100 y máxima de 1.000 unidades tributarias

Seguridad de Presas: California, Nuevo Mexico:

En *materia de seguridad de presas en California*, desde el año 2003, los diques y embalses están sujetos a inspección y aprobación mediante certificado y sus dueños deben llenar una solicitud al respecto, según su fecha de existencia, salvo que ya tengan un certificado de aprobación (6455). El Departamento de Aguas puede reclamar el suministro de información, cuando el dueño no lo haga voluntariamente, quedando la rebeldía sujeta a sanciones, pasados 30 días desde el requerimiento (6457). Los embalses están sujetos a inspección por el Departamento de Aguas y *sus dueños deben sufragar los costos de exámenes y pruebas (6458-9) incluidas variaciones de nivel de aguas. Los embalses no aprobados no pueden contener agua.*

La seguridad de presas se evalúa a través de varios programas: los ingenieros de la División de Presas inspeccionan el sitio y el subsuelo con geólogos, se revisan con detalles planos, cálculos y especificaciones técnicas, asegurando condiciones de seguridad, y diseño apropiado a la geología, y se controla el proceso de construcción para asegurar coherencia. Las presas construidas se inspeccionan anualmente. Un tercio de las inspecciones incluye una revisión instrumental profunda de los datos de la red de vigilancia de presas. Periódicamente se revisa la estabilidad de las presas y sus accesorios, teniendo en cuenta diseños mejorados y requerimientos consecuentes, como así también la nueva información que se haya generado en materia de sismos e hidrología.

Las presas se inspeccionan con la finalidad de detectar fallas de seguridad. Los defectos se subsanan con trabajos conjuntos entre propietarios, Gobierno y consultores. Como se ha dicho antes, se limitan los volúmenes y niveles de agua en función de seguridad. Se puede invitar a los propietarios a implementar planes de emergencia y a que desarrollen los mismos en coordinación con las autoridades locales.

Los trabajos que salgan del mantenimiento de rutina requieren nuevas autorizaciones. Las actividades de perforación y exploración requieren la revisión y aprobación de la División.

En *Nuevo Mexico* se autorizan inspecciones de obras, para las cuales el ingeniero designado por el estado tiene plena autoridad, pero debe coordinar la inspección con el propietario (Art. 72-5-9, Water Law NM.) Lo mismo aplica para obras consideradas riesgosas. Se cobran derechos de inspección que son gravámenes sobre las propiedades del propietario (72-5-11, Water Law, NM.) Estos gravámenes tienen privilegio y prioridad por sobre cualquier hipoteca o carga real (72-5-16, Water Law, NM.).

mensuales, según fuere la magnitud del entorpecimiento ocasionado al libre escurrimiento de las aguas o el peligro para la vida o salud de los habitantes. Actualmente este procedimiento de multa es sumario lo cual resta eficacia en su aplicación.

381. Sobre este tema se ha identificado que la DGA no ha dictado aún la resolución fundada sobre las obras sujetas a autorización que requiere el Art. 41. La legislación debería identificar e incluir todas obras vinculadas a las aguas, en el estado en que estas se encuentren, conforme a su dominialidad pública, con facultades de entrada e inspección.

Recomendaciones

Planeación de obras hidráulicas

382. En el caso de la planeación de obras hidráulicas es necesario incluir esta tarea claramente como parte de las responsabilidades de la DGA en el marco legal en materia de aguas. Como parte del marco regulatorio será necesario incluir normas técnicas que indiquen la manera en la cual los proyectos de infraestructura se generan a partir de la planeación de cuenca, instrumento a través del cual se coordinará la participación de otros organismos y sectores como el SERNAGEOMIN, la CNR y la DOH. También en la parte normativa se deberán proporcionar lineamientos para la priorización multi-criterio de proyecto de infraestructura hidráulica que permitan la priorización de los proyectos de infraestructura y la generación de una cartera de proyectos (Banco Mundial 2013).

Aprobación y fiscalización de obras hidráulicas durante y después de la construcción

383. Se recomienda otorgar a la DGA la responsabilidad de la aprobación de la construcción de todas las obras hidráulicas, incluyendo las de la DOH.

384. Se recomienda incluir en la legislación elementos que permitan una fiscalización de las obras en construcción más eficiente por parte de la DGA con facultades de solicitar información y de entrar a obras en construcción para supervisar los proyectos.

385. Adicionalmente es necesario fortalecer las capacidades de fiscalización de la DGA en la supervisión de obras ya construidas agregando en el Código de Aguas la facultad de la DGA de ordenar la destrucción de obras ya ejecutadas, si la obra construida al momento de la inspección difiere del proyecto aprobado y si el interesado no lleva adelante las adaptaciones a la infraestructura construida que han sido decretadas por la autoridad.

386. En el caso de las obras menores se sugiere reformular el artículo 155 para dejar claramente establecido el poder de fiscalización de la DGA durante la construcción de las obras hidráulicas menores.

387. Finalmente es necesario introducir un mecanismo en el marco legal para asegurar la revisión periódica de la integralidad y adecuación de las obras hidráulicas una vez que estas han sido construidas. Este nuevo instrumento deberá aclarar las responsabilidades de fiscalización y monitoreo por parte del Estado y las de responsabilidades de mantenimiento, vigilancia y generación de información por parte de los dueños de la infraestructura.

Seguridad de presas

388. En este caso es necesario ampliar las disposiciones del art. 307 CA para incluir claramente la periodicidad de la revisión de las grandes y medianas presas, asignar a la DGA la responsabilidad de contar con un catastro de infraestructura mayor actualizado, incluyendo una evaluación de riesgos y una priorización de la infraestructura en función del riesgo potencial de fallo de cada infraestructura y de sus posibles impactos.

389. Se deberá incluir también en la legislación los mecanismos de respuesta ante una situación de fallo, las responsabilidades de las diversas instituciones de gobierno y sus mecanismos de actuación en caso de fallo (Coordinar con INDECI para adecuar la legislación al marco de gestión de riesgos ya existente).

390. Como se menciona en la sección anterior, de manera adicional, será necesario incluir un reglamento adicional técnico que detalle metodologías para la elaboración de catastros de presas e infraestructura hidráulica con potencial de riesgo, la metodología para la elaboración de informes de evaluación de riesgo por parte de los dueños de la infraestructura, la metodología para la

elaboración de programas de monitoreo y de vigilancia de la infraestructura por parte de los dueños de la infraestructura.

391. Finalmente será importante definir en el marco normativo las responsabilidades y facultades de la DGA para exigir a los propietarios la entrega de información sobre el estado de la infraestructura y de la evaluación del riesgo. Así mismo hay asignar a la DGA la facultad para acceder a las obras y todo tipo de información o registro que pueda tener relación con la seguridad de las obras.

392. Para la supervisión de obras mayores, (Art. 307. 1 CA) se sugiere que el dueño de la obra cargue con su costo, pues de otro modo la medida es letra muerta, que las escalas de multa se eleven a un nivel disuasorio, que el procedimiento para aplicación de multas sea especial y acelerado, es decir por vía de apremio fiscal, y que se establezca un foco único para su aplicación.

393. Supervisión obras menores: se sugiere incluir un nuevo inciso al artículo 155 del Código de Aguas en el sentido de Dirección General de Aguas pueda ordenar al interesado mediante resolución, que haga las modificaciones o las obras de sustitución o complemento que correspondan, dentro del plazo que le fije al efecto.

