

El interés público como elemento determinante de la nueva fisonomía legal de los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile

Public interest as a determining element of the new legal physiognomy of water use rights in Chile

Tatiana Celume Byrne¹

Se analizan los efectos que, sobre los objetivos de la publicación del recurso hídrico, han producido los cambios en la configuración del derecho de aprovechamiento de aguas. Para ello se estudian la temporalidad del derecho, la priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento, la obligación de inscribir, el uso efectivo de las aguas y la variable ambiental incorporada al derecho de aprovechamiento, bajo la órbita del concepto del interés público incorporado, recientemente, en la legislación nacional.

Palabras clave: derecho de aprovechamiento de aguas, publicación, priorización, temporalidad, uso efectivo.

The effects that, on the objectives of the publication of the water resource, have produced the changes in the configuration of the right of water use are analyzed. For this, the temporality of the right, the prioritization of the use of water for human consumption and sanitation, the obligation to register, the effective use of water and the environmental variable incorporated into the right of use are studied, under the orbit of the concept of the public interest incorporated, recently, in the Chilean legislation.

Keywords: water right, publication, prioritization, temporality, effective use.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián, Santiago de Chile. Dirección postal: Bellavista, 7, Recoleta, Santiago de Chile. Correo electrónico: tatiana.celume@uss.cl.

Este artículo se enmarca dentro del proyecto anillo de investigación, ATE 220047, denominado: "La crisis social del agua: desarrollo de modelos de gobernanza colaborativa en el contexto de la mega-sequía en la zona centro-sur de Chile", del cual la autora es Investigadora Principal.

Artículo recibido el 13 de septiembre de 2023 y aceptado el 20 de noviembre de 2023.

Introducción

En los últimos cuarenta años, el derecho de aprovechamiento de aguas (DAA) ha sido considerado una titularidad perpetua, cuya asignación no era priorizada, no estaba afecta a la condición de uso efectivo (salvo para el pago de un tributo ya que el pago de la patente por no uso de las aguas se incorporó al ordenamiento jurídico de las aguas a partir de la Ley N° 20.017 de 2005), no se contemplaba la obligación de su registro y no estaba sujeto a condiciones ambientales (sino sólo a partir de 2005).

A partir de la entrada en vigor de la Ley N° 21.435 de 2022, esta situación se modifica sustancialmente y los nuevos DAA que se conceden a partir del 6 de abril de 2022 son temporales (de conformidad al artículo 6°, inciso primero, del Código de Aguas, tienen una duración definida de 30 años, prorrogable, sucesivamente); se asignan prioritariamente al consumo humano y al saneamiento (artículo 5° bis, inciso segundo del Código de Aguas); todas las titularidades están afectas al uso efectivo de las aguas a la construcción de las obras necesarias y aptas para su captación y restitución, en su caso)², so pena su extinción³, con excepción de los derechos de agua no extractivos (DANE)⁴; se sanciona con la caducidad su falta de inscripción⁵; y están sujetos a ciertas limitaciones ambientales como el caudal ecológico que, incluso, puede ser retroactivo⁶. A primera vista, se podría sostener que ha cambiado la esencia del DAA.

Sin embargo, como veremos, la obligación de uso efectivo de las aguas trasunta la connotación del DAA como un derecho público subjetivo y ha estado, a intervalos, inmersa en su calificación.

La priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento, con una modalidad actualmente acentuada, puesto que se aplica tanto en el otorgamiento de DAA como en su limitación, ha estado presente en la legislación de aguas de 1951 y de 1967, por lo que no altera la configuración del DAA.

A contrario sensu, la temporalidad, es un elemento innovador que había estado presente en la legislación de aguas chilena en ciertos casos muy excepcionales (derechos para energía eléctrica, usos industriales o para la generación de fuerza motriz)⁷ al igual que la obligación de su registro catastral, so pena su caducidad.

Por su parte, las condicionantes medioambientales que se fueron incorporando a partir de 2005, se han intensificado con la reforma de 2022 al

² Código de Aguas. Artículo 129 bis, inciso noveno.

³ Código de Aguas. Artículos 129 bis 4 y bis 5.

⁴ Código de Aguas. Artículo 129 bis 1°.

⁵ Ley N° 21.435 de 2022. Artículo 2° transitorio.

⁶ Código de Aguas. Artículo 129 bis 1°.

⁷ ROSSSEL 1960, 103.

punto de afectar derechos adquiridos a través de un caudal ecológico que podemos caracterizar como retroactivo.

Todo lo anterior se materializa a través del nuevo concepto de interés público que condiciona el otorgamiento de DAA por parte de la autoridad. El artículo 5º, incisos segundo y tercero, del CA disponen que:

En función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los que podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código. // Para estos efectos, se entenderán comprendidas bajo el 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.

Dicho concepto si bien se refiere a las acciones de la Administración en la gestión de las aguas, tiene un alcance mayor y traspasa o permea la configuración de los DAA. En este sentido, los DAA se encuentran hoy condicionados a la satisfacción de un interés público en su otorgamiento. Como refuerza Rodríguez-Arana:

[...] en el debate sobre el origen del Derecho Administrativo se reconoce que, teniendo carácter científico a partir de la Revolución francesa, el interés público ha existido siempre que ha habido necesidad de regular asuntos de orden público, siempre que ha sido menester tratar desde el Derecho, desde la justicia, los asuntos públicos⁸.

Entonces, si bien es un concepto que recién se recoge en la legislación, debemos suponer que siempre ha estado presente en la regulación de las aguas.

Sustentamos el presente trabajo en la siguiente hipótesis: el DAA se constituye como una titularidad afectada al interés público y por tal motivo, la priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento, la obligación de uso efectivo de las aguas y de registro catastral, la temporalidad y sus limitaciones ambientales, son elementos de su esencia que modulan la finalidad de la publicación de las aguas. Resume esta idea Precht, quien señala que “[...] nos encontramos de lleno en los límites naturales del ejercicio del dominio, por cuanto así como el derecho ajeno puede ser privado, también existen intereses públicos ajenos al propietario, y ellos también son condiciones legales de ejercicio”⁹.

El presente trabajo tiene por objetivo analizar cómo afecta al carácter patrimonial del DAA la priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento, la temporalidad, el uso efectivo de las aguas, la obligación de registro y las limitaciones ambientales, alterando la finalidad de

⁸ RODRÍGUEZ-ARANA 2012, 144.

⁹ PRECHT 1968, 15.

la publicación de las aguas. Aclaramos que esta investigación versa sobre el DAA, como titularidad y como dimensión regulatoria de las aguas en su vertiente patrimonial y no sobre el concepto de dominio público del recurso hídrico, el cual ya ha sido objeto de estudio¹⁰.

Algunos de estos elementos, como la temporalidad del DAA, serán analizados desde la órbita del Derecho civil, ya que debemos tener en consideración el carácter patrimonial privado del DAA. Como puntualiza García “[...] en lo que dice relación con el carácter perpetuo o transitorio, el Código de Aguas coloca a la concesión en la misma calidad que la propiedad civil”¹¹. Lo anterior, es sin perjuicio de comprender que el interés público ha ido produciendo cambios en la finalidad de la afectación pública de las aguas a partir de la cual dicha titularidad se origina, de modo tal que los demás los demás caracteres del DAA quedan teñidos por tal dimensión. Como sintetiza Martín:

[e]l nuevo contenido y la reconfiguración de ese interés público, debe hacerse a partir de la integración de las transformaciones acaecidas en la base del derecho de aguas. La sola consideración de la dimensión ambiental del agua ha hecho tambalear el contenido de la concepción decimonónica del interés público implicada en muchas concesiones, como se evidencia, por ejemplo, en la conflictividad entre usos consuntivos y caudales ecológicos. De allí, la importancia central que los mecanismos de modificación, revisión y extinción concesional adquieren en la readecuación del contenido del interés público a las necesidades actuales. O la reconsideración de la dimensión social de ese interés público, en relación con un hecho muy concreto, como es la consagración de la ineludible responsabilidad estatal por la satisfacción progresiva de un derecho humano al agua [...]¹².

