

**JUAN CASTRO**  
**SENADOR**

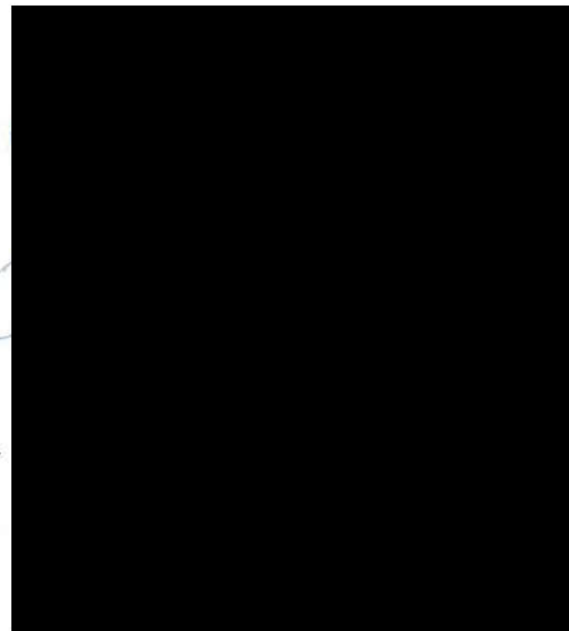
**ASESORÍA TÉCNICA PARLAMENTARIA**

**EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA HÍDRICA EN CHILE**  
**SEGUNDA PARTE**

**Nuevo marco constitucional, estatus del derecho de aprovechamiento y  
problemáticas abordadas (1980-2022).**

Informe preparado por  
Juan José Valdés

Talca, Mayo de 2024



## **Contenido**

1. Contexto // 2. Pilares del Código vigente: Decreto de Ley 2603 de 1979 y Constitución de 1980, Artículo 19, n° 24 // 3. Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 del Ministerio de Justicia o Código de Aguas de 1981 // 4. Ley n° 18.405 de 1984: conflictos interprediales // 5. El ejecutivo ingresa iniciativa para modificar el Código de Aguas, año 1992 // 6. Ley N° 20.017: Reforma al Código de Aguas del año 2005 // 7. Ley N 21.064 de 2018: modifica materias de fiscalización y sanciones // 8. Modificaciones recientes y discusión // 9. Observaciones sobre proceso constituyente fallido.

### **1.Contexto.**

Según se estableció en la primera entrega anterior, la incertidumbre relativa a la disponibilidad de agua para actividades productivas y el consumo humano, se ha hecho parte de nuestra realidad hídrica estructural,

En esta entrega, abordaremos los últimos 40 años de la discusión sobre la regulación del uso del agua, en sus diferentes momentos de la agenda nacional. El giro legislativo, en esta etapa, vendrá determinado por demandas de comunidades, organizaciones medioambientales, la industria minera, la industria energética y la agricultura, que han tendido a disputarse el acceso a un recurso que se percibe, cada vez más, como sumamente escaso.

Al respecto, el poder legislativo a ejercido, en ocasiones, como mediador de intereses en este conflicto, al promover nuevas normas y una actualización del Código de Aguas, cuyas tramitaciones se han caracterizado por su complejidad y lentitud. Mientras que, en lo reciente, el poder constituyente fracasó en su voluntad para refundar *Ad nutum* el marco normativo vigente en la Constitución.

## **2. Pilares del Código vigente: Decreto de Ley 2603 de 1979 y Constitución de 1980, Artículo 19, n° 24.**

Como se ha mencionado brevemente en el apartado final de la primera parte de esta asesoría, el Decreto de Ley N° 2603<sup>1</sup>, del Ministerio de Agricultura, de 1979, es el primer acto legislativo relevante posterior a la Reforma Agraria, que establece con claridad el *animus possidendi* de la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento de agua, marcando una diferencia con la tendencia anterior que otorgaba al Estado un amplio dominio material y jurídico de las aguas, según lo constataba la Reforma en el artículo 12 del Código de 1969.

Este Decreto de Ley, anticipa en parte el espíritu de la distinción entre lo público y lo privado que se consagra en la Constitución de 1980 y las normas que le siguieron, al restituir la definición de “aprovechamiento”. En particular, su artículo 1° lo define como "un derecho real que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas, en beneficio particular, con los requisitos y en conformidad a las disposiciones de esta ley."

