

LA NUEVA ÉPOCA AMBIENTALIZADA DEL DERECHO DE AGUAS CHILENO, Y LAS EXIGENCIAS Y MEDIDAS DE ADAPTACIÓN DERIVADAS DE LA LEY MARCO DE CAMBIO CLIMÁTICO*

Christian Rojas Calderón**

Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad Andrés Bello (Chile)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO DE AGUAS EN CHILE: 2.1. Un régimen jurídico complejo: 2.1.1. Derecho de aguas general: A) Constitución Política de la República; B) Código de Aguas; C) Complementariamente, la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos (LBPA); D) Con creciente importancia, la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA); 2.2.2. Derecho de aguas especial; A) Régimen jurídico del abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y saneamiento (urbano y rural); B) Otras regulaciones especiales.— 3. LA GRAN REFORMA AL RÉGIMEN GENERAL DE LOS RECURSOS HÍDRICOS CONTINENTALES: EL *NUEVO* CÓDIGO DE AGUAS A PARTIR DE LA LEY N° 21.435 DE 2022 O LA *NUEVA ÉPOCA AMBIENTALIZADA* DEL DERECHO DE AGUAS CHILENO: 3.1. Consideraciones generales; 3.2. Del aprovechamiento del agua y sus funciones: 3.2.1. Reafirmación del carácter público de las aguas, y orientación a la función de satisfacción del interés público; 3.2.2. Reconocimientos de funcionalidades del agua, en especial las funciones ambientales; 3.3. Reservas y reasignaciones; 3.4. Nueva conceptualización y tratamiento de los DAA: 3.4.1. Nueva definición y temporalidad; 3.4.2. Medidas ante el *riesgo* en el ejercicio de los DAA; 3.4.3. Extinción de los DAA; 3.4.4. Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuenca (PERHC); 3.4.5. Otras.— 4. LA LEY MARCO DE CAMBIO CLIMÁTICO, Y EL ARTÍCULO 293 BIS DEL CÓDIGO DE AGUAS: 4.1. Fundamentos y su conexión con los PERHC del artículo 293 bis; 4.2. En este contexto, el Reglamento sobre planes estratégicos de recursos hídricos en cuenca (PERHC), sus consecuencias y lo que falta: 4.2.1. El Reglamento.— 4.2.2. Declaración expresa de no constituir un instrumento rector para la planificación hidrológica; 4.2.3. Consecuencias y lo que evidentemente falta.— 5. CONCLUSIONES.

* Este trabajo forma parte del Proyecto PID2021-128816OB-I00 «El binomio agua y energía: régimen jurídico de las concesiones hidroeléctricas y su necesaria revisión en un contexto de crisis energética y cambio climático necesaria revisión en un contexto de crisis energética y cambio climático (HYDROENERGY)» de la Universidad de Granada, apoyada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (España).

** Correo electrónico: christian.rojas@unab.cl. ORCID: 0000-0001-6429-312X

RESUMEN: El presente trabajo trata con cierta detención los cambios y avances que se han producido en la tradicional regulación de aguas chilena, en especial a partir del año 2022, profundizando su administrativización y ambientalizando dicha normativa. Y trata asimismo, de los efectos de otra regulación —Ley Marco de Cambio Climático—, y su conexión con la reforma de aguas en sus aspectos ambientales, particularmente acerca de un instrumento de adaptación al cambio climático como son los planes estratégicos de recursos hídricos en cuenca (PERHC); enjuiciándolos críticamente, tanto dichos planes como la reforma en general.

1. INTRODUCCIÓN

Luego de la gran reforma al Código de Aguas (CAg) producido en virtud de la Ley N° 21.435 de 2022, el tradicional Derecho de Aguas chileno ha sido objeto de revisiones que le han permitido ampliarse y ambientalizarse, producto de lo cual se estima estaríamos en un proceso de modificación muy significativo.

Ello se debe también al desarrollo a nivel sublegal (por medio de Reglamentos dictados por la Administración) de muchas de sus disposiciones lo que ha ocurrido el 2023 y lo que llevamos de 2024, que han sido muy activos en la implementación de muchas de las cuestiones que se resolvieron legislativamente, para lo cual la autoridad sectorial del área —la Dirección General de Aguas—, durante todo el 2023 se preocupó de dictar reglamentos, y resoluciones de alcance general cuyo objetivo es implementar y facilitar a los operadores jurídicos la aplicación de la ley; dirigidos en primer término a sus propios funcionarios, los reglamentos, resoluciones, manuales y guías acerca de ello, son aplicadas también a los particulares indudablemente.

Finalmente, hay un tema clave que no ha tenido buen cierre como son los planes estratégicos en recursos hídricos en cuenca (PERHC), en ejecución de una norma del CAg, pero que tiene su fundamento en la Ley N° 21.455 Marco de Cambio Climático, que incide en materia hídrica.

Luego, lo que haremos, será, entonces, repasar estos cambios o correcciones normativas; luego, ver el desarrollo de las reformas más significativas de esta gran reforma. Enseguida se dirá lo que es la planificación hidrológica que es la gran ausente, y al final, se enjuiciará brevemente uno de los reglamentos dictados al efecto, donde no hay planificación hidrológica sino que algo mucho menor.

2. EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO DE AGUAS EN CHILE

2.1. Un régimen jurídico complejo

El marco normativo del Derecho de Aguas se ha ido complejizando cada vez más a medida que avanzan los desarrollos tecnológicos por un lado y aumentan las presiones respecto de sus múltiples usos, conviviendo con un escenario de una escasez persistente.