En este sentido, podemos señalar que la lógica de la publicación de los años ochenta era la asignación y la reasignación de DAA a sus usos de mayor valor, es decir, una finalidad de eficiencia, en cambio hoy, esa lógica ha variado a la asignación priorizada del DAA, a la protección de los usos ecosistémicos de las aguas, al resguardo de su uso efectivo y a la certeza jurídica, lo que podríamos circunscribir dentro de una finalidad de equidad.

I. Perpetuidad y temporalidad

Como aclara Arancibia, “[e]n virtud del carácter inmueble sobre el que se ejercen los derechos concesionados, estos derechos son también inmuebles y patrimoniales”¹³, de lo que se concluye que a los DAA se les aplica el estatuto del dominio o la propiedad en términos estrictamente civiles. Dentro de los atributos del dominio encontramos una regla general de perpetuidad,

¹⁰ Para un estudio exhaustivo de esta materia, *vid.* CELUME 2013, *passim*.

¹¹ GARCÍA 2019, 246.

¹² MARTÍN 2013, 19-20.

¹³ ARANCIBIA 2019, 331.

que se refiere a que el derecho de propiedad no está sujeto a una limitación en el tiempo y que puede extenderse por todo el tiempo que dure la cosa sobre la que se ejerce¹⁴. Así fue concebido el derecho de aprovechamiento en la lógica del Código de Aguas de 1981. Como indicábamos “[...] como rechazo a la concepción anterior del derecho de aprovechamiento, en el CA [Código de Aguas de 1981] se articula un nuevo derecho subjetivo público, al que se dota de ciertos caracteres especiales, tales como la definición, la exclusividad, la libre transferibilidad, la separación de la tierra y su desvinculación a cualquier actividad productiva; y la perpetuidad”¹⁵. Creemos que la perpetuidad surge como la respuesta a las concesiones temporales que contenía el Código de Aguas de 1951. En este sentido, Figueroa indicaba que:

[...] la merced con carácter perpetuo es la norma general, ya que el legislador señaló expresamente cuáles eran las mercedes que forzosa-mente debían otorgarse en forma temporal [...]. Estas mercedes, como su nombre lo indica, se otorgan sólo por un espacio determinado de tiempo. Detentan este carácter, las mercedes de agua para bebida de los habitantes, usos domésticos y saneamiento de poblaciones que se concedieren a particulares para servicios públicos, cuya duración no puede exceder de 37 años; son temporales, además las mercedes para usos industriales, fuerza motriz u otros usos¹⁶.

El Código de Aguas de 1981 desarraiga el concepto de temporalidad de la legislación y a partir de él sólo se concederán derechos de aprovechamiento perpetuos, sin distinguir entre los distintos usos de las aguas¹⁷.

Con la modificación del año 2022, se produce un giro en esta materia. Los nuevos DAA pasan a ser temporales. Debemos hacer presente que en la indicación sustitutiva del Ejecutivo ya se disponía que “[s]e establece para los nuevos derechos de aprovechamiento de aguas un cambio de concepción, pasando de ser un derecho perpetuo, a un derecho con una extensión tem-

¹⁴ Cabe indicar que, en el plano civil, el carácter generalmente perpetuo del dominio no es intrínseco al mismo. Como expresa PEÑAILILLO 2006, 131-132, “los ordenamientos jurídicos suelen contemplar situaciones de dominio sin perpetuidad o, al menos, sin perpetuidad cierta; dicha esta última posibilidad en sentido inverso, con eventual determinación, que implica un dominio temporal. Se trata de un dominio revocable. [...] El dominio es revocable cuando se asume su eventual extinción y, por lo mismo, carece de su vocación de perpetuidad”.

¹⁵ CELUME 2013, 216.

¹⁶ FIGUEROA 1960, 238.

¹⁷ Cosa muy diferente ocurre en otros ordenamientos jurídicos como el español, en que el derecho de aprovechamiento se extingue por el término del plazo de su concesión el que no podrá ser superior a setenta y cinco años. Artículos 53 y 59 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. A este respecto, EMBID 2013, 35, sostiene que “[...] ese plazo máximo de 75 años (u otro ligeramente inferior) es, creo, una fuerte rémora en las condiciones actuales para que pueda pivotar sobre la concesión como mecanismo único de asignación (y reasignación) de recursos, una política de aguas, pues la modificación concesional (la adaptación a la rapidísima evolución de las circunstancias, económicas, sociales y ambientales) es mucho más difícil (y costosa) de realizar con títulos jurídicos de larga duración y ya no digamos, obviamente, proceder a su revisión”.

poral limitada a un máximo de 30 años, que siempre se prorrogará, a menos que la Dirección General de Aguas acredite el no uso efectivo del recurso”¹⁸.

La idea central de la introducción de un derecho temporal que no afectaría a los derechos ya constituidos (los que seguirían siendo perpetuos) era que el plazo fuese prorrogable sucesivamente. Durante la tramitación legislativa de la Ley 21.435 de 2022, se hizo hincapié en que la prórroga fuera sucesiva y automática, ya que, de no verificarse estos requisitos, el derecho de aprovechamiento no daría las certezas jurídicas necesarias para la inversión.

Se discute doctrinariamente la conveniencia o no de la perpetuidad de los DAA y, como señala Marienhoff “[...] no todos los autores aprueban la “perpetuidad” de las concesiones. Si bien hay muchos que consideran dicho sistema como legalmente inobjetable, otros creen que la perpetuidad del derecho de uso equivale a una enajenación de la cosa respectiva, chocando con el carácter de los bienes públicos”¹⁹.

Creemos que el carácter público de las aguas se relaciona más bien con su elemento teleológico, es decir, la satisfacción de los intereses generales de la nación, por lo que la perpetuidad o la temporalidad del DAA no afecta la connotación pública de las aguas y sólo dependerá de una decisión político-legislativa.

Para Novoa, “[l]a idea de la perpetuidad del dominio se basa en que un señorío destinado a cesar y efímero, contrasta con la plenitud de poder reconocido al *dominus*; esto explica que en sí mismo no haya de llevar nota de caducidad. [...] De aquí que la duración de la propiedad en manos del dueño no puede ser previamente establecida con eficacia real, antes del momento en que vaya a cesar”²⁰. Esto es justamente lo contrario a lo que ocurrirá con los nuevos DAA (otorgados a partir del 6 de abril de 2022). Según lo dispone el artículo 6°, incisos segundo y tercero del CA:

[e]l derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión será de treinta años, el que se concederá de conformidad con los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento y/o de sustentabilidad del acuífero, según corresponda. En caso que la autoridad considere que el derecho de aprovechamiento deba otorgarse por un plazo menor, deberá justificar dicha decisión por resolución fundada. // La duración del derecho de aprovechamiento se prorrogará por el solo ministerio de la ley y sucesivamente, a menos que la Dirección General de Aguas acredite, mediante una resolución fundada, el no uso efectivo del recurso o que existe una afectación a la sustentabilidad de la fuente [...]”²¹.

¹⁸ Indicación sustitutiva del Boletín 7543-12 de fecha 8 de septiembre de 2014.

¹⁹ MARIENHOFF 2011, 632.

²⁰ NOVOA 1979, 29.

²¹ Código de Aguas. Art 6.

Ahora bien, como expresan Alessandri *et al.*, “[l]a perpetuidad del dominio es objeto hoy de discusión. Muchos autores sostienen que el derecho de propiedad es *generalmente* perpetuo; agregan que tal requisito pertenece a la *naturaleza* y no a la existencia o esencia del derecho, pues nada obsta a que surja un derecho temporal”²². En otras palabras, no afecta la esencia del dominio que el derecho de aprovechamiento se conciba como un derecho temporal.