De forma seguida, el asunto se cierra y consolida en el artículo 19, n° 24 de la Constitución de 1980, que versa sobre el derecho a la propiedad, y que en su inciso final establece 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.”, con lo que se restablece la propiedad sobre los derechos de agua.

## **3. Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 del Ministerio de Justicia o Código de Aguas de 1981**

---

<sup>1</sup> DECRETO LEY 2603 MODIFICA Y COMPLEMENTA ACTA CONSTITUCIONAL N° 3; Y ESTABLECE NORMAS SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y FACULTADES PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN GENERAL DE LAS AGUAS. 1979

Es la legislación de aguas que, con modificaciones constantes en el tiempo, rige en nuestro país hasta el día de hoy. Su naturaleza jurídica está fundamentada en la teoría económica de libre mercado postulada por Milton Friedman. En ella, se pone al centro de la estrategia productiva la propiedad privada de los derechos de aprovechamiento de aguas, enmarcada en la lógica del libre mercado orientado al crecimiento constante de la economía y en la cual el Estado desempeña un rol subsidiario.

Según el investigador español Gabriel Caldes, la reforma del 81, “incorporó una serie de cambios orientados a crear las condiciones para su adaptación a la nueva economía, como separar el agua de la tierra, eliminar la prioridad del consumo humano y tal vez el más importante, cambiar el derecho de aprovechamiento de agua de un derecho administrativo, que se relaciona con una concesión transitoria, a ser un derecho real indefinido, que otorga un tipo de propiedad privada a sus usuarios”<sup>2</sup>.

Tras la lógica expresada opera el supuesto de que uso del agua mejora su eficiencia cuando se le designa, a través de las reglas del libre mercado, un valor y un precio real. Entonces, los derechos de aprovechamiento son considerados un derecho real de dominio, y se cancelan las restricciones para su enajenación, privando al Estado de su autoridad administrativa sobre ese derecho de aprovechamiento.

Se establece que las aguas son bienes nacionales de uso público, sin que esto signifique impedimento para conceder a los particulares derechos de aprovechamiento sobre esas aguas. El aprovechamiento de derechos de agua, es definido como un derecho real, similar al de dominio civil, cuyo titular puede usar, gozar y disponer de él como se haría con cualquier otro bien susceptible de apropiación privada, según dicta el artículo 10 N° 24 de la Constitución Política del Estado.

---

<sup>2</sup> <https://www.iagua.es/blogs/gabriel-caldes/codigo-agua-no-solucion-a-problema-hidrico>



Esta característica, abre la puerta a dobles interpretaciones, habiendo críticos que sostienen que es en sí una paradoja, al permitir la comercialización de un bien antes definido como inalienable, en su carácter de bien nacional de uso público.

Así, la norma permitía ser propietario de derechos de agua sin tener tierras o industria alguna al cual destinarlos. También se eliminaba la distinción entre concesión provisoria y definitiva, por lo que el titular no está obligado a acreditar el uso real y efectivo del recurso que posee, ni tampoco a realizar obras de aprovechamiento. Por lo tanto, su no uso no trae aparejada una sanción, salvo la suspensión del derecho, establecida en la modificación reciente al Código.

Al respecto, la legislación norteamericana establece el cese de los derechos de aprovechamiento cuando no se les da un uso beneficioso y efectivo a las aguas. Esta medida ha demostrado ser incluso un incentivo eficiente en el mercado del agua,

Si se presentan varias solicitudes sobre las mismas aguas y no existen recursos para satisfacer todos los requerimientos, su otorgamiento se resolverá por remate al mejor postor. (Artículos 142 y siguientes del Código de Aguas). También, en orden a la lógica de libre mercado, los organismos del Estado son despojados de su autoridad administrativa sobre las aguas y de sus potestades para el manejo y desarrollo del recurso. De esta forma, los órganos como la DGA cumplen un rol de fiscalización pasiva y apoyo técnico, pues dejan de contar con los instrumentos administrativos para realizar planificaciones estratégicas sobre el recurso.

A diferencia de la legislación anterior, deja de operar una priorización en cuanto a los diversos usos del agua con la que se determine el otorgamiento de los derechos en los casos en que se presentan varias solicitudes sobre las mismas aguas. En estos casos se resuelve por medio de remate al mejor postor.