Pese a ello, se sigue sosteniendo —casi un mito—, su matriz disciplinar clásica, como si nada hubiera pasado. Así se sostiene que la matriz disciplinar¹ del Derecho de Aguas chileno se asienta², sobre lo siguiente: *a)* la calificación jurídica de las aguas como bienes públicos (artículo 5 y 6 CAg); *b)* un procedimiento concesional (artículo 130 a 147 ter CAg); *c)* creación de derechos de aprovechamiento de aguas, que es una especie del género derecho real administrativo (artículo 148 a 150 CAg); y *d)* una administración dual de las aguas (artículo 186 a 293 CAg), reconociendo a las organizaciones de usuarios como actores principales, y por supuesto también a la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas, que complementa esa gestión y en algunos casos extraordinaria intervención administrativa (artículo 294 a 307 CAg).

Pero atendiendo diversas regulaciones innovadoras, esa matriz aparece como insuficiente. Para ello se pasará revista muy general a su marco normativo, que se compone de los órdenes y disposiciones normativas que se pasan a señalar.

2.1.1. *Derecho de aguas general*

Que comprende:

A) Constitución Política de la República

En primer término, el artículo 19 N° 23 inciso 1° de la Constitución Política de la República (CPR) asegura a todas las personas «La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así». Como bien se sabe, las aguas son bienes nacionales de uso público, o bienes públicos, que son aquellos referidos en la disposición como bienes que pertenecen a la Nación; por lo cual existe un tratamiento jurídico distinto de ellas en tanto bien público.

En segundo lugar, el artículo 19 N° 24 inciso 1° CPR que asegura a todas las personas «el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales»³. Pues bien, entre esas cosas incorporeales se encuentra incluido, desde luego, el derecho de aprovechamiento de aguas. De esta forma, la CPR afirma por la vía señalada, el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas.

¹ En general, *matriz disciplinar* es el punto primordial en que se concentran al menos potencialmente todas las teorías, conceptos y leyes con que opera una comunidad científica determinada. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1989) «La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico». *Persona y Derecho* N° 21, p. 64.

² VERGARA BLANCO, Alejandro (1998) *Derecho de aguas*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 23-26.

³ Debe traerse a colación a este respecto el artículo 565 inciso 3° Código Civil conforme el cual «son cosas incorporeales las que consisten en meros derechos».

No obstante, quiso ser mucho más explícita al respecto y dispuso sobre el particular, en el inciso final del N° 24 de su artículo 19, lo siguiente: «Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos». Con ello, se protege tanto las titularidades existentes y formalizadas, así como los usos consuetudinarios de las aguas. Pero, además, implícitamente, confirma que sobre el agua no hay derecho de propiedad sino sólo sobre el derecho (real administrativo) de aprovechamiento.

B) Código de Aguas

Que constituye la segunda y principal fuente normativa pues en este cuerpo se encuentra la regulación más completa y general sobre las aguas continentales.

En efecto, el CAg (D.F.L. N° 1.122 de 1981), contiene el estatuto general de las aguas terrestres, sean éstas superficiales o subterráneas.

En relación a este pueden destacarse como características generales de dicho estatuto las siguientes: *a)* contiene una declaración expresa de publicación de las aguas terrestres que escurren por cauces naturales, sean superficiales o subterráneos; *b)* contiene un procedimiento administrativo relativo a la constitución del derecho de aprovechamiento de aguas como a algunas cuestiones relativas a su ejercicio (como por ejemplo el cambio de fuente de abastecimiento o el traslado del ejercicio del derecho), así como a toda una serie de otras autorizaciones administrativas⁴; *c)* contiene un estatuto relativo a entes relacionados con el agua con poderes jurídico-administrativos: Dirección General de Aguas (DGA) y juntas de vigilancia de ríos⁵, y un estatuto relativo a entes relacionados con el agua con poderes fundamentalmente privados que ejercen atribuciones en obras artificiales, como canales o grandes embalses (asociaciones de canalistas y comunidades de agua).

Ahora, en virtud de las profundas modificaciones derivadas de la Ley N° 21.435 de 2022 (casi un tercio del código fue modificado), se estima que debe agregarse un nuevo literal *d)* correspondiente con amplias funcionalidades ecosistémicas que deben cumplir las aguas, repartidas a lo largo de todo el Código.

⁴ En este punto cabe observar que se considera también relevante el Decreto Ley N° 2.603 de 1979. Ello porque en su artículo 7° contiene una presunción legal respecto de la titularidad del derecho de aprovechamiento de aguas a favor del dueño del inmueble en donde se estén utilizando las mismas. Esto se conecta, evidentemente, con el reconocimiento de usos consuetudinarios respecto de las aguas; así como fundamento para regularizar el derecho mismo en cuanto título formal conforme el artículo 2° transitorio CAg.

Pero esta norma tiene fecha de término, dado que la reforma de la Ley N° 21.435 y la reforma a esa reforma en virtud de la Ley N° 21.586 de 2023 ha puesto fecha de vencimiento a la aplicación de esa presunción para regularizar los títulos de DAA.

⁵ Organizaciones de usuarios de aguas mandatados por el mismo Código de Aguas para realizar la tarea de gestión de las aguas como autoridad pública, en virtud de potestades administrativas establecidas en dicho cuerpo legal.

A lo anterior, cabe agregar una amplia regulación acerca de aspectos vinculados al comercio jurídico privado de los derechos de aprovechamiento de aguas, como transferencias, sistema de garantías o gravámenes como hipotecas y servidumbres; formas de registro de los derechos; determinación del caudal ecológico mínimo; y pago de patentes por no uso.