En este sentido, será el legislador quien determine si el derecho es temporal o perpetuo y, en cualquier caso, no va a afectar el núcleo esencial del derecho de propiedad sobre el DAA. Sobre este aspecto, Fuentes reflexiona que:

[...] queda a la regulación legislativa el reconocimiento o constitución del bien incorporal conformado por los derechos sobre las aguas pero no así la propiedad que es atribuida por la propia Constitución. De esta forma, no hay una delimitación legislativa sobre la cual deba operar la garantía del contenido esencial del artículo 19 N° 26 de la CPR, ya que la propiedad sobre bienes incorporales, [...] está constituida por la titularidad exclusiva²³.

De esta forma, el único límite que tiene el legislador al regular el DAA es la exclusividad con que el titular del DAA aprovecha (usa y goza) las aguas.

Si bien, como hemos dicho en trabajos anteriores, nada obsta bajo la lógica de la publicación chilena que un DAA sea perpetuo, por cuánto lo que justifica dicha demanialidad es el elemento teleológico y no el subjetivo o dominical²⁴, la estabilidad del DAA se ve afectada con esta nueva naturaleza. Lo anterior, si consideramos que su renovación va a depender de circunstancias subjetivas como la afectación de la fuente o el no uso del derecho. Será la Administración la que entre a calificar dichas incidencias, restándole seguridad jurídica al DAA.

Sin perjuicio de lo anterior, la temporalidad del DAA no altera la finalidad de la publicación. El elemento teleológico de la demanialidad se mantiene indemne frente a este cambio. La temporalidad del DAA no afecta la configuración esencial del derecho y la lógica pública de las aguas no se altera. Como veremos, ello no ocurre con el uso efectivo, la priorización del

²² ALESSANDRI *et al.*, 2001, 39.

²³ FUENTES 2018, 306.

²⁴ En este sentido, hemos señalado que “[...] siendo la afectación el punto central del demanio en el Derecho chileno, toda fórmula de uso (privativa o no privativa) debe ajustarse al interés general que ha justificado la publicación. De este modo, no parecen haber impedimentos para que los sistemas concesionales se configuren de cualquier modo y se manifiesten incluso como mecanismos de creación de derechos con una extensión muy similar a la que usualmente se asigna a los derechos de propiedad si con ello se cumple la finalidad pública antes señalada, que, adelantamos, creemos que se ajusta perfectamente a la amplitud de los derechos de aprovechamiento de agua en relación con las razones de su publicación al amparo del Código de Aguas” CELUME 2013, 188-189. A contrario sensu, la prerrogativa para aprovechar las aguas puede quedar legalmente configurada como una titularidad temporal si es que dicha delimitación obedece a los objetivos de la publicación.

uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento y con las cargas ambientales.

II. Uso efectivo y derechos ociosos

Previo a la legislación de aguas de 1951, la ley reconocía a los propietarios ribereños “[...] el derecho de servirse de las aguas sucesivamente durante su curso dentro de sus heredades o en común con los propietarios de la ribera opuesta cuando corren por entre dos heredades”²⁵. Diversa era la condición de los propietarios no ribereños, quienes debían “[...] obtener una merced especial de aguas de la autoridad competente, para sacar un canal del río y hacer efectiva la servidumbre de acueducto que la ley ha impuesto obligatoriamente a las propiedades interpuestas entre la bocatoma del canal y la propiedad a que las aguas del canal se destinan”²⁶.

Con respecto a las mercedes de aguas de que trataba el Código Civil, Lira *et al.* señalaban que dichos títulos no eran más que “[...] simplemente, una de las muchas manifestaciones del derecho de uso que la ley concede a los particulares sobre los bienes nacionales de uso público, o sea un derecho de uso de carácter sui generis”²⁷.

El Código de Aguas de 1951 intensificó este uso, de esta forma, como expresa Rossel, “[...] el detentador del derecho no puede dejar de ejercer en forma efectiva el derecho no empleando el agua que le corresponde, ya que, en dicho caso, puede el Presidente de la República, una vez transcurrido un plazo de cinco años de desuso, declarar la caducidad de la merced y con ello la del derecho”²⁸. En este sentido, Bauer complementa que:

[...] los solicitantes de nuevos derechos de agua tenían que especificar el uso pretendido, así como describir las obras físicas que serían necesarias. A tales solicitantes, la Dirección General de Aguas (DGA) les otorgaba derechos provisorios, que se hacían definitivos sólo ante pruebas posteriores de que las obras habían sido completadas y que el agua había sido puesta en uso²⁹.

El concepto de uso efectivo estaba arraigado en la legislación de 1951. El DAA se verifica a través de las obras necesarias para ejercerlo.

²⁵ CLARO 1930, 216.

²⁶ CLARO 1930, 217.

²⁷ LIRA *et al.*, 1940, 73.

²⁸ ROSSEL 1960, 93. En este mismo sentido VERGARA 1960, 19, quien fundamenta que “[...] como lo hace ver el Mensaje de la Ley N° 9909, es un hecho que existen mercedes llamadas meramente de papel, o sea, que nunca han sido aprovechadas y que, en cualquier momento podrían constituir un peligro para legítimos derechos en ejercicio; en resguardo de éstos, el Código [de Aguas de 1951] faculta en su artículo 280 al Presidente de la República para declarar caducada en todo o parte, aquella merced que en todo o parte no se ejercitare durante cinco años consecutivos”.

²⁹ BAUER 2004, 66-67.

Esta concepción se atenúa en 1981. Con respecto al DAA contenido en el CA, Figueroa lo conceptualizaba como “[...] la facultad de acceder a una fuente natural para extraer de ella una dotación de agua en un punto determinado u ocupar en el cauce mismo un cuerpo de agua para, en ambos casos, usar esas aguas en forma exclusiva”³⁰, destacando que el elemento esencial del DAA es su exclusividad. De la definición transcrita se desprende que el DAA es una prerrogativa de “uso” de las aguas, pero este uso no va unido a la construcción de obras. En este sentido, Vergara aclara que “[...] en cuanto al uso de las aguas, la legislación vigente, en virtud de su deseo de dar libertad de acción a los particulares en materia económica, no obliga a los titulares de derechos de aguas a utilizar efectivamente los caudales a que tienen derecho, ni a construir las obras necesarias para hacerlo”³¹.

Sin embargo, creemos que todos los conceptos anteriores tienen una matriz común: hay una acción material que se incorpora en el DAA, cual es, la extracción de aguas de una fuente natural. Ello implica que es de la esencia del DAA su uso efectivo, como pasaremos a ver.

Como expresan Alessandri *et al.*:

[e]n contra de la facultad de inacción del titular, que le permite dejar improductivos sus bienes, se han levantado las corrientes socializadoras del derecho, es decir, las tendencias que ponen énfasis, en cualquier grado, mayor o menor, en la utilidad que debe reportar para la sociedad todo el ejercicio de un derecho, especialmente los patrimoniales. Afirman esas corrientes que es un deber ineludible del propietario de un bien que es capaz de proporcionar beneficios a la colectividad, ejercer este derecho activamente, porque de lo contrario priva de riquezas a la sociedad o menoscaba los legítimos intereses de ella³².

Es lo que sucede con el DAA. El legislador ha previsto que este derecho, de carácter patrimonial, debe ser ejercido. Rivera alude a lo anterior indicando que “[e]l derecho de aguas requiere, para su concreción, ser ejercido, ya que sin ejercicio el derecho es mera potencia. Y ejercer el derecho implica, indudablemente, usar el agua”³³.

De este modo, el DAA está condicionado a su uso efectivo por cuanto constituye una prerrogativa que habilita a su titular para extraer las aguas de una corriente pública o de un acuífero y no puede ser ejercido sin dicha acción material, a menos que se trate de un DANE.