También se establecen aquí, en sus artículos 12, 13 y 14 los asuntos referidos a la distinción entre derechos consuntivos y no consuntivos de la siguiente forma:

ARTICULO 12°- Los derechos de aprovechamiento son consuntivos o no consuntivos; de ejercicio permanente o eventual; continuo, discontinuo o alternado entre varias personas.

ARTICULO 13°- Derecho de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad.

ARTICULO 14°- Derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho.

Las críticas al Código del 81, también acusan problemas en la asignación de recursos hídricos, que han derivado en varias inactivas para modificarlo. En particular, los opositores al Código estiman que ha favorecido el acaparamiento y la especulación financiera en materia de recursos hídricos.

#### **4. Ley n° 18.405 de 1984: conflictos interprediales**

Se trata de una modificación relevante, en cuanto derogó los artículos 7 y 8 de 1979, que suponían la posibilidad de apropiarse indebidamente de derechos de aguas y permitían dictar sanciones desmedidas para omisiones de contrato de venta. Estos cambios obedecen a la necesidad de detener los conflictos interprediales que proliferaron tras ser dictada la regulación.

#### **5. El ejecutivo ingresa iniciativa para modificar el Código de Aguas, año 1992**

El gobierno de Patricio Aylwin promueve, a partir de 1992, una reforma sustancial al Código, en función las tensiones acumuladas en torno a la cuestión jurídica de la “propiedad del aprovechamiento”. las cuales se desprenden de los objetivos fundamentales de la propuesta declarados en el mensaje presidencial:

- a. Regular la acumulación monopólica de derechos de aprovechamiento de aguas.
- b. Facilitar el acceso equitativo
- c. Desarrollar una estrategia hídrica nacional
- d. Estimular el uso racional del recurso
- e. Conservación y protección de los cauces
- f. Avanzar hacia la recuperación de las
- g. Establecer el uso obligatorio de las aguas y exigir justificaciones ante las solicitudes de derechos de aprovechamiento.

La discusión parlamentaria sobre estos puntos principales, se extendió largamente, derivando aristas hacia otras mociones y inyectando altas dosis de complejidad al proceso legislativo en cada etapa de su tramitación.

#### **6. Ley N° 20.017: Reforma al Código de Aguas del año 2005.**

Tras 15 años de negociación y trámites, e aprobó una reforma sustancial al Código de Aguas de 1981, con el objetivo de responder, en parte, a las demandas de un sector de la ciudadanía por equidad social y protección medioambiental.

Si bien hay cierto acuerdo en que el Código del 81 generó eficiencia en la explotación y aumento significativo de las inversiones, también lo hay en que las cuantiosas asignaciones de derechos de aprovechamiento derivaron en monopolios sobre el excedente del recurso, lo que finalmente permitió aprobar las modificaciones. Entre las más relevantes de ésta reforma están:

- a. El Presidente de la República podrá excluir a las aguas del mercado de bienes en situaciones de excepcionales con el fin de resguardar el interés público.



b.La DGA resguardará aspectos medioambientales en los procesos en que se otorgan nuevos derechos de aprovechamiento.

c.Se comienza a cobrar una tasa de licencia sobre los derechos de agua que se encuentren si uso efectivo.

d.Limitación de solicitudes de nuevos derechos de aprovechamiento, en orden de impedir el monopolio y la especulación financiera.

En adelante, tras la promulgación de las nuevas solicitudes de derechos sobre el agua se tramitarán en la DGA. Cuando exista competencia, o sea varias solicitudes sobre las mismas aguas, se resolverá mediante licitación al mejor oferente (cambia remate por licitación, pero en la práctica es básicamente lo mismo).

Así también se otorgan facultades nuevas a la DGA, que en adelante será el organismo encargado de hacer acopio de la información relativa al recurso a través del Registro de Aguas.

#### **7. Ley N 21.064 de 2018: modifica materias de fiscalización y sanciones**

Destaca aquí, según los analistas, que se contó con la disposición y el acuerdo de todos los sectores políticos que concurrieron a la discusión con una visión de Estado.