En fin, un conjunto de acciones de tipo jurisdiccional con respecto de las aguas a que tiene derecho.

C) Complementariamente, la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos (LBPA)

De capital importancia, pues los procedimientos administrativos en materia de aguas son uno de los aspectos cruciales de esta regulación.

Esto se fundamenta en que la LBPA establece con carácter *básico* las condiciones mínimas, principios fundamentales y elementos esenciales que debe cumplir todo procedimiento administrativo⁶, entre ellos, el constitutivo de estos específicos derechos reales administrativos, como es el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas. Y adicionalmente, dado su carácter *general*, completa supletoriamente los vacíos de la regulación sea en general o en particular, para el caso que existiendo una regulación sobre un procedimiento administrativo particular, algún aspecto de este no haya sido normado; en otras palabras, en virtud de este carácter se integran los procedimientos en los cuales falta algún aspecto de la regulación básica⁷.

En el caso particular del CAg existe un procedimiento administrativo —así se denomina incluso el título I del libro II—, destinado a regular todos los procedimientos en materia de aguas en especial su párrafo 1° de *Normas comunes*, pero que en realidad no lo regulan completamente, como por ejemplo en materia de contabilización de plazos o en la amplia materia del sistema de recursos administrativos. Sobre lo mismo, cabe afirmar con claridad que el CAg no regula una serie de aspectos y presupuestos generales del procedimiento administrativo de sus artículos 130 y siguientes, en cuyo caso cobra protagonismo la aplicación de la LBPA y sus principales instituciones, aplicables en este ámbito⁸.

D) Con creciente importancia, la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA)

En especial en lo que dice relación con la calidad y seguridad de las aguas, a través del desarrollo realizado en instrumentos jurídicos secundarios —nivel reglamentario—, incluidos los relativos a calidad y emisión ambientales con efecto fundamentalmente

⁶ CORDERO VEGA, LUIS (2003) *El procedimiento administrativo*. Santiago: Lexis Nexis, p. 55

⁷ CORDERO VEGA, LUIS (2003) 59.

⁸ MORALES ESPINOZA, Baltazar (2005) «Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas». *Actualidad Jurídica* (U. del Desarrollo) N° 11, pp. 233-234.

en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos superficiales. Aquellos inciden sobre todo en lo que dice relación con la gestión o parte operativa del Derecho de Aguas.

2.2.2. *Derecho de aguas especial*

Compuesto por:

A) Régimen jurídico del abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y saneamiento (urbano y rural)

Que tiene un régimen legal compuesto por la Ley general de servicios sanitarios (DFL MOP 382/1988), la Ley de tarifas (DFL MOP 70/1988), la Ley Orgánica de la Superintendencia de servicios sanitarios (Ley 18.902), la Ley de subsidios de agua potable y alcantarillado (Ley N° 18.778), y la Ley de empresas sanitarias estatales (Ley N° 18.885); donde obviamente la primera ley es la que tiene carácter estructural respecto de todo este sistema.

A ellas debe sumarse la Ley N° 20.998 de servicios sanitarios rurales (LSSR), y su Reglamento (D. MOP N° 50/2020) cuya puesta en marcha no ha estado exenta de dificultades⁹.

Cabe agregar, como es posible comprender, un complejo régimen reglamentario —de carácter técnico— compuesto por el Reglamento de la LGSS (D. MOP N° 1199/04), Reglamento de la Ley de tarifas (D. MINECON N° 453/89), Reglamento de la Comisión de expertos tarifarios (D. MINECON N° 385/00), Reglamento sobre adquisición de bienes y servicios en licitación pública (D. MOP N° 214/05), RIDAA de instalaciones domiciliarias de agua potable y alcantarillado (D. MOP N° 50/02), y Reglamento sobre subsidios (D. HACIENDA N° 195/98).

B) Otras regulaciones especiales

— *El D.F.L. N° 237 de 1931 relativo a fuentes termales*: Que constituye un régimen especial de aprovechamiento de esta clase de fuentes.

— *El D.F.L. N° 1.123 de 1981 sobre ejecución de obras de riego por el Estado*: Referido a la construcción de grandes obras hidráulicas por el Estado, en especial los grandes embalses y sus canales matrices derivados.

— *La Ley N° 18.450 de 1985 sobre fomento de la inversión privada en obras de riego y drenaje*: Referida a las ayudas públicas que bajo distintas modalidades se otorgan para la construcción de obras de riego intrapredial (de particulares) o extrapredial (comunitarios), y que ha significado una progresiva tecnificación de la agricultura tradicional. Ello, entre muchas otras, repartidas entre distintas piezas del sistema jurídico.

⁹ Pero esta no será la ocasión de revisarla.

3. LA GRAN REFORMA AL RÉGIMEN GENERAL DE LOS RECURSOS HÍDRICOS CONTINENTALES: EL *NUEVO* CÓDIGO DE AGUAS A PARTIR DE LA LEY N° 21.435 DE 2022 O LA *NUEVA ÉPOCA AMBIENTALIZADA* DEL DERECHO DE AGUAS CHILENO¹⁰

3.1. Consideraciones generales

El régimen general de las aguas en Chile se encuentra codificado en el Código de Aguas de 1981 que ha sido muy destacado en anteriores ocasiones —alabándolo o criticándolo—, pues a través suyo y manteniendo gran parte de la regulación histórica, se ha creado un verdadero «mercado de derechos de agua»; lo que, sin embargo, con escasez estructural, ya no sólo sequía, no ha sido capaz de resolver numerosos problemas en este ámbito.