Corroboramos esta idea Duguit, quien sostiene que, “[...] la propiedad es para todo poseedor de una riqueza el deber, la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependen-

³⁰ FIGUEROA 1997, 18.

³¹ VERGARA 1998, 316.

³² ALESSANDRI *et al.*, 2001, 39.

³³ RIVERA 2013, 187.

cia social. [...] La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario es la función social del tenedor de la riqueza"³⁴.

Lo que se pretende por el legislador con el uso efectivo de las aguas es que no existan derechos ociosos susceptibles de especulación. El dueño del DAA debe emplearlo y con ello no sólo aumentar su riqueza, sino que contribuir a crear condiciones sociales superiores, tales como, el desarrollo de la economía y la productividad. Como expresa Novoa, "[d]e esta manera se procura evitar que la propiedad se transforme en un instrumento de privilegio para su titular"³⁵.

Cuando señalamos que existe un interés público en el otorgamiento del DAA (artículo 5, inciso tercero, del CA), lo que queremos reivindicar es que dicho interés se traduce en la satisfacción de necesidades públicas, en la concreción de una compensación social.

Refuerza esta idea García, al referir que existe "[...] la presencia innegable de un interés público subyacente en toda explotación privativa del dominio público. Si la "publicatio" pretendió desde sus orígenes sustraer ciertos bienes del tráfico jurídico privado, es esa misma constatación de la demanialidad la que habilita a la Administración para controlar y planificar su explotación productiva [...]"³⁶.

En otras palabras, la comunidad (la nación), a través de la Administración, otorga a un particular una prerrogativa que le es propia, para que éste despliegue acciones materiales que le retribuyan en su beneficio particular pero que redunden en el provecho social. Como reflexiona Montory "[...] las obligaciones impuestas al derecho de propiedad son el complemento del poder del dueño. De ahí a que muchas de ellas vayan unidas a la situación de propietario (*propter rem*). Es decir, al dominio se le imponen obligaciones como consecuencia y accesorio del poder que el derecho le confiere al propietario"³⁷.

Así, podríamos sostener que la condición de uso efectivo de las aguas es el equilibrio a la connotación propietaria que existe sobre el DAA. De este modo, si bien el titular de un DAA goza de las máximas prerrogativas sobre su derecho, estará, como contrapartida, obligado a ejercerlo construyendo las obras necesarias y aptas para su captación y restitución, en su caso.

Lo anterior no quiere significar que el único objetivo del DAA sea realizarse extractivamente. El legislador contempla la posibilidad de que su titular no las extraiga de la fuente "[...] ya sea para fines de conservación ambiental, o para el desarrollo de un proyecto de turismo sustentable, recreacional o deportivo"³⁸, por medio del otorgamiento de un DANE. Este nuevo derecho

³⁴ DUGUIT 1975, 240.

³⁵ NOVOA 1979, 61.

³⁶ GARCÍA 1997, 344.

³⁷ MONTORY 2019, 54.

³⁸ Artículo 129 bis 1A, del Código de Aguas.

conlleva más limitaciones que un DAA (salvo el supuesto de DAA priorizado para uso de consumo humano o saneamiento) puesto que queda condicionado a su no uso o a su categoría de derecho *in situ*, so pena de que su titular deba pagar retroactivamente la patente por no uso de las aguas con un incremento en su monto.

La obligación de uso efectivo de las aguas altera profundamente los objetivos de la publicación. El DAA deja de concebirse como un derecho abstracto en el que no importa si su titular hace uso de las aguas o no o especula con su tenencia. A diferencia de lo que ocurría con la versión original del CA de 1981 en que, como reflexionaba Vergara, era “[...] posible obtener el derecho de aguas nada más que para esperar, a su vez, en forma especulativa, una aun mejor condición de mercado, y transferirlo a quien dese[ara] adquirirlo”³⁹. Con la reincorporación del concepto del uso efectivo, se modifica la estructura del DAA y con ello, la afectación de las aguas al uso público.

En este sentido, el Tribunal Constitucional (TC) ha fallado que:

[...] en un sistema cuya distribución opera bajo la lógica del mercado, con el establecimiento de la patente por no uso se busca que quienes sean titulares de derechos de aprovechamiento sean quienes efectivamente lo usen, minimizando fallas de mercado derivadas de la acumulación, acaparamiento o especulación que se traducen –en esta lógica– en genuinas barreras de entrada⁴⁰.

De esta forma, el DAA pasa a estar condicionado a su uso efectivo. Al legislador no le es indiferente el no uso de las aguas ya que las aguas constituyen un recurso escaso, que, habiéndose asignado a un particular, es de toda lógica que éste lo utilice tanto en beneficio propio como social.

Esta idea se desprende de la función social de la propiedad. Así lo ha sostenido el TC al fallar que “[...] el establecimiento de patentes por el no uso y, consecuentemente, la interpretación restrictiva de las exenciones a su pago obedece a limitaciones legítimas y constitucionales al derecho del titular, con el fin de contribuir al bien común y la conservación del patrimonio ambiental”⁴¹.

La noción de función social, como señala Obando:

[...] persiguió constituirse en una alternativa a la propiedad individualista clásica, basada en la tradición liberal revolucionaria francesa, dadas las críticas que aquélla experimentó en el siglo XIX, producto de la creciente diversificación de las sociedades occidentales más avanzadas. Ella justificó la adopción de limitaciones a la propiedad privada, bajo una

³⁹ VERGARA 1998, 316.

⁴⁰ Considerando décimosexto de la Sentencia del TC Rol N° 13.539 (2022).

⁴¹ Considerando vigésimosegundo de la Sentencia del TC Rol N° 2.693 (2014).

concepción de la propiedad-función, pero sin pretender su abolición, a diferencia de las corrientes socialistas marxistas⁴².

Nuestra Constitución Política (CP) recoge la función social de la propiedad (la cual ya se había contemplado en la Constitución Política de 1925) como la exigencia impuesta al legislador para limitar u obligar el derecho de propiedad. Una de dichas exigencias, está constituida por la conservación del patrimonio ambiental. Entonces, la obligación de uso efectivo de las aguas constituye una limitación u obligación impuesta por el legislador al DAA con el objetivo de conservar el medio ambiente.

A partir de ello, se verifica que el DAA constituye una titularidad que ostenta la carga del uso efectivo y como tal, no puede concebirse como un derecho a ejercerse con total libertad por parte de su titular. Como decíamos previamente, el uso efectivo viene a concebirse como un elemento sustancial del DAA. Su estructura se conforma a partir del uso (aprovechamiento) que una persona hace de las aguas al extraerlas de la fuente natural.

Además, conviene señalar que, la noción de uso efectivo está incorporada en toda la lógica concesional. En este sentido, el TC ha fallado que:

[...] el derecho de dominio del concesionario sobre la concesión de un bien nacional, cual es el caso, presenta determinadas características específicas que derivan de su especial naturaleza y de las obligaciones que asume el concesionario de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés general de la Nación que justifica su otorgamiento, las cuales, por lo demás, son conocidas y aceptadas por el respectivo petitionerio al solicitar la concesión. De allí que sea perfectamente lícito al legislador regular su ejercicio y disponer [...], que el juez competente tiene atribuciones para declarar la extinción de la concesión de explotación si el concesionario no desarrollare las actividades de explotación de su concesión [...]⁴³.

Se desprende del fallo que el interés público que existe detrás del otorgamiento de concesiones sobre bienes nacionales de uso público sea el uso efectivo. Como señalamos antes, el Estado otorga a un particular un derecho exclusivo y excluyente de terceros el cual tiene ciertas cargas, entre ellas, el uso efectivo, con la finalidad de que dicha concesión privativa compense el perjuicio social o comunitario de su cesión.