394. En lo que se refiere a obras en los cauces naturales se sugiere que se establezca un procedimiento breve y sumario para aplicar multas. El procedimiento actual para cobrar demoliciones hechas por cuenta y cargo de infractores es engorroso y lento y debe reemplazarse por uno más acelerado.

13. NECESIDAD DE PROMOVER LA EFICIENCIA DE USO Y CULTURA DEL AGUA.

13.1 Eficiencia de uso del agua

395. La promoción del uso eficiente de las aguas es uno de los elementos centrales de una política hídrica de uso racional y sostenible del recurso, en especial en aquellas zonas donde la disponibilidad de agua constituye una limitación para el desarrollo económico- social. La eficiencia es un concepto complejo acuñado en el ámbito de la ingeniería que promueve prácticas y métodos destinados a aumentar la productividad del agua, reducir consumos y costos de los distintos insumos involucrados en la gestión y aplicación de agua (mano de obra, energía, maquinaria, etc.). En Chile se han realizado esfuerzos notables para optimizar los sistemas en sectores como la industria, minería, agua potable y saneamiento y en el riego a veces con efectos negativos en la sustentabilidad de fuentes.

396. En el caso del riego el esfuerzo ha sido muy importante aunque focalizado en la gestión interna de las explotaciones y en menor medida en el nivel interparcelario y de proyecto. Esta concepción física del uso eficiente del agua ha sido modernamente extendida a indicadores que miran la eficiencia desde el punto de económico, ambiental y social y escala apropiada (cuenca o acuífero). Estos objetivos deben necesariamente variar desde el norte, de extrema aridez, al sur en que el agua es abundante y los objetivos de desarrollo pueden ser distintos. Estos criterios y principios deben ser analizados y establecidos en el nivel de la política y estrategia de las aguas y deben estar cuantificados y evaluados en los planes de cuenca y en los planes de desarrollo de cada sector de uso del agua (riego, energía, turismo, saneamiento, etc.) que deben estudiar las tecnologías recomendables y factibles para cada región del país.

397. Las políticas y programas de promoción en el caso del riego han sido particularmente exitosos en promover la inversión en modernización a nivel parcelario llevando el porcentaje del área regada con sistemas presurizados a un 40% que es un nivel comparable con países de alto desarrollo. Lamentablemente esta política no ha estado acompañada por un esfuerzo similar para aumentar la eficiencia de uso externa a las parcelas regulando la oferta en cabecera de la cuenca o en secciones intermedias, midiendo rigurosamente la demanda y extracciones, impermeabilizando cauces, introduciendo tuberías a presión, automatizado el control de los sistemas, y haciendo un uso conjunto de las aguas subterráneas y superficiales que tenga en cuenta adecuadamente el impacto en los usuarios de los sobrantes y caudales de retorno

398. En general se observa que no hay una política que asegure un objetivo básico de ahorro de agua. De hecho la modernización ha generado escasas reducciones de los consumos netos o de las extracciones totales para abastecer los sistemas dado que no se paga por el agua y que el incentivo ha estado en usar los ahorros generados que hace el usuario con subsidio del Estado en aumentar las áreas regadas ya que el sistema actual permite el derecho de uso los ahorros, al titular del derecho original. Esto ha redundado en varios efectos negativos. Los consumos totales a nivel de usuario y de sistema no han bajado y la cantidad de agua evapotranspirada ha aumentado reduciendo los flujos de retorno y la recarga de acuíferos, afectando los derechos aprovechamiento que dependen del reciclaje del agua y afectando las condiciones ambientales de los cauces aguas abajo.

399. Efectivamente el marco legal vigente en el país fue diseñado para favorecer el uso eficiente del recurso hídrico, y expandir/intensificarlo, a nivel de usuario individual a partir del incentivo

que generan DAA estables que permiten la radicación en su titular las ganancias obtenidas por el ahorro de recursos hídricos derivadas de las mejoras de eficiencia.

400. En cuanto al marco normativo sobre la materia cabe señalar que en el Código de Aguas existe una sola disposición que dice relación con la eficiencia de uso del agua. En efecto, el artículo 241 N° 21 de la mencionada codificación, que establece las facultades y atribuciones que le corresponde al Directorio de las Comunidades de Aguas, expresa, “(...) Realizar programas de extensión para difundir entre los comuneros las técnicas y sistemas que tiendan a un mejor empleo del agua, pudiendo celebrar convenios para este objeto”. Habida cuenta que la Comunidad de Aguas, es la entidad básica en materia de organizaciones de usuarios, la preceptiva que la rige es aplicable a las demás organizaciones que reglamenta el Código de Aguas, en tanto sean compatibles con su naturaleza y no contradigan lo dispuesto en sus estatutos.

401. El año 2000, la Dirección General de Aguas realizó un diagnóstico acerca del funcionamiento de las organizaciones de usuarios (De Castro 1992). La conclusión general a la que se arribó fue que las organizaciones de usuarios cumplían fundamentalmente su función primaria de distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros, pero que en su mayoría no ejercían a cabalidad todas las atribuciones con que las dotó la legislación para el cumplimiento de sus fines, lo cual obedecía a diversos motivos, tales como desconocimiento del Directorio de sus facultades o falta de capacitación suficiente para llevarlas a cabo. Precisamente, una de las prerrogativas que no eran utilizadas por el ente ejecutivo de las organizaciones de usuarios era la del citado artículo 241 N° 21 del Código de Aguas (Arévalo 1999).

402. En relación con el mejoramiento de los sistemas de riego, últimamente se ha ampliado los incentivos de la ley 18.450 para favorecer las inversiones privadas en la infraestructura de captación, conducción y distribución. Además, existen instrumentos legales para la implementación de programas estatales de apoyo al mejoramiento de la infraestructura hidráulica.

403. Por otro lado, los sistemas hidrológicos chilenos como prácticamente todos en el mundo se caracterizan por el aprovechamiento secuencial de los recursos hídricos, aprovechando las secciones de aguas abajo los caudales de los excesos que retornan al sistema después de ser utilizados en el riego de las secciones de aguas arriba. Desde este punto de vista, el aprovechamiento al nivel del sistema resulta muy elevado. La intensificación de los aprovechamientos está provocando en muchos casos una reducción de los caudales de retorno, amenazando la sustentabilidad del desarrollo de los valles y la eficiencia física y económica a nivel del conjunto.

404. La situación en el sector de agua potable y saneamiento muestra que progresos importantes en la reducción de la demanda y consumo individual aunque no se adoptado ninguna medida específica al respecto; es casi exclusivamente reacción a tarifas más altas pero se observan pérdidas en redes que superan los niveles aceptables. Existiría entonces una situación paradójica: el agua es cara para consumidores (reducen consumo), pero barata para prestadores (permiten que suban pérdidas). Las normas regulatorias del sector sanitario ofrecen incentivos que debieran ser suficientes para impulsar un uso eficiente del agua (los costos considerados en el estudio tarifario se aplican a las aguas que debieran ser captadas, considerando un nivel adecuado de eficiencia, y no a las que se captan en la realidad) y no hay medidas en ese sentido en el equipamiento de viviendas. Cabría suponer que los débiles resultados obtenidos se relacionan con la falta de incentivos económico y tarifarios que promuevan una reducción de los consumos brutos y extracciones totales y a la ausencia de mecanismos para atender las enormes inversiones requeridas para el reemplazo y modernización de extensas redes de distribución que tienen niveles de pérdidas

considerables. El consumo persona ha disminuido pero aparentemente no hay incentivos para reposición de activos (redes).