En ese contexto, el pasado 06 de abril de 2022 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.435 de «Reforma al Código de Aguas», que contiene la modificación más sustantiva realizada al CAg desde la entrada en vigencia de éste en 1981 —apreciación que considera a las importantes reformas de la Ley N° 20.017 de 2005 y Ley N° 21.064 de 2018—, en cuya virtud se modificaron, reemplazaron o introdujeron 101 artículos permanentes y 5 transitorios originales, y se dictaron 18 artículos transitorios de la misma Ley a efectos de la implementación de esta reforma. Valga agregar que, de los 317 artículos originales, se pasó ya a 370 artículos totales en su articulado permanente.

Se estima, entonces, que estamos ante la presencia de un verdadero *nuevo Código de Aguas*, o a lo menos una *nueva época del Derecho de aguas chileno*, toda vez que —como se verá—, los cambios son de tan hondo calado que ya no es posible reconocer el ya antiguo código del '81 (el tercero en la historia republicana de Chile¹¹), y sostener que estamos ante el cuarto código. Se ha tratado, creo que, con éxito, de «des-privatizar» el tratamiento que se realizaba sobre el régimen general de las aguas y en especial de los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA), para hacerlo girar a un régimen esencialmente *administrativizado y ambientalizado*.

De esta manera, se hace necesario un análisis resumido sobre esta reforma, con miras de lo que se dirá a continuación, es decir, en especial su proceso de ambientalización.

¹⁰ ROJAS CALDERÓN, Christian (2023) «Crónica de Chile». TORNOS MAS, J. Director. *Observatorio del ciclo del agua*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 33-51.

¹¹ El primero fue el de 1951, el segundo de 1969, y el tercero de 1981. Mayores antecedentes en VERGARA BLANCO (1998) I. 192-236.

3.2. Del aprovechamiento del agua y sus funciones

El primer tema, dirá relación con las intensas —en apariencia y en realidad—, modificaciones que se hacen al título II del Libro I, pasando de denominarse «Del dominio y aprovechamiento de las aguas», a «Del aprovechamiento de las aguas y sus funciones» lo que ya muestra su orientación. Para ello, se modifican varios artículos e incorporan otros tantos insertándolos en el texto, lo que se puede diseccionar críticamente del siguiente modo.

3.2.1. *Reafirmación del carácter público de las aguas, y orientación a la función de satisfacción del interés público*

El artículo 5 nuevo dispone que, luego de reafirmar que las aguas en cualquiera de sus estados son bienes públicos, se señala que en virtud de la función del interés público —que emana precisamente de la anterior disposición— se constituirán DAA, los que podrán ser limitados en su ejercicio.

Para estos efectos, se comprenden bajo el concepto de «interés público» las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y, en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas. Es decir, se trata de un interés público objetivizado.

Se adiciona en esta parte el reconocimiento expreso al derecho humano al agua, concretizado en el acceso al agua potable y el saneamiento, al que se le califica de esencial e irrenunciable, que debe ser garantizado por el Estado lo cual implica una prestación, sea esta directa sea esta indirecta¹².

Se consagra normativamente, además, la prohibición de constituir DAA en glaciares.

En coincidencia con la Ley N° 19.253. sobre Comunidades Indígenas, en el caso de los territorios indígenas el Estado velará por la integridad entre tierra y agua, y protegerá las aguas existentes para beneficio de las comunidades indígenas, de acuerdo a las leyes y a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

¹² Sobre ello ROJAS CALDERÓN, Christian (2021) «El derecho humano al agua frente a los desafíos de una nueva Constitución Política». LOVERA, D. Director. *Anuario de Derecho Público 2021*, Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 108-112; y ROJAS CALDERÓN, Christian (2022) «Informe de Chile». TORNOS MÁS, Joaquín. Director. *Observatorio del Ciclo del Agua 2021*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 53-64.

3.2.2. *Reconocimientos de funcionalidades del agua, en especial las funciones ambientales*

El artículo 5 bis nuevo, justifica el interés público antedicho en las funciones que cumplen las aguas, comprendiendo las de subsistencia, que incluyen el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia; las de preservación ecosistémica, y las productivas. Agrega la disposición que, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los DAA, siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento.

Fija enseguida un mandato para la Dirección General de Aguas (DGA), toda vez que cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los DAA o la redistribución de las aguas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17, 62, 314 y demás normas pertinentes del Código, debe sujetarse a la priorización indicada.

Resulta muy importante el inciso 6º, toda vez que fija que cuando se concedan DAA para el consumo humano y el saneamiento, solo podrá utilizarse dicha agua para fines distintos en la medida que se destinen a un uso no consuntivo y prevalezca la preferencia del consumo humano y el saneamiento en el ejercicio.

Esto es, se reduce el margen de libre disponibilidad, *desmercantilizando* el agua, lo que se concreta más adelante en una disposición general.

3.3. **Reservas y reasignaciones**

El artículo 5 ter establece que para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas, sin perjuicio de las aguas que queden «liberadas» como consecuencia del término (plazo), caducidad, extinción o renuncia de un DAA, respecto de las cuales podrán ser reservadas por el Estado o puestas a disposición para la constitución de nuevos DAA sobre ellas, especialmente para ser entregadas a prestadores de servicios sanitarios a objeto de garantizar efectivamente el consumo humano y el saneamiento.

Esto es complementado procedimentalmente por el artículo 5 quáter.

Finalmente, en estos nuevos artículos insertados, el artículo 5 quinquies establece —con efectos generales— que los DAA que se otorguen sobre aguas reservadas podrán transferirse, siempre que se mantenga el uso para el cual fueron originariamente concedidos y las transferencias sean informadas a la DGA, con lo cual se denota la administrativización del agua en esta reforma.