Un objetivo de la publicación de las aguas, que ya comienza a verificarse el 2005, es que los titulares de DAA den uso efectivo a sus derechos. Con la reforma introducida el año 2022, esta característica del DAA se intensifica, puesto que, el no uso por un período prolongado de tiempo, da origen a un procedimiento de extinción del DAA. Pero, como hemos sostenido hasta ahora, con excepción de los DANE, los DAA, en virtud del interés público,

⁴² OBANDO 2019, 435-468.

⁴³ Considerando octavo de la Sentencia TC Rol N° 300 (1999).

han estado siempre sujetos al uso de las aguas por el hecho de tratarse de una concesión sobre bienes nacionales de uso público.

III. Obligación registral

Los DAA se originan por concesión administrativa o por el sólo ministerio de la ley. Los derechos reconocidos, por su parte, se originan en el uso ancestral que se materializa en una resolución judicial⁴⁴ o en la determinación que el Servicio Agrícola y Ganadero efectuaba respecto de los DAA provenientes de predios expropiados por la Corporación de Reforma Agraria en virtud de las leyes 15.020 y 16.640⁴⁵.

El DAA no nace a la vida jurídica por la inscripción conservatoria ya que constituye una prerrogativa que se crea *ex novo*. En este sentido, Vergara reafirma que:

[...] debe tenerse presente que las inscripciones de los títulos de aguas son más que nada una garantía y prueba de la posesión. [...] La inscripción, que es, entonces, una garantía probatoria, por lo tanto, no tiene una estrecha relación con la existencia misma del derecho. La inscripción cumple otro rol, un rol de certeza jurídica, pues la inscripción no es el requisito de existencia de los derechos. Para que exista un derecho de aprovechamiento de aguas es necesario que haya sido constituido o reconocido⁴⁶.

La obligación de registro conservatorio nace en la Ley N° 2.139 de 1908, sobre Asociación de Canalistas, para todos los derechos constituidos en Asociación, pero es el Código de Aguas de 1951 el que amplía esta obligación al someter a todas las aguas al régimen de la propiedad inscrita⁴⁷.

La pregunta que surge es qué efectos produce la no inscripción conservatoria, atendido a que el DAA nace *ex novo*. Esta respuesta estaba explícitamente dispuesta en el Código de Aguas de 1951, que en su artículo 278, inciso segundo, señalaba que “[m]ientras no se cumplan los requisitos indicados en el inciso anterior [reducción a escritura pública del decreto de concesión definitiva y su inscripción conservatoria], el concesionario no podrá transferir sus derechos”⁴⁸. A juicio de Rossel, “[d]e ello se infiere que, sin los requisitos en cuestión, se adquiere el derecho, con la sola dictación del decreto, siendo éste única y exclusivamente el modo de adquirir, pero no se

⁴⁴ Esta circunstancia sólo rigió hasta 2022. A partir de esa fecha las regularizaciones fueron trasladadas a la DGA. Ver artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

⁴⁵ A partir de 2022, la determinación de DAA expropiados se realiza por la DGA. Ver artículo 5° transitorio del Código de Aguas.

⁴⁶ VERGARA 1998, 325-326.

⁴⁷ VERGARA 1960, 20.

⁴⁸ Art. 278, inciso segundo, Código de Aguas.

puede transferir a un tercero el derecho ya adquirido, lo que constituye la sanción por el incumplimiento⁴⁹.

Entonces, la finalidad de la inscripción conservatoria es la mantención de la historia de la propiedad raíz (los DAA) y obtener una adecuada publicidad. En otras palabras, contribuir a la seguridad jurídica de las aguas.

A partir de la entrada en vigor de la Ley N° 21.435 de 2022, se obliga a los titulares de DAA a inscribir su derecho en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente, so pena su caducidad⁵⁰. El TC, con ocasión de un requerimiento de inaplicabilidad por la obligación de registrar los DAA en el Catastro Público de Aguas, sostuvo que:

[...] si bien impone un deber 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 derecho⁵¹.

La misma sentencia añade luego que, “[...] si bien con esta exigencia se limita el ejercicio de los mismos, ella deriva de la función social que es inherente a la propiedad que se tenga sobre tales derechos”⁵².

Creemos que el inconveniente que esta norma genera se relaciona más bien con los conflictos que acarrea el sometimiento de los DAA a la posesión inscrita al tratarse éstos de derechos reales administrativos. Resume esta idea Viguera, al indicar que “[l]a “teoría de la posesión inscrita” requiere un alto grado de abstracción de los conceptos jurídicos, en que las instituciones se separan de su materialidad; el punto se agrava cuando en determinados momentos históricos el legislador vigoriza los elementos subjetivos de las instituciones (ej. *animus*), o sanciona las tradiciones *fictas* con un efecto posesorio. Esta es la base del problema”⁵³.

Claramente el DAA es una prerrogativa que permite a su titular usar y gozar de las aguas, extrayéndolas de su fuente natural de abastecimiento.

⁴⁹ ROSSEL 1960, 151.

⁵⁰ De conformidad al artículo 2° transitorio de la Ley N° 21.435 de 2022, modificado por la Ley N° 21.586 de 2023, “[l]os derechos de aprovechamientos de aguas constituidos por acto de autoridad competente, y que a la fecha de publicación de esta ley no estuvieren inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente, deberán ser inscritos, a petición de sus titulares, en el referido registro, antes del 6 de abril de 2025. Transcurrido este plazo, los Conservadores de Bienes Raíces no admitirán a trámite la inscripción de los derechos de aprovechamiento de que trata este inciso, los cuales caducarán por el solo ministerio de la ley. La caducidad a que se refiere este inciso no será aplicable a los usos actuales de las aguas respecto de los cuales se inicie el procedimiento de regularización, conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo anterior.

⁵¹ Considerando noveno de la Sentencia TC Rol N° 1.578 (2009).

⁵² Considerando décimosegundo de la Sentencia TC N° Rol N° 1.578 (2009).

⁵³ VIGUERAS 2019, 304.

Pero este derecho no se materializa en una cantidad de aguas determinada, como si fuera la parte de un río sobre la que se puede ejercer posesión material. La posesión de este derecho, que es *ficta*, se verifica en la correspondiente inscripción, la que puede no necesariamente reflejar la actitud del titular en cuanto al ejercicio del DAA, es decir, en cuanto a su uso efectivo.

La obligación de inscribir los DAA so pena su caducidad, altera la finalidad de la publicación de las aguas. Como decíamos al comienzo, el objetivo de la demanialización de 1981 era obtener eficiencia en las reasignaciones de los DAA. Con la reforma de 2022, uno de los objetivos que se persigue es la seguridad jurídica. Al legislador no le es indiferente que el titular del DAA no inscriba su derecho (aun cuando ello signifique la sanción que disponía el Código de Aguas de 1951).

La ley persigue que exista certeza jurídica e información clara y precisa de los DAA que se han otorgado o reconocido y que dicha información sea de fácil acceso por parte de los usuarios como por parte del Estado. Ello quedó sintetizado en el Mensaje que fundó la indicación sustitutiva al Boletín 7.543-12, sobre Reforma al Código de Aguas, de fecha 8 de septiembre de 2014, que dispuso que “[c]on el objetivo de resguardar los derechos de los actuales dueños de derechos de aprovechamiento, los artículos transitorios les reconocen vigencia y otorgan un plazo para su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas de los respectivos Conservadores de Bienes Raíces”. Con ello queda de manifiesto que existe un interés público por parte del legislador en obtener la seguridad jurídica de los DAA.

IV. Priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento

Uno de los cambios más sustantivos a la legislación de aguas de 2022 está constituido por la incorporación de la priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento. En primer lugar, conviene destacar que se reconoce legalmente que éste es un derecho humano. El artículo 5°, inciso cuarto, del CA dispone que:

[e]l acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado”. En segundo lugar, y a diferencia de lo que ocurría bajo el Código de Aguas de 1951, que establecía una prelación en el otorgamiento de DAA prefiriendo a aquellas solicitudes efectuadas para: 1.o Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales; 2.o Usos domésticos y saneamiento de poblaciones⁵⁴.