405. De acuerdo a los antecedentes anteriores, se estima que el marco legal vigente favorece inversiones para aumentar la eficiencia de uso del recurso hídrico a nivel individual, generando en casos específicos externalidades negativas. No existiendo un régimen suficientemente sólido que atienda los desafíos de mejora de la eficiencia global de los sistemas desde un punto de vista técnico, ambiental y social.

13.2. Cultura del Agua

406. La gestión de los recursos hídricos también requiere de una población con una clara visión de la importancia del agua en el bienestar de la sociedad, y que desarrolle hábitos y conocimientos que le permitan participar y contribuir a su éxito. Lo anterior, es especialmente necesario en las regiones donde el agua es parte sustantiva de las actividades de las personas. Ese conocimiento de cómo manejar y proteger el sistema hídrico se apoya en las tradiciones y conocimiento local y es recogido, compilado y difundido en el folclore y literatura local conformando el núcleo de la cultura del agua que debe ser mantenido acrecentado y difundido través de actividades de formación en distintos niveles

407. En el caso de Chile el marco legal vigente no se refiere a la promoción de una cultura de agua, ni define una instancia encargada de dicha tarea. Así, no han existido planes consistentes orientados a ese propósito, y las iniciativas en esta materia se han reducido a esfuerzos aislados. En este escenario, resulta necesario que una futura legislación defina una autoridad que asuma la función, y tenga la responsabilidad de formular planes al respecto.

408. En general puede sostenerse que la población, así como los propios usuarios del recurso hídrico carecen de un conocimiento y cultura hídrica satisfactoria habida cuenta la importancia que él, en la vida de las personas y en el desarrollo del país.

409. Con todo, si bien hay una creciente preocupación en la opinión pública sobre el tema de las aguas, en muchos casos esa participación y lo se observa en los debates no es muy informada, sino que en algunos casos se sustenta en únicamente consignas que se repiten.

410. La promoción de la cultura del agua requiere que la autoridad del agua establezca planes junto al Ministerio de Educación, por su labor formativa, y con toda otra autoridad con responsabilidad en el desarrollo de la cultura. Esta articulación requiere además la colaboración las organizaciones de usuarios y de los servicios públicos relacionados con el recurso (DGA, CNR, INDAP etc.) que puedan apoyar en terreno con instructores técnicos para capacitar, sobre todo en áreas rurales.

Recomendaciones

Uso eficiente del agua

411. La legislación debe asignar a la autoridad del agua la tarea de elaborar e impulsar una política y normativa de uso eficiente del agua debe dar el marco a los planes y proyectos sectoriales. Dicha normativa, apoyada en evidencia científica específica, análisis económico y en los hábitos y usos locales, servirán de base al diseño de planes de gestión y de subsidio y promoción de la inversión sectorial.

412. La normativa debe definir objetivos de eficiencia por cuenca o región, sector y actividad que orienten la inversión privada y pública con objetivos de ahorro de agua, de reducción de extracciones y de aseguramiento de la sostenibilidad de los ecosistemas hídricos.

413. Los sistemas de apoyo a la inversión en modernización del agua deben estar basado en claros objetivos técnicos, económicos y ambientales que induzcan a la reducción de la demanda de agua y de los volúmenes extraídos y evapotranspirados.

414. La experiencia internacional sugiere que los planes de subsidio y promoción de la eficiencia de uso del agua en áreas de escasez contengan provisiones de reasignación de los ahorros generados por los subsidios por parte de la autoridad del agua reduciendo las dotaciones.

415. La mejora de la eficiencia de uso extra parcelaria a nivel de sistema hídrico requiere sistemas de mejora integrales basados en sistemas de regulación en distintos niveles, impermeabilización, presurización y automatización de sistemas de distribución que prevean un aumento de la productividad del agua extraída, penalicen el mal uso y reduzcan gradualmente las extracciones totales.

416. Los instrumentos económicos de promoción de la inversión en eficiencia de uso del agua deben contabilizar el costo de la externalidades que genera y valor del agua extraída y ahorrada.

Cultura del Agua

417. Se le debe asignar a la autoridad del agua en forma explícita la función estratégica de promover y fortalecer la cultura del agua en Chile. Para ello la autoridad debe contar con las capacidades y recursos para diseñar e impulsar los valores, conocimiento y tradiciones relativas al uso del agua. Dicha actividad debe articularse en programas de promoción de la cultura del agua a implementarse en las distintas jurisdicciones y sectores de la actividad económica que dependen del uso del agua.

418. Dicha promoción requiere una estrecha colaboración con el Ministerio de Educación, que, en alianza con los organismos científicos, educativos y de promoción cultural, y en cooperación con el sector privado, se generen los contenidos y los mecanismos para educar e informar a la población, preparen los recursos humanos necesarios y se amplíen los ámbitos en donde se debe realicen programas concretos para mantener y desarrollar los elementos de una cultura del agua.

14. NECESIDAD DE FORTALECER LA PROTECCIÓN DE GRUPOS VULNERABLES. USOS Y DERECHOS INDÍGENAS Y CONSUECUDINARIOS Y DEMANDAS AMBIENTALES

419. En términos generales, en relación con los objetivos de equidad y atención de las necesidades básicas, el objetivo de la legislación de aguas es limitado. Aunque se puede argüir que el desplazamiento de sistemas de resolución de conflictos a favor de aquellos foros (como cortes ordinarias) en que grupos de mayor poder tendrían mayores ventajas en comparación con, por ejemplo, sistemas administrativos, afecta negativamente los derechos e intereses de los grupos vulnerables ⁷⁰En efecto, si bien ella no debiera ser un obstáculo para el cumplimiento de dichos objetivos, y eventualmente pudiera facilitar o propender a su consecución, la atención de las necesidades de los grupos vulnerables sólo se cumplirá en la medida que otras legislaciones y políticas, que se refieren a la provisión de los servicios relativos al agua (abastecimiento de agua potable y saneamiento, riego), desarrollen eficazmente esa labor. Ese es el papel que realizan, por ejemplo, el Dpto. de Agua Potable Rural de la DOH, el mecanismo de subsidios al consumo de agua potable y saneamiento focalizado en la población en condición vulnerable, los programas de riego de INDAP, la CONADI, y el subsidio para la inversión en riego y drenaje dirigido a la agricultura campesina.

14.1. Grupos vulnerables

420. La legislación de aguas vigente no entrega en forma general obligaciones al Estado en relación con la protección de grupos vulnerables. No obstante lo anterior, existen ciertas normas que pueden aplicarse con ese sentido, tales como las referidas a la notificación especial a interesados, las reservas de agua, o a la facultad del Presidente de la República para adjudicar directamente DAA en caso de remate. Además, la ley indígena reconoce los usos ancestrales de las comunidades Atacameñas, Aimaras y Quechuas, a lo que se agrega el reconocimiento general que realiza la legislación del derecho sobre las aguas que estaban en uso al año 1981.

421. En relación con el problema de asimetría que se produce en el acceso a la información y en especial, en la participación de los grupos vulnerables en los procesos administrativos relativos a las solicitudes realizadas a la Autoridad, se estima que ello sería una materia que debiera atenderse en forma focalizada a través de los organismos del Estado relacionados con las políticas sociales (CONADI, INDAP, MIDESO), sin que implique un tratamiento legal especial.