3.4. **Nueva conceptualización y tratamiento de los DAA**

Adicionalmente, tratando específicamente los DAA, se modifican varias disposiciones relativas a estos.

3.4.1. Nueva definición y temporalidad

Conforme el nuevo artículo 6, el DAA es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas; y se origina en virtud de una concesión, de acuerdo a las normas procedimentales establecidas en el Código, o por el solo ministerio de la ley.

Ello repite lo que tradicionalmente se ha dispuesto sobre los DAA, innovándose la temporalidad, ya no teniendo la calidad de indefinida, sino que fijada a 30 años, aunque renovable. Con esto, no se hace sino *normalizar* esta concesión administrativa, corrigiendo una anomalía en el marco general de las autorizaciones de este tipo que de manera abrumadoramente mayoritaria son temporales¹³.

En todo caso, por el artículo 1º transitorio de la Ley N° 21.435 todas las titularidades sobre DAA obtenidos antes de la entrada en vigencia de dicha ley, se mantendrán con carácter indefinido.

3.4.2. Medidas ante el riesgo en el ejercicio de los DAA

En los nuevos incisos 5º y 6º del artículo 6, se establece que de existir riesgo de que el ejercicio de los DAA que pueda generar una grave afección al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae —es decir, preventivamente— o, en caso de que este riesgo se haya materializado en daño, la DGA dispondrá la reducción o limitación del ejercicio de dichos DAA, a prorrata entre los titulares.

Adicionan las disposiciones comentadas que, de persistir esta situación y en casos graves y calificados, existe la posibilidad de utilizar la excepcional potestad de suspensión del ejercicio de todos aquellos DAA que provocan el riesgo o afectación; y se fijan seguidamente los parámetros para los efectos de la ponderación del riesgo o de la afectación, a saber: el resguardo de las funciones de subsistencia, consumo humano, saneamiento y preservación ecosistémica.

En esto se nota, este nuevo carácter de la regulación, en específico acá el giro ambientalizador de la reforma.

3.4.3. Extinción de los DAA

Se incorpora el artículo 6 bis, en cuya virtud se establece que los DAA se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del agua, se dispone que en el caso de los DAA *consuntivos* el plazo de extinción será de cinco años, y en el caso de los DAA *no consuntivos* será de diez años.

¹³ El otro caso que sigue teniendo carácter indefinido es el de las *concesiones mineras*, aunque eso está morigerado por la duración de las autorizaciones ambientales de operación (resoluciones de calificación ambiental, RCA) que son temporales.

Estos plazos de extinción se contarán desde la publicación de la resolución que los incluya por primera vez en el listado de derechos de aprovechamiento afectos al pago de patente por no uso. Luego, la contabilización de dichos plazos se suspenderá mientras dure la tramitación de los permisos necesarios para construir las obras de captación de las aguas, y que deban ser otorgados por la DGA o por la Dirección de Obras Hidráulicas.

No obstante, se establece que las solicitudes de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento y las de cambio de punto de captación de éste no provocan la suspensión, salvo cuando dichas solicitudes se deban presentar a consecuencia del cumplimiento de un trámite exigido para la recepción de las obras por parte de la DGA o en otros casos calificados determinados por resolución fundada de esa Dirección, donde se compruebe la diligencia del solicitante.

Asimismo, a petición del titular del DAA, la DGA podrá suspender este plazo hasta por un máximo de 4 años en casos calificados: cuando se encuentre pendiente la obtención de una RCA, cuando exista una orden de no innovar dictada en algún litigio pendiente ante la justicia ordinaria, o cuando se hallen en curso otras tramitaciones que requieran autorizaciones administrativas.

Es importante destacar que acá figura la norma general de *restricción al cambio de uso de un DAA*, estableciéndose que el cambio deberá ser *informado* a la DGA; y luego establece que en caso de incumplimiento de este deber de informar será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 2º a 3º grado conforme lo dispuesto en el artículo 173 ter, es decir, puede ir de 51 a 500 UTM¹⁴. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de constatar que el ejercicio de uno o más DAA, luego de un cambio de uso, causa una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae, la DGA podrá restringir o suspender total o parcialmente el ejercicio del DAA.

3.4.4. Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuenca (PERHC).

Establecido en el artículo 293 bis, en cuya virtud cada cuenca del país deberá contar con un Plan Estratégico de Recursos Hídricos tendiente a propiciar la seguridad hídrica en el contexto de las restricciones asociadas al cambio climático, el cual será público.

Es decir, se circunscribe a los objetivos de enfrentar el cambio climático.

Algo se dirá a continuación.

¹⁴ UTM: Unidad Tributaria Mensual, es una medida usada en operaciones comerciales y oficiales. Actualmente alcanza aproximadamente a 65 euros por cada una.

3.4.5. *Otras*

Hay más muestras de esta ambientalización, como las modificaciones relativas a: DAA para uso doméstico, calificado y complementado; DAA en yacimientos mineros o «derechos de agua del minero»; prohibición para constituir sistemas de drenes y drenajes en zonas determinadas; entre otras. Sin embargo, las vistas son las más estructurales e importantes.

4. LA LEY MARCO DE CAMBIO CLIMÁTICO, Y EL ARTÍCULO 293 BIS DEL CÓDIGO DE AGUAS

4.1. Fundamentos y su conexión con los PERHC del artículo 293 *bis*

Contemporáneamente a la ley de reforma de la regulación de aguas de 2022 — que, como se ha explicado, se materializó en la Ley N° 21.435—, se aprobó otra ley sumamente importante y con un alto impacto en numerosos sectores: se trata de la Ley N° 21.455 de 2022, Marco de Cambio Climático (LMCC).