El CA prioriza la función de subsistencia tanto en el otorgamiento como en la limitación de los DAA. Ello es totalmente coherente con lo que reflexionan Embid *et al.* al señalar que “[Los regímenes de prioridades se establecen

⁵⁴ Artículo 30 del Código de Aguas de 1951.

normalmente para el otorgamiento de derechos en función de los usos, pero algunas leyes contienen además órdenes de prioridades para el abastecimiento de los derechos ya otorgados en casos de insuficiencia o escasez⁵⁵.

Como hemos sostenido, “[e]n el modelo original del CA de 1981 existía una absoluta neutralidad legislativa en cuanto a los usos que los particulares quisieren otorgar a los derechos de agua, eliminando todo vestigio de prelación de usos tanto para su otorgamiento como para tiempos de sequía⁵⁶”. Esta neutralidad legislativa es consecuencia del modelo de la publicación de las aguas de los años ochenta: lo que se pretendía era que el mercado asignara y reasignara los derechos de aprovechamiento a sus usos de mayor valor. En este sentido, Boettiger reafirma que:

[l]a lógica detrás de esta regulación era que serían los propios usuarios los que definirían la mejor o más óptima utilización de las aguas –quienes se supuso decidirían mejor que el Estado la forma de usar el agua disponible–, realizando una asignación eficiente del uso del recurso mediante un mercado de derechos, en el que los interesados en actividades en que fuera más necesaria el agua invertirían más recursos en obtener derechos o usarlos más eficientemente⁵⁷.

Rojas corrobora esta idea, al puntualizar que, en el modelo original, “[...] el derecho de aprovechamiento de aguas no se encuentra ligado específicamente a un uso determinado (como podría ser el agrícola, minero, industrial, sanitario u otro) ni tampoco a un orden de prelación de usos específico o vinculante, sino que sólo en la medida que un uso –en el ámbito fáctico– requiera de volúmenes, otro de ellos en la misma corriente podrá satisfacerlo por la vía de su transferencia temporal (por ejemplo por vía de arriendo del derecho, o venta de dotación anual) o definitivo (una venta u otro título traslativo del dominio)”⁵⁸.

Como se puede apreciar, la piedra angular de dicho modelo descansa en la eficiencia y se enmarca dentro de la idea de un Estado mínimo, todo ello bajo la lógica del orden público económico que inspira la CP a través del principio de subsidiariedad. En este sentido, Fernandois recuerda que “[e]l principio de las autonomías sociales es la primera cara de la moneda llamada subsidiariedad. Ambos se sostienen en una misma piedra angular, fundacional de todo el ordenamiento constitucional chileno: la primacía del hombre sobre la sociedad”⁵⁹. Los llamados a reasignar los DAA serán los particulares, de conformidad a sus intereses, los que no necesariamente privilegiarán el uso de las aguas para el consumo humano o para la protección de los usos ecosistémicos de ésta.

⁵⁵ EMBID *et al.*, 2017, 53.

⁵⁶ CELUME 2013, 230.

⁵⁷ BOETTIGER 2019, 42.

⁵⁸ ROJAS 2016, 26.

⁵⁹ FERNANDOIS 2001, 67.

Para Costa, “[e]l problema de acceso tiene tres variables fundamentales: El derecho humano al agua, la disponibilidad jurídica del agua y la protección del patrimonio ambiental”⁶⁰. Compartimos con el autor que tanto el derecho humano al agua como la protección de los usos ecosistémicos de éstas constituyen dimensiones que escapan a la lógica de los mercados, por este motivo, tiene que ser el legislador quien ordene su priorización y protección. El Mensaje de la indicación sustitutiva del Ejecutivo al Boletín 7.543-12, de fecha 8 de septiembre de 2014, se hace cargo de este planteamiento al indicar que:

[n]uestra legislación, desde muy temprano, ha considerado que “las aguas son bienes nacionales de uso público”. Sin embargo, no es concebible que esta declaración sea letra muerta: es necesario dotarla de un contenido sustantivo. La regulación de los recursos hídricos 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 derechos de aprovechamiento; y dando cabida, protegiendo y priorizando los usos de la función de subsistencia⁶¹.

La priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento rompe o transgrede la lógica del mercado de derechos de aprovechamiento. Como hemos indicado en otras ocasiones, “[d]e este modo, la reforma legal [de 2022] reconoce la polifuncionalidad de las aguas y le concede prevalencia a la función de subsistencia. Con ello, el paradigma del libre uso de las aguas de que daba cuenta el mercado de los derechos de aprovechamiento queda absolutamente desvirtuado, al menos en lo que atañe a la asignación del recurso”⁶².

La neutralidad en la asignación de los DAA queda suplantada por una norma de preferencia que se hará valer a través de diversos mecanismos legales (exención del remate para las solicitudes de la función de subsistencia y otorgamiento directo del DAA, constitución de reservas de aguas para otorgar DAA para el consumo humano y el saneamiento, derechos por el sólo ministerio de la ley, otorgamiento de DAA contra disponibilidad, entre otros).

Por su parte, en la reasignación de DAA también se contemplan herramientas para hacer valer la referida preferencia (limitaciones en las transferencias de los DAA constituidos para la función de subsistencia, nuevas atribuciones de la Administración en la reducción proporcional del ejercicio de los DAA y en la redistribución de aguas en épocas de escasez hídrica).

De esta forma, la publicación de las aguas se ve esencialmente modificada. Como decíamos al comienzo de este trabajo, los objetivos de la demanialización de 1981 que se relacionaban con la asignación y reasignación eficiente se desdibujan para relucir propósitos de equidad. La priorización

⁶⁰ COSTA 2016, 344.

⁶¹ Mensaje de la indicación sustitutiva del Ejecutivo al Boletín 7.543-12, de fecha 8 de septiembre de 2014.

⁶² CELUME 2022, 44.

del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento se plantea a partir de otro vértice, relacionado con el interés público en el otorgamiento de los DAA y el acceso al agua como derecho humano.

Se desvirtúan los fundamentos del mercado para dar origen a la cabida, protección y priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento. El interés público juega un rol primordial en este cambio de paradigma. En este sentido, durante la tramitación legislativa de la ley 21.435, el Ejecutivo sostuvo que “[e]n cuanto a la noción de interés público que contiene el proyecto, [...] no contempla la incompatibilidad con la propiedad privada, sino, más bien, propone la necesidad de conciliar ambos bienes”⁶³.

Se trata, entonces, de un concepto que cohonesta la lógica de los bienes nacionales de uso público de las aguas con el carácter patrimonial del DAA, permitiendo a la Administración intervenir para efectos de priorizar el uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento y proteger los usos ecosistémicos de las aguas.

V. Limitaciones ambientales al DAA

A diferencia de lo que ocurre con las reglas de priorización de uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento, la protección de los usos ecosistémicos de las aguas se enmarca dentro del reconocimiento de la polifuncionalidad del recurso. El propio legislador ha establecido en el artículo 5° bis, inciso primero, que “[l]as aguas cumplen diversas funciones, principalmente 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”. Se trata así de una norma de protección, más no de priorización.

El texto original del CA de 1981 no contemplaba mecanismos de preservación ecosistémica. El articulado normativo no contenía normas para instrumentalizar el deber estatal de tutelar por la preservación de la naturaleza, no imponía requisitos para la obtención de los derechos de aprovechamiento, ni condicionaba su ejercicio al respeto de caudales ecológicos o ambientales. Lo anterior, a pesar de que hasta el año 1981, Chile ya había suscrito relevantes instrumentos internacionales en materia de biodiversidad⁶⁴.