422. Esta propuesta no considera el resguardo de las aguas, por el mero hecho de localizarse en un territorio asociado a una etnia, ya que ello no compromete ningún uso, valor o derecho, y una protección sin objeto no sería consistente con la importancia del recurso hídrico para el desarrollo del país.

14.2 Protección del Medio Ambiente

⁷⁰ Galaz, Victor, "Stealing from the Poor? Game Theory and the Politics of Water Markets in Chile". <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/0964401042000209649>

423. La protección del medio ambiente en la legislación de aguas se reduce a la reserva de caudales mínimos ecológicos y al establecimiento de condiciones para el ejercicio de los DAA, en el proceso de otorgamiento de nuevos derechos. Se hace necesario ampliar esa visión.

424. En especial resulta necesario hacerse cargo de los siguientes temas:

- Desde los inicios de la legislación ambiental, se asumió que, si bien el país no siempre estaba en condiciones de revertir los pasivos ambientales existentes no resultaba aceptable incrementar el deterioro ambiental. En el caso del agua, dicho criterio fue aplicado al establecimiento de caudales ecológicos a los nuevos DAA y a la autorización de traslados de punto de captación. Sin embargo, en los hechos este criterio ha sido eliminado con la reciente modificación del reglamento sobre caudales ecológicos.
- Al respecto, se estima necesario revertir dicha situación y dejar establecido en la ley, como criterio general, el compromiso del Estado de, al menos, no acentuar los problemas históricos. Además, sería conveniente que la ley considere expresamente (la actual legislación no lo incluye) la aplicación de caudales ecológicos a los traslados de punto de captación en los lugares donde históricamente se ha mantenido el escurrimiento.
- Definir los instrumentos que tendría disponible el Estado si resolviera desarrollarse un programa de recuperación de caudales con fines ambientales. Al respecto, es necesario señalar, la necesidad de disponer de una normativa que defina los procedimientos y criterios aplicables a las expropiaciones de DAA.
- Las obligaciones en el ámbito ambiental de los titulares, en relación con el ejercicio de los DAA (por ejemplo: Según la legislación vigente ¿Tendría un usuario derecho a ejercer un DAA provocando la salinización de los suelos, o su erosión? ¿Cómo podría impedirlo?).
- En un contexto en el cual es sabido que las condiciones de las cuencas pueden cambiar y en el que se toman decisiones en una situación de incertidumbre, los enfoques flexibles y adaptativos presentan ventajas para una adecuada gestión ambiental. De acuerdo a lo anterior, es de interés analizar las posibilidades de introducir criterios adaptativos a la gestión de los aspectos ambientales en la legislación de aguas

Recomendaciones

425. En relación con los usos de comunidades indígenas, sería conveniente ampliar los resguardos de los usos ancestrales establecidos en la ley indígena, señalando que:

- La protección de los usos ancestrales sea aplicable a todas las etnias (la ley indígena se refiere sólo a las comunidades señaladas arriba.
- Se entiende por uso también los aprovechamientos indirectos del agua, tales como el riego natural de praderas o pastizales utilizados por las comunidades, los usos en la corriente, o, tratándose de tradiciones establecidas y respetadas, el valor ceremonial asignado a determinadas fuentes

426. En relación a agua y ambiente se estima conveniente:

- Asumir el compromiso de no aumentar los pasivos ambientales
- Consolidar la gestión de calidad, cantidad, y contaminación de aguas en la DGA

- Requerir la consideración de caudales ecológicos en los traslados de puntos de captación
- Establecer las obligaciones ambientales de los titulares de derechos,
- Definir instrumentos para recuperación de caudales por motivos ecológicos,
- Establecer pautas para planificación adaptativa
- Establecer patrones de calidad de cuerpos receptores.

15. NECESIDAD DE FORTALECER EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL AGUA

427. Como es la práctica común en países desarrollados, el agua se puede manejar, en complemento con instituciones y legislación, con instrumentos económicos y financieros. Los instrumentos económicos pretenden incentivar ciertas conductas deseables en los usuarios. Los instrumentos financieros son mecanismos de recaudación y cobertura de costos. Por supuesto que se pueden diseñar instrumentos que cumplan ambos roles.

428. Los instrumentos económicos pueden consistir en subsidios, o cobros. Los primeros pretenden incentivar ciertas actividades mediante subsidios a los usuarios. El caso típico en Chile es la ley 18.450 de bonificación del riego aunque en estricto sentido, se refieren a obras, no a agua como tal, pero sí hay una interdependencia obvia. Los efectos de estos mecanismos pueden en oportunidades comprometer la sostenibilidad de los recursos de base.

429. Los instrumentos económicos también pueden utilizarse como cargas o cobros cuyo objeto es manejar y controlar la demanda de agua y descargas y otros objetivos de manejo de aguas. Un ejemplo internacional muy difundido son las cargas por agua subterránea utilizadas por el Distrito de Orange County, que mediante cargas por uso del agua ha conseguido dirigir el comportamiento de los usuarios (Hanak 2011).

430. También existen instrumentos económicos, vinculados con cargas a algunos usuarios para incentivar medidas de manejo apropiado de suelos, mediante pagos en cuenca alta, que resulten en una mejor conservación de aguas cuencas abajo. En Ecuador en los programas Socio Bosque, Socio Páramo y Socio Manglar se utilizan pagos a los propietarios en las partes altas de las cuencas (Pablo Lloret, Gerente de Ambiente, Seguridad y Responsabilidad Epmas, Quito, Ecuador, comunicación personal). Estos instrumentos también se aplican en la protección de la cuenca que provee agua a la ciudad de Nueva York (Kousky 2011).

431. Los instrumentos económicos son de aplicación frecuente en materia de control de contaminación de aguas.

432. Además de instrumentos económicos, cuyo objetivo es cambiar el comportamiento de los usuarios y la forma de usar el recurso, existen instrumentos financieros, cuyo objetivo es contribuir a solventar los costos de administración del recurso, y las inversiones realizadas por el estado en beneficio de los usuarios.

La situación en Chile

433. Se dice que, a diferencia de otros países, en Chile los particulares no hacen pagos por el uso del recurso hídrico. Este predicamento debe ser matizado considerando que el costo de la operación y el mantenimiento de los sistemas es realizado y financiado completamente por los privados, situación que no es similar a países donde el Estado da o concede el servicio de suministro del agua. En esos casos, frecuentemente lo que en definitiva sucede es que los particulares contribuyen a financiar el costo de los servicios (en general, en forma parcial) pero no significa el pago de una regalía por el acceso al agua cruda. Se argumenta que como el usuario paga en el contexto de las OUAs esto exime de otros pagos. Sin embargo, el uso del bien público agua es gratis, con lo que se elimina uno de las condiciones usuales en las concesiones de dominio público. Además el sector se encuentra desfinanciado, pues los usuarios sub-invierten para ahorrar dinero. Por otro lado en el contexto de las OUAs los pagos tienen solo en cuenta los beneficios directos resultantes de inversiones y actividades materialmente relacionadas con el grupo que

integra la OUA. Los costos de las actividades de beneficio común al sistema hídrico nacional, como la investigación hidrológica de base, deben ser pagados por el estado que, como consecuencia de no poder transferir expensas, es por definición carente.