Esta Ley, LMCC por su naturaleza jurídica tiene un carácter mandatorio para los poderes públicos, construyendo su actuar al logro de los objetivos de dicha norma marco, como son: hacer frente a los desafíos que presenta el cambio climático, transitar hacia un desarrollo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero y otros forzantes climáticos, hasta alcanzar y mantener la neutralidad de emisiones de gases de efecto invernadero al año 2050, adaptarse al cambio climático, reduciendo la vulnerabilidad y aumentando la resiliencia a los efectos adversos del cambio climático, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile en la materia.

En efecto, la LMCC establece como meta que el país sea carbono neutral y resiliente al clima a más tardar el 2050. Además, busca disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero que provoca el cambio climático; adaptarnos a los impactos que generan, por ejemplo, marejadas anormales, aumentos de temperatura, aluviones, sequías, entre otros, y potenciar la seguridad alimentaria, aumentar la disponibilidad de agua y disminuir la contaminación y los riesgos de salud.

En materia hídrica, el artículo 13 de la LMCC —norma «espejo» del artículo 293 *bis*—, mandata el desarrollo de Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuenca (PERHC) para las 101 cuencas del país, la que busca tener una óptima gestión y disponibilidad de agua conforme el artículo 13 de la ley.

Dicha normativa dispone que los PERHC, son los instrumentos que deben desarrollarse por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) que estará encargado de la elaboración de éstos, en conjunto con el Ministerio del Medio Ambiente; de Agricultura; de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, de Relaciones Exteriores

cuando comprenda cuencas transfronterizas, y de los comités regionales para el cambio climático (CORECC) respectivos.

Estos instrumentos tienen por objeto *contribuir con la gestión hídrica*, identificar las brechas hídricas de agua superficial y subterránea, establecer el balance hídrico y sus proyecciones, diagnosticar el estado de información sobre cantidad, calidad, infraestructura e instituciones que intervienen en el proceso de toma de decisiones respecto al recurso hídrico y proponer un conjunto de acciones *para enfrentar los efectos adversos del cambio climático sobre el recurso hídrico*, con el fin de resguardar la seguridad hídrica.

Dicho artículo —en un hecho prácticamente inédito—, tiene prácticamente el mismo texto que el artículo 293 bis del Código de Aguas.

Dichos objetivos no son los propios ni principales de la regulación hídrica.

Por consiguiente, si bien se trata de una incrustación razonable en el marco de una ambientalización de la regulación de aguas, que permite o fundamenta una nueva etapa de desarrollo disciplinar, eso queda a medio camino cuando no se hace coincidir con otros elementos, instrumentos o institucionalidad pertinente para enfrentar esa clase de desafíos.

La más relevante manifestación de esta ambientalización se encuentra en los PER-HC, establecidos en el artículo 293 bis del Código de Aguas, incorporado por la Ley N° 21.435 de 2022 de reforma¹⁵.

Dicha norma establece:

Cada cuenca del país deberá contar con un Plan Estratégico de Recursos Hídricos tendiente a propiciar la seguridad hídrica en el contexto de las restricciones asociadas al cambio climático, el cual será público. Dicho plan será actualizado cada diez años o menos, y deberá considerar a lo menos los siguientes aspectos:

1. La modelación hidrológica e hidrogeológica de la cuenca.
2. Un balance hídrico que considere los derechos constituidos y usos susceptibles de regularización; la disponibilidad de recursos hídricos para la constitución de nuevos derechos, y el caudal susceptible de ser destinado a fines no extractivos.
3. Un plan de recuperación de los acuíferos cuya sustentabilidad, en cuanto a cantidad y calidad físico química, se encuentre afectada.
4. Un plan para hacer frente a las necesidades futuras de recursos hídricos con preferencia en el consumo humano. Una evaluación por cuenca de la disponibilidad de implementar e innovar en nuevas fuentes para el aprovechamiento y la reutilización de aguas, con énfasis en soluciones basadas en la naturaleza, tales como, la desalinización de agua de mar, la reutilización de aguas grises y servidas, la recarga artificial de acuíferos, la cosecha de aguas lluvias y otras. Dicha evaluación incluirá un análisis de costos de las distintas alternativas, la identificación de los potenciales

¹⁵ Específicamente, encuentra su fundamento en indicaciones de parlamentarios, conforme la Historia de la Ley en el Boletín N° 7.543-12 de 28 de julio de 2021, correspondiente a «indicaciones presentadas durante la discusión en general del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que reforma el código de aguas». Se presentó como indicación N° 18 de los Senadores señoras Allende y Muñoz, y señor Latorre. Biblioteca del Congreso Nacional (en línea) «Historia de la Ley N° 21.435». Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7988/>

impactos ambientales y sociales para una posterior evaluación, y las proyecciones de demanda para consumo humano a diez años.

5. Un programa quinquenal para la ampliación, instalación, modernización y/o reparación de las redes de estaciones fluviométricas, meteorológicas, sedimentométricas, y la mantención e implementación de la red de monitoreo de calidad de las aguas, de niveles de pozos, embalses, lagos, glaciares y rutas de nieve.

6. Adicionalmente, en el evento de que se hayan establecido en la cuenca los planes de manejo a los que hace referencia el artículo 42 de la ley N° 19.300, deberán incorporarse al respectivo Plan Estratégico de Recursos Hídricos.