⁶³ Informe de la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación del Senado, Historia de la Ley N° 21.435, 24.

⁶⁴ Destacan la Convención para la protección de la flora, fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América, promulgada en 1967; la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, promulgada en 1975; la Convención relativa a las zonas húmedas de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas, promulgada en 1981; la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, promulgada en 1980; y el Convenio sobre la conservación de especies migratorias de la fauna silvestre, promulgado en 1981. Con posterioridad a 1981, Chile también ha suscrito la Convención internacional para la regulación de la caza de ballenas, promulgada en 1979; el Convenio sobre la Diversidad Biológica, promulgado en 1994, cuya implementación debe

Creemos relevante mencionar que la primera norma sobre preservación ecosistémica que se incorporó en la legislación de aguas data de 1992 y fue incorporada por la Ley N° 19.145 de 1992 que modificó los artículos 58 y 63 del CA, referentes a la protección de las vegas y de los bofedales (humedales de la zona norte del país). Como hemos señalado con anterioridad:

[e]sta primera modificación al CA de 1992 restringió el acceso a la propiedad de los derechos de aprovechamiento, en el sentido de prohibir la exploración y explotación de aguas subterráneas en los acuíferos que alimentan las vegas y los bofedales de las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta. Lo anterior, debido a que los acuíferos son el sustento de las actividades agroganaderas y de sobrevivencia de las comunidades andinas. Estos cambios en la legislación permitieron establecer medidas de protección para estos ecosistemas y para el uso ancestral que las comunidades indígenas habían hecho de ellos⁶⁵.

Desde el momento en que se creó en Chile la institucionalidad ambiental en 1994, a través de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, Ley N° 19.300 (LBGMA), gradual y muy lentamente, las decisiones y los criterios que la DGA fue implementando fueron impregnados por los principios ambientales de la LBGMA.

En la reforma del CA reciente, se alcanza una expresión legislativa mucho más consistente entre los textos normativos, de tal forma que, al abrigo de la Ley ambiental el nuevo CA y la DGA han sido dotados de facultades tanto en materia de conservación como de sustentabilidad. Como reflexiona Soro:

[...] el avance del Derecho Ambiental, y en especial del que se ha venido en denominar Derecho de los recursos naturales, está incidiendo de manera decisiva sobre instituciones básicas del Derecho de aguas como la distribución de competencias, la planificación hidrológica y sus relaciones con el resto de instrumentos planificadores, las técnicas jurídicas para el control de avenidas e inundaciones y los títulos habilitantes de su uso como bien de dominio público natural⁶⁶.

En la actualidad, el principio rector de estas atribuciones lo encontramos en el artículo 5° bis, inciso cuarto del CA, que dispone que “[l]a autoridad deberá siempre velar por la armonía y el equilibrio entre la función de preservación ecosistémica y la función productiva que cumplen las aguas”. Como se desprende de esta disposición, no se trata de una norma de priorización de la función ecosistémica, sino que de la protección de los servicios ecosistémicos que proveen las aguas. El CA no ha querido desconocer los usos productivos de las aguas, sino que, por el contrario, darle amparo a todos aquellos usos que quedan fuera de la lógica del mercado.

verse reflejada en una adecuada protección de la biodiversidad; y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, promulgada en 1997.

⁶⁵ CELUME 2020, 391-392.

⁶⁶ SORO 2016, 153.

Como sostiene Embid, “[...] los usos que lleven a cabo los particulares de las aguas deben ser “racionales”, y la misma decisión pública sobre atribución de usos deberá ser presidida por el criterio de la racionalidad, entendiéndose por tal racionalidad la presente en los proyectos que supongan una mejor utilización del recurso desde el punto de vista de su conservación”⁶⁷.

Para otorgar esta protección, el legislador recurre a diversas herramientas tales como el establecimiento de reservas estatales sobre aguas disponibles, la implementación de caudales ecológicos retroactivos, la prohibición de la exploración y la explotación en sitios protegidos y la prohibición de drenar turberas en la zona austral del país, entre otras normas como la creación de DANE o *in situ*. Revisaremos las normas atinentes a caudal ecológico mínimo, a reservas de caudal y a DANE o derechos *in situ*.

1. Caudal ecológico mínimo

Hasta el año 2005, la legislación chilena no contemplaba una norma expresa para establecer un caudal ecológico mínimo en los cauces. La ley permitía otorgar a los particulares todo el caudal disponible teniendo sólo la obligación de respetar los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad. Sin embargo, desde 1995 la DGA, consciente del problema, y sin contar con los medios legales pertinentes, comenzó con los primeros intentos para aplicar un caudal ecológico de facto, en la asignación de derechos de aprovechamiento. Posteriormente vino la consagración jurídica definitiva y en consecuencia la obligación legal para la Autoridad de establecer un caudal mínimo ecológico mediante la modificación al Código de Aguas realizada por la Ley N° 20.017, de 2005. A diferencia de lo que ocurre en España en que, como señala Embid, “de acuerdo a su naturaleza jurídica los caudales ecológicos se configuran en la normativa vigente como una limitación previa a los flujos del sistema de explotación o como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación y no como un uso”⁶⁸, la exigencia de establecer un caudal ecológico en Chile, no está enfocada al cauce mismo, es decir, no se impuso a la Autoridad la obligación de medir los caudales promedios de un cauce y establecer un caudal mínimo a respetar por todos los usuarios de la fuente involucrados en el uso o la gestión del cauce. Por el contrario, el caudal ecológico se dirigió a restringir las solicitudes de nuevos derechos de aprovechamiento, estableciéndose que, cada vez que se otorgara un nuevo derecho, éste debía considerar la obligación de “dejar pasar” ciertos caudales asociados a su título, los que no podría utilizar.

En palabras de Boettiger, “[e]l caudal ecológico se ha definido como el agua mínima necesaria para preservar los valores ecológicos en el cauce de ríos u otros cauces de aguas superficiales⁶⁹”. Para la Dirección General de

⁶⁷ EMBID 2001, 65.

⁶⁸ EMBID 2010, 60.

⁶⁹ BOETTIGER 2013, 2.

Aguas (DGA) existen dos instancias para la determinación de caudales ecológicos. La primera es su atribución sectorial, que le permite establecer caudales ecológicos mínimos a través del CA, dentro del proceso de otorgamiento de derechos de aguas (artículo 129 bis 1 del CA). La segunda facultad de la DGA para establecer caudales ecológicos denominados, en estos casos “caudales ambientales”, es a través de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N° 19.300 o LBGMA), la cual dispone que los proyectos incluidos en el artículo 10 de dicho cuerpo normativo deberán someterse al Sistema de Estudio de Impacto Ambiental (SEIA)⁷⁰. En este punto es importante señalar que, en el caso de Estudios de Impacto Ambiental, el caudal ambiental se aplica o se determina como una medida de mitigación, frente a los impactos que pueda provocar el proyecto. Para Tala:

“[e]s indudable que la intervención legislativa más gravitante de la Ley 19.300 en el régimen de aprovechamiento hidráulico, consiste en la introducción de la planificación como instrumento de gestión ambiental, particularmente bajo la modalidad de plan de manejo, que está orientada al uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables de modo que se asegure su capacidad de regeneración (no sólo genética o reproductiva sino también de recarga), y que, fiscalizado por el organismo público pertinente, conforme al artículo 42, letra a), de la Ley 19.300, debe incluir como consideración ambiental, la “mantención de caudales de agua y conservación de suelos”. Esto es, ni más ni menos, que la regulación jurídico-positiva del llamado caudal ecológico, [...]”⁷¹.