Su primera aplicación ocurrió en los días 6 y 7 de junio del año 2018 en la Provincia de Petorca, región de Valparaíso. Era la primera vez que se aplicaban de manera organizada y masiva por parte de la Dirección General de Aguas las nuevas normas en materia de fiscalización y sanciones. (El Mostrador, 10 de junio de 2019)

Sin embargo, la acción dejó serias dudas, a partir del fallo dictado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso al conocer la causa Rol N° 55- 2018 (el que no fue



impugnado), por el cual, dejó sin efecto una resolución de la DGA de Valparaíso que aplicó una multa equivalente a \$47.914.670, sin haber establecido un término probatorio que permitiera a la parte denunciada realizar sus descargos.

## **8. Modificaciones recientes y discusión**

El grueso del Código de Aguas de 1981 funcionó hasta 2023. Pero con la aprobación y entrada en vigor de la ley 21.435, se materializaron cambios relevantes, que se resumen a continuación:

- A. Reconocimiento expreso del derecho humano al acceso al agua y al saneamiento
- B. Limitaciones al ejercicio de derechos de aprovechamiento
- C. Temporalidad de los Derechos de Aprovechamiento
- D. Vigencia de los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos con anterioridad y procedimiento de regularización
- E. Implementación de Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en cuencas
- F. Creación de un fondo para la investigación
- G. Establecimiento de un caudal ecológico mínimo
- H. Limitaciones para el uso del agua en la minería

En enero de 2020: Por unanimidad Comisión de Agricultura del Senado aprobó concesiones temporales de aprovechamientos de aguas y extinción por no uso.

Sin embargo, la tensión de la discusión estuvo marcada por desacuerdos por parte del gobierno (S. Piñera), en los siguientes puntos:

- a. Cambiar derechos permanentes por concesiones.
- b. Cambiar “dueños de aprovechamiento” por “titulares”
- c. Agregar condiciones de caducidad para los derechos ya adquiridos.

La posición del sector privado en dicho momento se resume en el Documento “Alerta”, difundido en julio de 2019. Ahí se establece que la vulneración del derecho a la propiedad precariza la certeza jurídica, la cual sería el eje fundamental para la inversión en Chile y, por lo tanto, el motor de la estabilidad económica y social alcanzada por el país.

Dicho de otra forma, la certeza jurídica que entrega el actual código de aguas determina el volumen de las inversiones, pues les entrega seguridad. Cambiarlo de forma radical, se dice, tendría consecuencias negativas para el modelo económico.

Así, el sentido del texto es advertir el riesgo que se está corriendo y la irresponsabilidad política al promover cambios normativos sin medir las consecuencias.

Mientras que el gobierno, cuestionó la constitucionalidad de los cambios, operando con relativo éxito a través del TC. El Ejecutivo, por medio de la DGA ha expuesto su posición en lineamientos similares a los expuestos por la Sociedad Nacional de Agricultura y otros firmantes de Alerta, al poner en valor la propiedad privada de las aguas, la consecuente certeza jurídica que entrega y, por lo tanto, su relevancia para el modelo basado en un alto volumen de inversión.

Por otro lado, a favor de las modificaciones, desde los sectores moderados y de centro, se insistía en la necesidad de articular cambios sustantivos al Código de Aguas, argumentando que de no hacerlo, el problema se agudizará, obligando a que en el futuro las restricciones al Código deberán ser aún más estrictas, como consecuencia de la escasez y sus repercusiones sociales y económicas.

El sector medioambientalista, por su parte, argumentó que es prioridad la protección de los ecosistemas, pues éstos determinan la factibilidad de nuestra supervivencia como especie. Acusó al Gobierno de tener un discurso medioambientalista superficial y sin convicción y de no hacer caso a los datos científicos. Declaró en ese entonces, que “las tácticas dilatorias del gobierno, con múltiples y complejas indicaciones complican una

especie. Acusó al Gobierno de tener un discurso medioambientalista superficial y sin convicción y de no hacer caso a los datos científicos. Declaró en ese entonces, que “las tácticas dilatorias del gobierno, con múltiples y complejas indicaciones complican una expedita tramitación”. Aboga, al igual que el sector moderado, que, de seguir retrasando el cambio normativo, la crisis se seguirá profundizando. Desde las organizaciones se planteó una agenda que asume el tema “agua” como parte fundamental de la discusión constitucional, buscando darle el estatus de Derecho Humano Fundamental.