El referido Plan deberá ser consistente con las políticas para el manejo, uso y aprovechamiento sustentables de los recursos naturales renovables a los que hace referencia la letra a) del artículo 71 de la ley N° 19.300.

Un reglamento dictado por el Ministerio de Obras Públicas establecerá el procedimiento y los requisitos específicos para confeccionar los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en cuencas.

En estricto rigor, se trata de una norma de naturaleza jurídica ambiental, insertada en el Código de Aguas. Por eso su relevancia para lo que estamos explicando.

Se trata de elaborar planes con objetivos bien modestos, aunque igualmente desafiantes: propiciar la seguridad hídrica en el contexto de las restricciones asociadas al cambio climático.

Entonces, esos PERHCs sólo resultan ser un mecanismo de adaptación al cambio climático; y se estima que es resultante más bien de la Ley N° 21.455 de 2022, Marco de Cambio Climático (LMCC), específicamente el artículo 13 de dicha ley, siendo una norma «espejo» del artículo 293 bis CAg.

4.2. En este contexto, el Reglamento sobre planes estratégicos de recursos hídricos en cuenca (PERHC), sus consecuencias y lo que falta

4.2.1. El Reglamento

Con fecha fue publicado en el Diario Oficial el D.S. N° 58/2023¹⁶, denominado «Reglamento que establece el procedimiento para la elaboración, revisión y actualización, así como el monitoreo y reporte de los planes estratégicos de recursos hídricos en cuencas».

Al respecto, el reglamento fue dictado en el marco de la reforma al Código de Aguas, específicamente en virtud del artículo 293 bis, y del artículo 13 de la Ley N° 21.455 Marco de Cambio Climático, razón por la cual el Reglamento tiene un carácter marcado de instrumento de gestión de cambio climático a nivel local.

En cuanto a su contenido, el Reglamento establece el:

a) objeto: establecer el procedimiento para la elaboración, revisión y actualización, así como el monitoreo y reporte de los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos

¹⁶ Es de 03 de abril de 2023, pero publicado en el Diario Oficial el 04 de enero de 2024.

en Cuencas, y las etapas de participación ciudadana, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 293 bis del Código de Aguas y 13 de la LMCC;

b) principios orientadores de la aplicación del Reglamento: los contenidos en el artículo 2 de la LMCC; y

c) una serie de definiciones relevantes, para los PERHC.

En cuanto a su configuración orgánica, se distinguen tres niveles de actores:

x) Encargados de la elaboración: el Ministerio de Obras Públicas por intermedio de la Dirección General de Aguas;

y) Mesa Estratégica de Recursos Hídricos de la Cuenca: representantes de los órganos encargados y por actores de la cuenca o agrupación de cuencas; y

z) Actores de la Cuenca: conformados por un representante del consejo regional, de las municipalidades de la cuenca, del Servicio Nacional de Prevención y Respuesta ante Desastres (SENAPRED); de las juntas de vigilancia respectivas o, en su defecto, otras organizaciones de usuarios de aguas; de las empresas o asociaciones productivas o asociaciones gremiales con usos intensivos de aguas dentro de la cuenca y que no sean parte de una junta de vigilancia u otra organización de usuarios de la cuenca, de las empresas de servicios sanitarios, de los servicios sanitarios rurales, de los centros de investigación o universidades con estudios o iniciativas de investigación en la cuenca, de los pequeños productores agrícolas y campesinos, y de las organizaciones con personalidad jurídica sin fines de lucro, con presencia en la cuenca que tengan por objeto la protección del medio ambiente o la promoción del derecho humano al agua y al saneamiento.

Las etapas procedimentales de los Planes se corresponden a:

- i) Elaboración;
- ii) Diagnóstico;
- iii) Priorización de medidas;
- iv) Implementación y seguimiento; y
- v) Revisión y actualización.

Por último, se establecen los aspectos transversales a los PERHC, como la participación ciudadana y el enfoque de género, como también la vinculación de este instrumento con otras políticas sectoriales.

4.2.2. *Declaración expresa de no constituir un instrumento rector para la planificación hidrológica*

En efecto, en el artículo 3 del Reglamento —de definiciones—, se encuentra la clave toda vez que al definir los PERHCs y el declarado objetivo, la seguridad hídrica, la circunscribe a ser un instrumento para la adaptación al cambio climático.

En efecto, el artículo 13 literal j) define los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas como:

(...) instrumentos de gestión de cambio climático de nivel local que tienen por objeto contribuir con la gestión hídrica, identificar las brechas hídricas de agua superficial y subterránea, establecer el balance hídrico y sus proyecciones, diagnosticar el estado de información sobre cantidad, calidad, infraestructura e instituciones que intervienen en el proceso de toma de decisiones respecto al recurso hídrico y proponer un conjunto de acciones para enfrentar los efectos adversos del cambio climático sobre el recurso hídrico, con el fin de resguardar la seguridad hídrica.

Cada cuenca del país deberá contar con un Plan Estratégico de Recursos Hídricos tendiente a propiciar la seguridad hídrica en el contexto de las restricciones asociadas a cambio climático, el cual será público. Dicho plan será actualizado cada diez años o menos, y deberá considerar los aspectos que ahí se mencionan, conforme a lo señalado en el artículo 13 LMCC.

Y luego, el mismo artículo 3º del Reglamento, pero ahora en el literal l) define la Seguridad hídrica como:

posibilidad de acceso al agua en cantidad y calidad adecuadas, considerando las particularidades naturales de cada cuenca, para su sustento y aprovechamiento en el tiempo para consumo humano, la salud, subsistencia, desarrollo socioeconómico, conservación y preservación de los ecosistemas, promoviendo la resiliencia frente a amenazas asociadas a sequías y crecidas y la prevención de la contaminación.

