

II Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas. 2018

“La Regulación de las Aguas: progresos, retrocesos y tareas pendientes”

Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Pablo Jaeger C.

---

# **URGENCIA DE ALCANZAR UNA NORMATIVA DE CONSENSO EN MATERIA DE AGUAS:**

## **ELEMENTOS PARA LOGRARLO**

Pablo Jaeger Cousiño

Profesor de Derecho de Aguas

---

Director Ejecutivo DIAgua Consultores S.A.

[pjaeger@diagua.cl](mailto:pjaeger@diagua.cl)

21 de noviembre de 2018



## **ALGUNAS CONSTATAciones EVIDENTES:**

**La legislación de aguas chilena, en lo referido a los derechos de aprovechamiento (DAA) y sus características, no concita consenso.**

**Una parte importante de la sociedad difícilmente la puede aceptar como *“una declaración de la voluntad soberana”*.**

**Han existido, y se anuncian otras, múltiples iniciativas para modificarla.**

**Esta discusión sin fin ha postergado abordar otros muchos temas urgentes en relación con la gestión del agua.**

## **Y ALGUNAS CONSTATAciones QUE NOS ORIENTAN:**

- **Los DAA constituidos bajo la vigencia del CdA de 1981 son los menos, principalmente:**
  - No consuntivos (muchos de los cuales han sido renunciados)**
  - Sobre aguas subterráneas**

---

- **Si se pudieran asignar nuevamente, desde cero, TODOS los usos de agua, que no es posible, el resultado no sería muy distinto a lo vigente.**

## Revisemos la historia reciente:

### 1. 1981 (durante la dictadura militar): se dicta el Código de Aguas

Sus ideas centrales (en palabras de Hernán Buchi) fueron:

*-“crear derechos sólidos de propiedad, no sobre el agua misma sino sobre el uso de las aguas y*

*-facilitar por todos los medios el funcionamiento ordenado del mercado”.*

---

## **Para lo cual se crean los “derechos de aprovechamiento de aguas” (DAA):**

- Consisten en el uso y goce de las aguas y son de dominio de su titular (protección constitucional).
  - Su uso o ejercicio no es obligatorio.
  - No están asociados a usos específicos.
  - Son perpetuos, transmisibles y se pueden transferir libremente.
-

## 2. 1992 (en democracia): Proyecto de modificación del Presidente Aylwin

### Diagnóstico:

Legislación **excesivamente permisiva**. Permite la **acumulación** de DAA **sin que exista un uso actual o futuro previsible**, lo que constituye el germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país.

### Propuestas:

---

- “establecer límites razonables a la concesión de DAA (...): justificación de la necesidad del agua solicitada y en su utilización”.

- “se establece un plazo máximo de cinco años dentro del cual las aguas se deben utilizar” (caducidad por no uso)

### 3. 1996: Indicación Sustitutiva Presidente Frei

**Diagnóstico:** “La **libre comercialización** de los DAA constituye, en general, un **mecanismo adecuado** para lograr usos y asignaciones de las aguas económicamente más eficientes. Sin embargo, este efecto que se ha pretendido conseguir con la aplicación de los mecanismos de mercado, en la práctica **no se ha producido (...)**”, toda vez que no contempla un sistema de precios que permita valorizar la obtención originaria y la conservación a perpetuidad de los derechos de aprovechamiento”, (...) lo cual “**incentiva la especulación y el mal uso del recurso**”.

---

#### Propuestas:

- Someter a los titulares de DAA cuyas aguas no estén siendo utilizadas al pago de una **patente** de monto progresivo (se elimina la caducidad por no uso).
- Nuevas facultades a la autoridad para la concesión de DAA.

#### 4. 2005: Ley 20.017, que modifica el Código de Aguas

- Quien solicita un DAA deberá explicar “la cantidad de agua que **necesita** extraer”, mediante una memoria explicativa.
- La DGA podrá limitar el caudal de una solicitud de DAA si no se acredita tal necesidad.
- Si las aguas no se utilizan (inexistencia de obras) el titular deberá pagar una patente por la no utilización de las aguas, pudiendo rematarse el DAA por no pago.