434. También se sostiene, para no pagar, que se debe considerar que el principal usuario, el riego, paga contribuciones según los terrenos estén o no regados, generándose un diferencial enteramente atribuible al abastecimiento de agua. Situación similar se puede entender en relación con los impuestos que pagan los bienes finales que se producen a partir del recurso hídrico. Sin embargo este diferencial impositivo es similar en otras partes del mundo, donde además, el usuario contribuye las expensas de administración general divididas entre todos, y las que tienen lugar en su beneficio particular.

435. Además, se argumenta, en beneficio del sistema actual, la importancia de dar un valor económico al recurso hídrico, como un incentivo para su buen aprovechamiento y una adecuada consideración del agua en los costos, en una legislación como la chilena, es reemplazada por la valorización que da el mercado. Sin embargo, como se ha visto, el mercado de aguas chileno es propicio a externalidades estando además afectado ab-initio por monopolizaciones (Donoso, 2011). Por otra parte cabe preguntar cuál es la eficiencia de un sistema que por falta de regulación, o de cargos económicos, o de ambos, permite la destrucción de algunas fuentes de capital natural.

436. Más allá de la argumentación el hecho concreto es que Código de Aguas no contempla disposición alguna sobre el régimen económico de las aguas, que permita al estado usar instrumentos económicos en su gestión y protección o cubrir los costos de administración general y adecuada del sistema nacional de gestión. Ergo, en el régimen general de aguas, no existe ningún costo asociado a la tenencia y mantención del derecho de aprovechamiento una vez que se adquiere y se incorpora al patrimonio de su titular.

437. En el sistema actual no existe un precio cobrado por el recurso productivo agua. Los tenedores de derechos pagan tarifas por retribución de servicio que le prestan las organizaciones de usuarios por labores de mantención de la infraestructura de captación y de distribución aguas. De determinarse un precio se produciría de inmediato una reasignación del recurso agua de modo que los propietarios utilizarían sólo el agua que económicamente fuera conveniente. Se evitaría así la situación irracional que existe hoy en predios contiguos, uno tiene disponibilidad excesiva y el otro un déficit crónico. El sistema de cobro por el “uso de agua” podría, además, crear recursos para financiar los planes nacionales de regadío”.

438. Consecuente con lo anterior, se dictó el Decreto Ley N° 2.603, de 18 de abril de 1979, en su artículo 3° inciso 1°, facultó al Presidente de la República, para que dictara las normas necesarias para separar, dentro del avalúo total vigente de los bienes raíces agrícolas, el valor correspondiente al inmueble propiamente tal y el de los derechos de aprovechamiento de aguas que estuviere utilizando el predio.

439. El inciso 3°, dispuso que “Las contribuciones del inmueble propiamente tal y las de los derechos de aprovechamiento se pagarán separadamente (...)”

440. Es dable recordar que el artículo 2° del citado decreto ley, también facultó al Jefe de Estado, para que dictara las normas pertinentes para establecer el Régimen General de las Aguas.

441. Ahora bien, en virtud de las facultades que le delegó el Poder Legislativo el Presidente de la República, dictó el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, de 13 de agosto de 1981, que fijó el texto del Código de Aguas, que se publicó en el Diario Oficial de 29 de octubre de ese año.

442. Sin embargo, el Jefe de Estado nunca ejerció la facultad que le delegó el artículo 3° del mencionado Decreto Ley N° 2.603, de 18 de abril de 1979, ni el Código de Aguas de 1981, contempló entre su preceptiva norma alguna relativa al pago de contribuciones por la tenencia y mantención de los derechos de aprovechamiento de aguas.

443. Por esa simple razón, es que no existe en dicha recopilación de leyes ningún artículo que imponga a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas un costo o un valor por la tenencia y mantención de ellos.

444. Para algunos, el Código de Aguas debería establecer el pago de contribuciones, como las que existen para los bienes raíces, separando previamente los roles en el caso de los bienes raíces agrícolas y asignando un rol a todo derecho de aprovechamiento, cualquiera que sea el uso que se le dé al agua. En la tasación de ese derecho debería considerarse el valor del agua en su fuente natural y no en su lugar de destino, puesto que en este caso, parte importante de su valor corresponde a las obras de captación y conducción de las aguas (Figueroa 1992, p.69),

445. La introducción de un sistema de pago por el agua presenta un atractivo importante como forma de financiar en forma sustentable las necesidades de financiamiento del sector tanto para la administración como para desarrollar obras de interés común. Así, se trata de una alternativa analizada en distintas ocasiones en las últimas décadas. Algunos de los elementos que se consideraron para no adoptar un sistema de pago general por el uso del agua fueron los siguientes:

a) Afectaría a la totalidad de los titulares de derechos de agua existentes en el país, los cuales se estiman en aproximadamente 350 mil, los cuales, además, pertenecen a distintos sectores usuarios. Entonces, para su implementación será imprescindible contar previamente con un completo rol o catastro de los titulares individuales de derechos de agua, en un escenario donde sólo una parte menor de los usuarios de agua tiene debidamente regularizados sus títulos.

b) Un cobro asociado al valor del agua en el cauce (y no por el costo de proveer un servicio), para que tenga un sentido económico y de equidad, supone la valorización económica detallada de los recursos de agua. A este respecto se debe tener presente, como se observa en el mercado de DAA, que las diferencias de valor pueden ser notables entre lugares ubicados geográficamente muy próximos, lo que genera una importante complejidad técnica para implementar un sistema de cobro. Respecto de este tema, evidentemente existe la alternativa de establecer valores únicos, sin un sentido económico pero su implementación tampoco estaría exenta de conflictos por razones de equidad, al comparar los usuarios los cobros uniformes en sectores en los que los DAA tienen valores muy distintos. Otra posibilidad sería limitar el cobro a ciertos usos o establecer cobros diferenciados por usos, sin embargo, considerando que en Chile el agua es un bien principal, independientemente del tipo de uso, ello posiblemente sería objetado constitucionalmente por afectar la igualdad ante la ley.

c) Para establecer un sistema de cobro por el agua sería necesario resolver previamente cómo se compatibiliza el cobro por los derechos de agua con los existentes sistemas tarifarios vinculados a sectores productivos que hacen uso del recurso, como por ejemplo hidroelectricidad y empresas sanitarias.

d) La aplicación de un cobro por el agua a la agricultura hace necesario separar en el avalúo fiscal de los bienes raíces, el valor de la tierra del valor del agua, cuestión que ya en el año 1979 no fue posible de llevar a efecto, a pesar de los enormes poderes del gobierno de la época (DFL 2603/79).

e) En un sistema como el chileno, en el cual el Estado no interviene directamente en la distribución de las aguas, y en consecuencia no tiene un sistema montado en terreno, los costos asociados a la implementación del cobro pudieran ser muy significativos.

446. Lo señalado pone en evidencia la dificultad de innovar en el tema respecto de lo hecho, aunque resulta evidente que el sector de recursos hídricos requiere de recursos financieros que superan ampliamente los actuales montos asignados. Al respecto, existen diversos informes que documentan la necesidad de financiamiento que más que duplican la inversión actual. Así es necesario analizar las alternativas que pudieran ser incorporadas a la legislación de aguas, que superen los obstáculos identificados. También es claro que los argumentos para que no existan pagos por el agua son fundamentalmente políticos, (la resistencia de los afectados) y circunstanciales (la falta de adecuación del sistema administrativo). Ningún argumento tiene estatura legal o constitucional, como se destaca más abajo.