Muestra evidente de su especificación, es la identificación de medidas que se propone deben tomarse, establecidas en el artículo 21 del Reglamento PERHC, a saber:

a) Medidas para hacer frente a las necesidades presentes y futuras de consumo humano, conservación y preservación de la naturaleza.

b) Medidas para la recuperación de acuíferos cuya sustentabilidad se encuentre afectada o haya riesgo de afectación.

c) Medidas destinadas a la ampliación, instalación, modernización y/o reparación de redes de monitoreo.

d) Medidas concretas para hacer frente a los efectos adversos derivados del cambio climático, tales como sequías, inundaciones y pérdida de calidad de las aguas, entre otras; e información que propenda a reducir la incertidumbre sobre los efectos del cambio climático.

e) Medidas destinadas a solucionar la falta de información para propender a una toma de decisiones informada, considerando a lo menos información necesarias para la definición de indicadores de estado.

De esta manera es claro que este arreglo institucional es insuficiente orgánica y funcionalmente; que sólo es específico referido a la adaptación al cambio climático; y no se estructura sobre estimaciones de oferta y demanda de agua, previsiones futuras, normas de calidad, caudales ecológicos, protección de acuíferos, régimen económico-financiero, y obras hidráulicas a desarrollar, entre otros, como es lo propio de la planificación hidrológica¹⁷.

¹⁷ EMBID IRUJO, ANTONIO (2007) «Planificación hidrológica». EMBID IRUJO, A. Director. *Diccionario de Derecho de aguas*. Madrid: Iustel, p. 768.

4.2.3. *Consecuencias y lo que evidentemente falta*

A partir de lo analizado es posible sostener que acá no hay ni por asomo arreglos institucionales para la generación de consejos de cuenca, ni tampoco planificación hidrológica.

En *primer término*, esto se afirma toda vez que ni en la ley ni en el reglamento hay una sola línea acerca de consejos de cuenca ni sobre planificación hidrológica, sea que se usen dichos conceptos u otros en equivalencia. Lo que hay es el establecimiento de un mecanismo de elaboración de planes enfocados en la adaptación al cambio climático.

En *segundo lugar*, las características y condiciones propuestas por la doctrina y las recomendaciones de organismos internacionales no figuran en ningún sentido. Ello se explica porque no hay arreglo institucional o implementación de organismos y/o medidas propiamente hídricas en estas reformas y constituye una oportunidad perdida. La promesa que con lo modificado legalmente y reglamentado, iba a ser suficiente para crear las condiciones para que existieran consejos de cuenca y planificación hidrológica, no se ha cumplido.

Y en *tercero y final*, en este orden se estima preciso reiterar que para que haya planificación hidrológica y unos consejos de cuenca encargados de ser sede matriz de la discusión acerca de ella, debe considerarse que la misma debe: jurídicamente obligatorio, lo que implica insertarlo normativamente dentro del sistema de fuentes no como acuerdos sino que exigibles en base a la ley; carácter preventivo; ser parte de una política pública nacional; concretada en el ámbito territorial; elaborada colaborativamente y con la concurrencia de entidades competentes; ser un proceso realizado en un marco de publicidad y transparencia general, y concretamente en la elaboración de la planificación; con duración determinada del proceso de elaboración y de duración misma del plan; con eficiencia y eficacia; considerando que se trata de un instrumento jurídico flexible y adaptable; y que considere también previsiones ante riesgos de desastres, para lo cual debiera ser muy relevante el uso de la metodología denominada Regulación Basada en Riesgos (RBR).

5. CONCLUSIONES

Al finalizar este trabajo es posible sostener:

1) Luego de la reforma al Código de Aguas en virtud de la Ley N° 21.435 de 2022 se ha producido efectivamente una ambientalización del Derecho de Aguas chileno. Y ello se ha concretado especialmente en la modificación de normas que han incorporado el componente ambiental en numerosos aspectos nucleares de su régimen jurídico.

2) Especial significancia para esa ambientalización es el artículo 293 bis (nuevo) que contiene el mandato para dictar PERHC que constituye prácticamente una promesa de planificación hidrológica.

Aquello ha sido así afirmado por las autoridades públicas, visualizándolo o proyectándolo como un mecanismo o instrumento o arreglo institucional que permitirá insertar los consejos de cuenca con la finalidad de consagrar una efectiva planificación hidrológica.

3) No obstante, existe un claro déficit regulatorio e institucional, que está determinado por problemas o inconsistencias.

Si bien se trata de una incrustación razonable en el marco de una ambientalización de la regulación de aguas, que permite o fundamenta una nueva etapa de desarrollo disciplinar, eso queda a medio camino cuando no se hace coincidir con otros elementos, instrumentos o institucionalidad pertinente para enfrentar esa clase de desafíos.

En particular añadir un elemento más a la matriz disciplinar del Derecho de Aguas chileno, y entonces en vez que —valga la metáfora— esas aguas dancen coordinadamente en un río regulatorio, lo que se hace es añadir elementos de manera forzosa en especial éste, como si se tratara de un torrentoso caudal normativo adicional que no toma en cuenta el resto de los elementos ni su recipiente para permitirle fluir armónicamente.

4) Entonces, hay una nueva matriz para el Derecho de Aguas chileno, que profundiza su administrativización y lo ambientaliza; pero esta se encuentra incompleta toda vez que no hay arreglos institucionales destinados a la instalación de consejos de cuenca ni planificación hidrológica, sino sólo mecanismos para establecer planes para enfrentar y adaptarse al cambio climático.