Finalmente, los sectores de la izquierda movilizada, que alberga distintas organizaciones y actores, cuyo canal es la prensa independiente (y en menor medida los medios tradicionales), desarrolló la llamada “tesis del saqueo o teoría de la usurpación”, según la cual la privatización de recursos naturales es parte de una estrategia tecnopolítica diseñada por los economistas de la Escuela de Chicago que permitiría la acumulación constante de capital en manos de acotados grupos empresariales. Según esta tesis, era fundamental el control del aparato normativo por parte del Estado, con el fin de administrar y regular los recursos hídricos, para lo cual resultaría imperativo desplazar al mercado a un rol de segundo plano. A pesar de tales desencuentros, las modificaciones resultantes se han descrito como racionales y prudentes.

## **9. Observaciones sobre proceso constituyente fallido: ¿agua para quién?**

El espíritu original del primer proceso constituyente contemplaba la participación transversal de todos los sectores de la sociedad chilena. Con ese ánimo, muchas agrupaciones de agricultores convocaron a los constituyentes para dialogar, e hicieron llegar a la Convención sus necesidades y preocupaciones.

Sin embargo, sus aportes e inquietudes no fueron considerados y el texto final propuesto contiene normas que perjudican directamente a agricultores pequeños y medianos.



productivos del recurso, propios de la agricultura. Esto gatilló una serie de preocupaciones en el mundo rural, desde el cual se proyectaban impactos negativos no considerados en la discusión técnica:

1. Se establecía un nuevo estatus de protección animal, que amenazaba con la desaparición de prácticas culturales tradicionales del mundo rural, como el rodeo, entre otras.

Artículo 23: “De los animales. Los animales son sujetos de especial protección. El Estado los protegerá, reconociendo su sintiencia y el derecho a vivir una vida libre de maltrato”.

2. Se daba fin al sistema basado en derechos de aprovechamiento de agua, que se reemplaza automáticamente por autorizaciones de uso temporales que la autoridad entregará según criterios que aún no están claros. Además, se van a redistribuir todos los derechos de agua actualmente en uso, priorizando la protección y conservación del recurso.

Artículo 12 B.- “Tratándose de los bienes comunes naturales que sean inapropiables, el Estado deberá preservarlos, conservarlos y, en su caso, restaurarlos. Deberá, asimismo, administrarlos de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa. Respecto de aquellos bienes comunes naturales que se encuentren en el dominio privado, el deber de custodia del Estado implica la facultad de regular su uso y goce, con las finalidades establecidas en el artículo primero”.

3. Esto implicaría que el derecho de aprovechamiento de agua dejaría de ser un bien intercambiable, ya que no constituiría propiedad para el usuario. Como consecuencia, los agricultores y demás usuarios que hubiesen invertido en derechos de agua, habrían perdido su inversión. Con ello, no podrían optar a préstamos bancarios utilizando como respaldo los derechos de agua, cuyo procedimiento se ha normalizado entre los agricultores. Este cambio no contempló, tampoco, un periodo de ajuste prudente ni compensaciones a quienes perdiesen su inversión.

Artículo 12 D.- “El Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables, conforme a la ley, de manera temporal, sujeto a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. Estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad”.

En cuanto a la discusión previa al plebiscito de salida, las vocerías del sector del apruebo afirmaban que el Estatuto de Aguas que contenía el borrador constitucional corregía la norma vigente, que, declaraban comprende el agua como un bien transable con concesiones a perpetuidad, mientras que en contraposición, el texto propuesto aseguraba la calidad del agua como derecho humano.

Con esa afirmación, se invisibilizaban los alcances de normas vigentes, como el reconocimiento del agua como derecho humano, presente en el artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile, en la ratificación de varios tratados internacionales y en el texto actualizado del Código de Aguas. Al mismo tiempo se omitían las modificaciones recientes y en curso a la norma, que avanzan en esa dirección. Pues si bien el antiguo Código de Aguas demostró que daba lugar a abusos por parte de empresas en perjuicio de las comunidades y pequeños usuarios agrícolas, la solución de este problema concitó previamente un trabajo legislativo que permitió la reforma al Código, con la cual se logró abordar los principales vicios de la antigua normativa.

Si bien el Código de 1981 permitió el surgimiento de un mercado especulativo, la reforma parlamentaria lo desarticuló, y prohibió la perpetuidad de las concesiones, estableciendo una serie de condiciones a favor del consumo humano, finalizando así con un negocio impropio.