Recomendaciones:

- a) Distinguir lo que serían cobros por motivos económicos y de equidad, de los que son cobros vinculados al costo de las actividades demandadas por la administración eficaz del agua. Estos son cobros fundados en expensas en beneficio de los usuarios, relativamente fáciles de cuantificar en relación a los derechos de aguas de los mismos.
- b) El argumento anterior también se aplica a la supuesta restricción vinculada al valor del predio. Aquí no se paga sobre el valor, sino en función de servicios recibidos,
- c) Si estos cobros tienen por objeto servicios vinculados a la administración del agua, tampoco habría problemas en efectuarlos respecto de usuarios hidroeléctricos. Sus derechos son perfectamente identificables,
- d) Tener presente que en principio, no es constitucionalmente problemático que la ley sujete al pago de una tasa el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, en la medida en que dicho pago, en la práctica:
 - (i) no termine haciendo irrealizable el ejercicio para sus titulares, y
 - (ii) tenga como finalidad financiar las prestaciones públicas que directamente benefician a los titulares de derechos que deben soportarlo (Atria y Salgado 2014)

Pagos vinculados al Agua en Legislación Comparada.

La gestión de aguas requiere grandes inversiones y gastos operativos. Los países y regiones analizados usan instrumentos financieros y económicos para solventar gastos y direccionar, junto con medidas legales. La Junta de Aguas de **California** establece cobros anuales por derechos de agua, y además cobros por servicios específicos y actividades administrativas, para asegurar que se recobren los costos incurridos en relación con el otorgamiento, administración, revisión, monitoreo, ejecución, cambio, registro, evaluación de cumplimiento, inspecciones, planificación y modelación de derechos de agua. Los cobros por derechos los establece la Junta, y su monto total debe ser igual a los que establezca la legislatura del Estado en el presupuesto estatal, a efectos de financiar actividades vinculadas al programa de derechos de agua (California Water Code, 1525-30).

En **España** hay un canon de utilización del dominio público hidráulico (art. 112 TRLA/2001) por el uso de cauces y lechos que se paga al organismo de cuencas. También hay un canon de control de vertidos (art.113) y otro por la regulación y utilización del agua (art.114). El impago puede autorizar suspensión o pérdida de derechos (art.115).

Francia tiene un sistema de pagos basado en los principios el usuario paga, el contaminador también, y el agua paga por el agua. Existen cargos por extraer agua, por contaminación, cargos sobre pesticidas a pagar por los distribuidores del producto, en razón de ser contaminación difusa; cargas por la protección del medio ambiente acuático, a pagar por pescadores profesionales y deportivos; cargos por modernización de tratamientos sanitarios; y también por almacenamiento en períodos de baja y por el uso de los ríos vía infraestructuras y obstáculos. También se pueden imponer cobros municipales para el drenaje, conducción, almacenamiento y tratamiento de aguas pluviales y por el uso de vías navegables. Finalmente, los beneficiarios de seguros pagan por el mecanismo de prevención y compensación por desastres naturales, que entran en los fondos Barney y Cat Nat.

En Mendoza, Argentina, los escribanos tienen la obligación de verificar, cuando se transfieren inmuebles, si los mismos tienen derechos de agua, si están al día en sus cuotas, y de informar a la administración de aguas las transferencias.

16. CONCLUSIONES

447. El elemento fundamental para la reforma del sistema de gestión del agua en Chile es la naturaleza de los derechos de aprovechamiento (DAA) que se otorgan, ya que ello incide en los roles del Estado y los particulares, y en la capacidad del marco legal de propender a un buen uso del recurso. Como conclusión del análisis realizado se puede concluir que el agua es un bien nacional de uso público, el ejercicio del DAA se regula a través de la Ley Ordinaria y el carácter del bien nacional de uso público justifica la regulación de su ejercicio por el Estado.

448. Una vez definida la naturaleza de los DAA, es necesario revisar el Rol del Estado y de los particulares en el uso y goce de estos derechos. A este respecto, como resultado del análisis se sugiere agregar a continuación del artículo 5 del CA un articulado que considere las siguientes ideas centrales:

- Declarar el papel de tutela irrenunciable⁷¹ e imprescriptible⁷² que corresponde al Estado sobre el manejo del recurso hídrico declarado Bien Nacional de Uso Público
- Establecer el derecho de las personas a acceder al agua para atender a sus necesidades básicas, en volúmenes compatibles para ese objetivo, en cualquier circunstancia, sin requerir para ello el otorgamiento de derechos de aprovechamiento.
- Establecer la obligación del Estado de considerar en sus decisiones los resguardos adecuados para la conservación de la función ambiental de los recursos hídricos y los usos consuetudinarios
- Declarar la obligación del Estado, a través de sus órganos, de promover una cultura en la sociedad que se oriente a una gestión armónica del recurso hídrico considerando la función social, productiva y ambiental del agua.
- Declarar la obligación del Gobierno de elaborar y dictar una Política Nacional de Recursos Hídricos

449. El tercer eje fundamental de la gestión de los recursos hídricos en Chile es el papel de las Organizaciones de Usuarios. Las Juntas de Vigilancia (JV) y las Comunidades de Aguas Subterráneas (CAS) tienen un rol particularmente importante en la gestión de los recursos hídricos (GRH) porque tienen por objeto administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en las fuentes naturales. Sobre estas entidades privadas se sugiere:

- Ampliar las funciones de las comunidades de aguas y de las asociaciones de canalistas al control y vigilancia de la contaminación de las aguas en los sistemas de conducción en el medio rural.
- Establecer la membresía obligatoria de todo derecho habiente a la OUA en la que ejerce sus derechos y/o recibe servicio.
- Incorporar al objeto de la Junta de Vigilancia (artículo 266), la obligación de integrar sus actividades con la Autoridad en la vigilancia de los cauces de su área de actuación

⁷¹ El Estado no puede desistirse de esta responsabilidad.

⁷² Esta responsabilidad no puede caducar.

- Incorporar al objeto de la Junta de Vigilancia (artículo 266), la función de representación a los titulares de DAA en las negociaciones ante las autoridades y ante los tribunales
- Incluir la obligación de las OUA atender a los requerimientos de la Autoridad competente e informar en relación a medición de caudales, extracciones, distribución de las aguas y otras
- Se propone revisar al Art. 186 (sobre el objeto de las OUA en general) y al Art. 266 (sobre las funciones de la Junta de Vigilancia) para incluir funciones de conservación de la calidad de las aguas, la protección contra la contaminación y sustentabilidad ambiental.
- Revisar el régimen interno de las OUA para una mejor representación de los usuarios y una gestión más transparente
- Incluir la participación de los titulares de derechos no consuntivos y de aguas subterráneas en las Juntas de Vigilancia
- Revisar el artículo 222 para favorecer la participación de los pequeños regantes.
- Implementar mecanismos para la rendición de cuentas y transparencia dentro de las OUA

450. Para garantizar el buen funcionamiento de las OUA es necesario establecer mecanismos de fiscalización por parte de la DGA, en esta materia se sugiere: Permitir la fiscalización de oficio de las OUA por parte de la DGA y fortalecer las sanciones para dar efectividad a la fiscalización. Adicionalmente a la fiscalización de las OUA mismas, se debiera permitir la actuación de oficio de la Autoridad para fiscalizar las extracciones en aquellos casos en los que el interés público o de terceros esté involucrado

451. El fortalecimiento del rol del estado y de las OUA se debe traducir en una mejora de la gestión de los recursos hídricos a nivel local. Para garantizar esto es necesario incluir estas nuevas potestades dentro del concepto de gestión integrada de los recursos hídricos a nivel de cuenca. Actualmente, el Código de Aguas no contempla un sistema de administración de los recursos hídricos integrado al nivel de las cuencas hidrográficas. Para lograr se propone hacer diversos cambios legales para implementar la función de planificación a nivel de la cuenca hidrográfica y crear los consejos de recursos hídricos como instancia de participación en la planificación a nivel de la cuenca (ver capítulo 5).