## **5. Propuestas de reforma constitucional**

Entre 1992 y 2012 se ingresaron 9 proyectos de reforma constitucional en materia de aguas, ocho de iniciativa parlamentaria y una de la Presidenta Michelle Bachelet, en 2010.

Todas las reformas constitucionales se orientan a modificar el régimen jurídico de propiedad sobre las aguas y los DAA, “para recuperar el dominio público sobre este recurso”.

---

## 6. 2014. Indicación Sustitutiva (de proyectos parlamentarios en trámite) de Presidenta Bachelet

### Diagnóstico:

“La regulación de los RRHH requiere de un cambio que **intensifique el régimen público** de las aguas, reforzando las facultades de la Administración en la constitución y limitación de los DAA, y dando cabida, protegiendo y **priorizando** los usos de la **función de subsistencia**”.

---

### Propuestas:

- Que los derechos sobre las aguas (DAA) sean **concesiones temporales**, prorrogables, susceptibles de ser **limitadas en su ejercicio en función del interés público**, **extinguibles en caso de no utilización** y con un **uso específico** para las aguas.

## Propuestas:

- Se perfecciona el instrumento de la “patente por no uso”
  - Se establece que las aguas pueden cumplir tres funciones: a) subsistencia, que garantiza el uso para el **consumo humano** y el saneamiento; b) preservación ecosistémica; y, c) productiva. **Se prioriza la primera.**
- 

- Los DAA actuales seguirán vigentes, pero podrán caducar por no uso o extinguirse por su no inscripción.

## 7. 2018: Proyecto Presidente Piñera

Aún no se conocen sus alcances, pero se han dado señales en el siguiente sentido:

-Mantener las características de los DAA (de propiedad privada, perpetuos, no caducables, no asociados a usos específicos)

---

-Potenciar el mercado del agua y su transparencia

-Aumento de las patentes por no uso

-Facilitar otorgamiento de derechos para consumo humano

## **Resumen de esta historia:**

... 37 años debatiendo sobre la legislación de aguas que queremos, sin alcanzar consensos.

## **Los temas más sensibles en relación con los DAA siguen siendo:**

- ¿Se debe priorizar el consumo humano?
- ¿Cómo debe ser sancionado el no uso?

---

- ¿Deben ser de dominio de su titular, y poder transferirse libremente?
- ¿Deben estar asociados a usos específicos?
- ¿Deben ser perpetuos?

## **Nuestras Propuestas...**

**Desde la perspectiva teórica, el Derecho de Aguas debe procurar:**

- lograr asignaciones originales y reasignaciones económicamente eficientes
  - proteger los intereses de terceros
- 
- fomentar usos social y económicamente convenientes
  - organizar los aprovechamientos concurrentes, y
  - resolver los conflictos intersectoriales

## **Para lo cual debe ocuparse de resolver adecuadamente los siguientes temas:**

-el dominio sobre las aguas

-el sistema o procedimiento concesional

---

-los derechos de uso o aprovechamiento, y

-la intervención administrativa / institucionalidad

## Buscando esos objetivos, proponemos los siguientes elementos que pueden ayudar al consenso:

- Las **aguas deben seguir siendo parte del “dominio público”**. Las aguas son estratégicas para el desarrollo del país.
- Los problemas centrales que enfrenta la gestión del agua en el país **no están asociados a la propiedad sobre los DAA**, por lo que:

---

-Pueden seguir siendo de **propiedad privada, perpetuos y no asociados a usos** específicos.

-Como toda propiedad, debe estar supeditada a su **“función social”** (“*cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental*”).



## Proponemos ...

- Debe mantenerse al **mercado como mecanismo de reasignación**, pero regulado adecuadamente, para evitar las externalidades negativas que hoy posibilita.
  - La constitución de **DAA para consumo humano debiera garantizarse siempre** en los sectores rurales. También debe tener una preferencia el agua para comunidades indígenas.
- 
- La **patente por no uso debiera ser potenciada** y perfeccionada. Incluso, después de cierto tiempo, los DAA pudieran extinguirse.

II Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas. 2018

“La Regulación de las Aguas: progresos, retrocesos y tareas pendientes”

Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Pablo Jaeger C.

---

**Gracias ...**

---