452. Para que los Planes Directores Hídricos de Cuenca sean efectivos en garantizar la sostenibilidad de los recursos hídricos tanto superficiales que subterráneas y proteger mejor los requerimientos hídricos de los grupos vulnerables y del medio ambiente, es necesario hacer algunos cambios al marco legal vigente para incorporar nuevos instrumentos de gestión. Entre los cuales se destaca: la modificación del Título V 1. De los derrames para permitir una regulación de todos los “flujos de retorno”, permitir a la Autoridad competente a actuar de oficio, en el marco habilitante del Plan Director para la reducción temporal del ejercicio de los DAA si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, y permitir el control de externalidades en cuencas bajo estrés hídrico mediante la autorización de las transferencias de DAA por parte de la Autoridad y las restricciones de cambio de uso de suelo que signifiquen la incorporación de una nueva superficie regada.

453. De manera complementaria a estos cambios, es necesario organizar en forma coherente todos los elementos que definen el contenido de los derechos de aprovechamiento para regular los derechos y obligaciones de los titulares. En general las modificaciones sobre este tema, se enfocan

en asegurar que los titulares deben hacer uso de los DAA otorgados en forma que sea razonable y beneficiosa, habida cuenta del bien del dominio público que les ha sido otorgado para su aprovechamiento.

454. Finalmente para asegurar que estas nuevas modificaciones se cumplan, es necesario fortalecer las capacidades de fiscalización de la DGA en el uso de los DAA y en la vigilancia del dominio público hidráulico. En lo que se refiere a la fiscalización de las extracciones de agua, se propone que la fiscalización de las extracciones de agua por la DGA se extienda a las aguas subterráneas, permitir la actuación de oficio de la Autoridad para fiscalizar las extracciones en aquellos casos en los que el interés público o de terceros esté involucrado, Facultar a los fiscalizadores acreditados por la DGA a acceder a los lugares donde existen DAA y a inspeccionar en terrenos privados la existencia de extracciones clandestinas, Obligar a todos los titulares de DAA a medir las extracciones y comunicar los resultados y otorgar al fiscalizador el carácter de Ministro de Fe, cuando realiza una inspección, informe o investigación.

455. Para complementar estas reformas al sistema de gestión de los recursos hídricos en Chile, se sugieren de manera complementaria, reformas a instrumentos de gestión que permiten el desarrollo de un sistema integral de gestión de los recursos hídricos. Estas modificaciones incluyen:

- Modificaciones a los mecanismos para la regularización de DAA,
- Mecanismos para el perfeccionamiento de DAA,
- Reformas al registro de propiedad de las aguas y al registro público de DAA,
- Desarrollo de instrumentos para mejorar la gestión de la información de los recursos hídricos y desarrollo del conocimiento científico entorno al agua,
- Mejora de los instrumentos legales para la gestión del agua subterránea,
- Reformas legales para asignar responsabilidades claras y fortalecer las potestades de la Autoridad del agua para la gestión de la calidad del agua.
- Reformas para incluir la planeación de obras hidráulicas es necesario incluir esta tarea claramente como parte de las responsabilidades de la DGA
- Potenciar las atribuciones de la DGA para la Aprobación y fiscalización de obras hidráulicas durante y después de la construcción
- Establecer mecanismos para regular y salvaguardar la seguridad de presas en el país

456. Finalmente para completar el análisis, se sugieren también modificaciones legales para incluir aspectos sociales al marco legal vigente como son: la necesidad de implementar la función de fomento de la cultura del agua como parte de las responsabilidades de la Autoridad en materias de aguas en Chile, y la necesidad de asumir compromisos por parte de la autoridad en materia de protección de grupos vulnerables y preservación del ambiente, en lo que respecta al tema hídrico.

457. Adicionalmente se señala la necesidad de realizar un análisis más detallado sobre el sistema financiero del agua en Chile para poder determinar cuáles serían las herramientas más adecuadas para permitir el financiamiento sostenible y suficiente que permita una correcta gestión de los recursos hídricos en el país.

458. Como se puede ver, el análisis realizado ha sido exhaustivo y demuestra la necesidad de reformar el marco legal del agua en Chile. El reto es grande y los temas son amplios. Sin embargo, estas recomendaciones pueden contribuir a enriquecer el debate que implica una modificación legal de esta relevancia para el país.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri , Arturo R., Manuel U. Somarriva, and Antonio H. Vodanovic. *Tratado de Derecho Civil Partes Civil Partes Preliminar y General*. Santiago: Jurídica de Chile, 1998.
- Arévalo, Gonzalo. "Ponencia Las Organizaciones de Usuarios en Nuestra Legislación y su Funcionamiento." *II Jornadas de Derechos de Aguas*. Casa Central de La Pontificia de la Universidad Católica de Chile, 1999.
- Atria, Fernando, y Constanza Salgado. *Régimen Constitucional del Agua y su Aprovechamiento en Chile, con la Finalidad de Determinar qué Restricciones Constitucionales Enfrentaría una Reforma del Régimen hoy Contenido en el Código de Aguas*. 2014.
- Banco Mundial. *Diagnóstico de la Gestión de los Recursos Hídricos*. Water Resources, World Bank, Washington: World Bank, 2011.
- Banco Mundial. *Estudio para el mejoramiento del Marco Institucional para la Gestión del Agua*. Water Resources, World Bank, Washington: World Bank, 2013.
- Banco Mundial. *Plan para la Mejora del Marco Institucional del Agua en Chile*. Water Resources, World Bank, Washington: World Bank, 2014.
- Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil*. Santiago: Imprenta Cervantes, 1921.
- Basta, Elizabeth, and Bonnie G. Colby. "Water Market Trends: transactions, quantities and prices." *The Appraisal Journal* 78, no. 1 (2010).
- Bitrán, Eduardo and Raúl Sáez, "Privatisation and Regulation in Chile." Brookings Institution Conference on the Chilean Economy. (Washington D.C., 22-23 April 1993).
- Bitrán, Eduardo and Pablo Serra, Regulation of privatized utilities: the Chilean experience, Universidad de Chile, Santiago, Chile (1998)
- Boulder, Colorado, Colby, Bonnie; David Bush, William Martin and Thomas Brown, "Do water market prices appropriately measure water values?", 1987 Natural Resources Journal, Volume 27, Summer, No 3
- Bosworth, Barry P. Dornbusch Rudiger, and Labán Raúl. *The Chilean economy: Policy lessons and challenges*. McFarland, 1994.
- Brown, Carol Necole, *Drinking from a Deep Well: The Public Trust Doctrine and Western Water Law*. University of Alabama Public Law Research Paper No. 894088. March 30, 2006 pp. 35-36. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=894088> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.894088>,
- Carré de Malberg, Raymond. *Teoría General del Estado*. Fondo de la Cultura Económica de México, 1992.
- Caso Collado Baines*. 3414-2005 (Suprema Corte, Junio 5, 2006).
- Caso Farm Investment Co. v Carpenter*, Wyo 110, 61 Pac. 258 ,1900, Supreme Court of Wyoming;
- Caso Forestal Los Olivos*. 313-2008 (Corte Suprema, Julio 30, 2009).

- Caso Environmental Defense Fund. v. East Bay Muni. Util. Dist.* (1980) 26 Cal.3d 183 [161 Cal.Rptr. 466, 605 P.2d 1].
- Caso Illinois Cent. R.R. v. Illinois*, 146 U.S. 387, 455 (1892),
- Caso Imperial Irrigation Dist. v. State Water Resources Control Bd.* (IID II) (1990) 225 Cal. App.3d 548 [275 Cal.Rptr. 250], cert. denied (1991) 502 U.S. 857.).
- Caso Inmobiliaria Tres Marías*. 27872-2008 (Corte Suprema, Marzo 25, 2010).
- Caso In re Waters of Long Valley Creek Stream System* (1979) 25 Cal.3d 339 [158 Cal.Rptr. 350, 599 P.2d 656].).
- Caso Kaiser Aetna v. United States*, 444 U.S. 164 (1979)
- Caso Michelmore v Minister for Environment and Conservation* [2004] *South Australia Supreme Court, Australia SASC 41*.)
- Caso Nat'l Audubon Soc'y v. Super. Ct.*, 658 P.2d 709 (Cal. 1983) *Mono Lake*];
- Caso Peabody v. City of Vallejo* (1935) 2 Cal.2d 351, 40 P.2d 486.
- Caso People v. Murrison* (2002) 101 Cal.App.4th 349 [124 Cal.Rptr.2d 68
- Caso Yellowstone River*, 253 Mont. 167, 832 P.2d 1210 (1992), *Supreme Court of Montana*.
- Celume Byrne, Tatiana. *Régimen Público de las Aguas*. Santiago: Legal Publishing, 2013.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago : Jurídica de Chile, 1979.
- Colby Saliba, Bonnie. "Do Water Markets "Work"? Market transfers and trade-offs in the Southwestern States." *Water Resources Research* 23, no. 7 (1987): 1113-1122.
- Colby Saliba, Bonnie, and David B. Bush. *Water markets in theory and practice: market transfers, water values, and public policy*. Westview Press, 1987.
- Colby Saliba, Bonnie, David B. Bush, William E. Martin, and Thomas C. Brown. "Do water market prices appropriately measure water values." *Nat. Resources J.* 27 (1987): 617.
- Colby, Bonnie G. "Transactions costs and efficiency in Western water allocation." *American Journal of Agricultural Economics* 72, no. 5 (1990): 1184-1192.
- Colby, Bonnie G., Kristine Crandall, and David B. Bush. "Water right transactions: market values and price dispersion." *Water Resources Research* 29, no. 6 (1993): 1565-1572.
- Colby, B.G. *Regulation, Imperfect Markets, and Transaction Costs: The Elusive Quest for Efficiency in Water Allocation*. Edited by Bromley D.W. Blackwell, Oxford, 1998.
- De Castro, Sergio. *"El Ladrillo" Bases de la Política Económica del Gobierno Militar Chileno*. Santiago de Chile: Alfabeta Impresores, 1992.
- Donoso, Guillermo. "¿Es una Reforma Aplicable para Mejorar la Eficiencia en la Asignación?" *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Alfababeta Impresiones), 2000: 113 y ss.

- Donoso, Guillermo, WP6 IBE EX-POST Case Studies *The Chilean Water Allocation Mechanism, established in its Water Code of 1981* Deliverable no.: D6.1 – IBE Review Reports Lessons learned, 2011
- EPA: An Analysis of State Superfund Programs, 50 States Study, EPA/540/8-89/011, September 1989.
- Figueroa, Luis Simón. *Asignación y Distribución de las Aguas Terrestres*. Santiago de Chile: Universidad Gabriela Mistral 1992.
- Getches, David, and Solanes, Miguel. "Prácticas Recomendables para la Elaboración de Leyes y Regulaciones del Recurso Hídrico- No.ENV-127." Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 1998.
- Hanak, Ellen, et al. *Managing California's Water From Conflict to Reconciliation*. San Francisco, California: Public Policy Institute of California, 2011.
- Hanemann, W. Michael. "The economic conception of water." *Water Crisis: myth or reality* (2006): 61-91.
- Huffaker, Ray. "Protecting water resources in biofuels production." *Water Policy* 12, no. 1 (2010): 129-134.
- Instituto de Ingenieros Chileno. "Hacia una Gestión Integrada de Recursos Hídricos. Una propuesta." Comisión de Aguas, Instituto de Ingenieros Chileno, Santiago, 2012.
- Jaeger, Pablo. "La asignación original de los derechos de aprovechamiento de agua en el código de 1981: análisis crítico." *Actas. Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas* 20 (2001): 1981-2001.
- Kousky, Carolyn. *WP6 IBE EX-POST Case studies New York City Watershed Agricultural Program*. FP7 Environment (Including Climate Change), European Commission Grant Agreement no. 265213, EPI WATER, 2011.
- Montt, S. "El Dominio Público." *Lexis Nexis Chile*, 2002.
- Peña, Humberto. "Chile 20 Años del Código de Aguas." In *Mercados (de derechos) de agua: experiencias y propuestas en América de Sur*, by Guillermo Donoso, Andrei Jouralev, Humberto Peña and Eduardo Zegarra. Santiago de Chile: CEPAL, 2004.
- Peñailillo Arévalo, Daniel. *Los bienes*. Santiago: Jurídica de Chile, 2006.
- Pescio Vargas, Victorio. *Manual de Derecho Civil. De las Personas- De los Bienes y la Propiedad*. Vol. III. Santiago: Jurídica de Chile, 1978.
- Reyes Rivero, Jorge. *Naturaleza Jurídica del Permiso y la Concesión sobre Bienes Nacionales de Uso Público*. Santiago: Jurídica de Chile, 1960.
- Rogers, Peter P., M. Ramón Llamas, and Luis Martínez Cortina, eds. *Water crisis: myth or reality?*. CRC Press, 2005.
- Rozas Vial, Fernando. *Los bienes*. Santiago: Conosur, 1998.

- Sullivan, Lawrence Anthony (1977), *Handbook of the law of antitrust*. West Publishing Corporation.
- Tarlock, Dan A., James N Corbridge, and David Gretches. *Water Resource Management A Casebook on Law and Water Policy, University Casebook Series*. 5th . New York, New York : Foundation Press, 2002.
- IBRD, (International Bank for Reconstruction and Development)-The World Bank- "Agriculture in Liberalizing Economies: Changing Roles for Governments." Edited by Dina Umali-Deininger and Charles Maguire. *Fourteen Agricultural Sector Symposium*. Washington DC: World Bank, 1995.
- Valdés Hernández, Fernando Patricio. "Estudio de Análisis y Recomendaciones para la Mejora de los Instrumentos Legales para la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos en Chile." 2014.
- Vergara Blanco, Alejandro. "La Libre Transferibilidad de los Derechos de Aguas. El Caso Chileno." *Revista Chilena de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Chile) 24, no. 2 (1997): 369-395.
- Vial del Río, Víctor, and Alberto Lyon Puelma. *Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas*. Santiago: Ediciones Universidad Católica, 1985.
- Young, Mike. "OPINION: Australia's Rivers Traded into Trouble." *Australian Geographic*, Jan-Feb 2012.