El caudal ecológico mínimo, hasta 2022, no se aplicaba a los derechos de aprovechamiento ya otorgados que en su título no tenían incorporada esta obligación. De esta forma, existen cauces que están totalmente desprovistos de la medida. Con la aprobación de la Ley N° 21.435 de 2022, se aprobaron diversos caudales ecológicos retroactivos, es decir, aplicables a derechos de aprovechamiento ya constituidos⁷². Esta segunda posibilidad de la Administración para disponer la creación de caudales ambientales a derechos de aprovechamiento que, en su constitución originaria, no lo tenían impuesto, ha venido a suplir la imposibilidad de afectar derechos otorgados

⁷⁰ En particular, los artículos 41 y 42 de la Ley N° 19.300, de 1994, disponen que “[e]l uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas” y que “[e]l organismo público encargado por ley de regular el uso y aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá la presentación y cumplimiento de planes de manejo. Los planes de manejo incluirán entre otras consideraciones ambientales: la mantención de caudales de aguas, mantención del valor paisajístico y la protección de especies en peligro de extinción, vulnerables o insuficientemente conocidos”.

⁷¹ TALA 1999, 81.

⁷² Durante la tramitación legislativa de la Ley N° 21.435, el Ejecutivo expresó que “[...] se trata de una figura introducida unánimemente durante el primer trámite constitucional de la iniciativa, conforme a cuatro criterios específicos que evitan una hipótesis de discrecionalidad, los que recogen los lineamientos jurisprudenciales relativos a los traslados de derechos”.

con anterioridad a la ley 20.017 de 2005, desde una perspectiva práctica, legítima y constitucionalmente válida.

Las hipótesis de caudales ecológicos retroactivos son las siguientes (artículo 129 bis 1 del CA):

- a) La Dirección General de Aguas podrá establecer un caudal ecológico mínimo, respecto de aquellos derechos de aprovechamiento ya otorgados en las áreas declaradas bajo protección oficial de la biodiversidad, como los parques nacionales, reservas nacionales, reservas de región virgen, monumentos naturales, santuarios de la naturaleza, los humedales de importancia internacional y los sitios prioritarios de primera prioridad⁷³.
- b) La Dirección General de Aguas siempre podrá establecer, en el nuevo punto de extracción, un caudal ecológico mínimo en la resolución que autorice el traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas superficiales⁷⁴.
- c) La Dirección General de Aguas podrá, en su calidad de organismo sectorial con competencia ambiental, y en el marco de la evaluación ambiental de un proyecto, proponer un caudal ecológico mínimo o uno superior al mínimo establecido en el momento de la constitución del o los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales en aquellos casos en que éstos se aprovechen en las obras a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 294 (obras mayores). Con todo, la resolución de calificación ambiental no podrá establecer un caudal ambiental inferior al caudal ecológico mínimo definido por la Dirección General de Aguas⁷⁵.

2. Reservas de caudales de agua

Esta figura se incorpora en la legislación de aguas con ocasión de la reforma de la Ley N° 20.017 de 2005, sobre la base de una denegación parcial de solicitudes pendientes. Hemos reflexionado con anterioridad que:

[...] en su historia legislativa, la reserva de caudales estuvo orientada a suplir la falta de recurso hídrico para el abastecimiento de la población y para impulsar el desarrollo de actividades productivas relevantes en el

⁷³ Para efectos de determinar el sentido y alcance de esta norma, el artículo tercero transitorio de la Ley N° 21.435 dispuso que “[...] mientras no se definan conforme a la referida ley los sitios prioritarios de primera prioridad, para la aplicación del artículo 129 bis 1°, se entenderá que son aquellos los 68 sitios definidos en la Estrategia para la Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad, de 2003 y que tienen efectos para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.

⁷⁴ Esta práctica ya se venía ejerciendo por la autoridad administrativa y había sido ratificada por la Corte Suprema. Ver Corte Suprema Rol N° 9654-2009.

⁷⁵ Esta norma formaliza una práctica que la DGA, como organismo con competencia ambiental, ha venido ejecutando en el SEIA. La disposición sólo tiene aplicabilidad respecto de las obras mayores del artículo 294 del CA, que se encuentran en un cauce. Lo anterior, debido a que estas obras provocan el efecto de modificar su régimen hidrológico. El proceso de evaluación ambiental se encarga de definir o de redefinir los caudales ecológicos (caudal ambiental), esta vez, asociados a la obra. Por medio de esta disposición se le reconoce a la DGA su competencia en materia ambiental, en tanto ésta puede valorar las medidas de mitigación, reparación o compensación.

contexto regional. Hoy por hoy, la institución de la reserva ha ido mudando tímidamente a un concepto más bien amplio y susceptible de ser utilizado con objetivos de carácter social, tales como el desarrollo local o el turismo de intereses especiales, pero todavía de forma bastante restringida⁷⁶.

Como puede apreciarse, no se trata de un instrumento limitado a consideraciones ambientales ni tampoco ha sido creado para ello. Creemos que el objetivo de esta norma estaba más bien ligado a la posibilidad de que el Estado pudiese reservar aguas con la finalidad de propender al fortalecimiento de las iniciativas económicas particulares, dando cabida al desarrollo de grandes proyectos estratégicos. Sin embargo, la institución de la reserva mudó a un concepto más bien amplio y susceptible de ser utilizado con objetivos de marcado carácter ambiental⁷⁷.

La reserva de caudales ambientales se estructuró como un mecanismo eventual y residual en virtud del cual, la DGA podía evitar la constitución de nuevas titularidades privativas para aprovechar las aguas, tanto consuntivas como no consuntivas⁷⁸. En el primer caso, sólo con la finalidad de abastecer a la población. En el segundo, en circunstancias excepcionales y basándose en consideraciones de interés nacional. Ambos términos son muy amplios y permiten la introducción de diversas justificaciones, tanto ambientales como sociales o geopolíticas. Sin embargo, las consideraciones de "interés nacional" han sido estrictamente definidas por la jurisprudencia y no han sido consistentes en dar paso a razones ambientales para reservar el recurso.

Hasta antes de la reforma de la Ley N° 21.435 de 2022, la reserva de caudales constituía una herramienta de escasa aplicación práctica para preservar la naturaleza y conservar el recurso hídrico. Además, su aplicación extensiva para dar cumplimiento a los deberes estatales en materia de conservación ambiental quedaba entregada a la interpretación que de la norma hicieran los Tribunales Superiores de Justicia con motivo del recurso de reclamación judicial. Producto de la antes mencionada reforma, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas con el objetivo de asegurar la función de preservación ecosistémica (artículo 5° ter del CA). En específico, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, previo informe de la DGA, reservar el recurso hídrico, bastando que exista disponibilidad de aguas (artículo 147 bis del CA).

⁷⁶ CELUME 2021, 42.

⁷⁷ En algunos casos especiales, se autorizó a la DGA para denegar ciertas solicitudes de derechos de aprovechamiento no consuntivos pendientes con fundamentos de conservación ambiental. Ver Sentencias de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2395-2015 y 2396-2015 y Rol N° 352-2010.

⁷⁸ Para la Dirección General de Aguas 2010, 1, "[l]a figura de la reserva de caudales para ciertos usos, consiste en denegar en parte determinadas solicitudes, de modo que exista disponibilidad de recursos para la constitución de solicitudes que se encuadren dentro de las hipótesis que señala la norma".

3. Derechos de agua no extractivos (DANE) o *in situ*

La Ley N° 20.017 de 2005 incorporó una “patente por no uso de las aguas”. En la exposición de motivos de ese proyecto de ley, se advirtió la necesidad de incorporar causales de caducidad a los derechos de aprovechamiento de aguas, por su no uso efectivo. Durante la tramitación legislativa de la reforma al CA y dadas las circunstancias políticas y sociales de la época, la patente por no uso surge como una alternativa a la figura de la caducidad por no utilización de las aguas y al establecimiento de una tarifa por tenencia de los DAA. De la historia legislativa y del momento político en que se gestó la reforma podemos señalar que la posibilidad de establecer un gravamen general a la tenencia de los DAA se descartó debido a que no existía ningún catastro o registro único y completo de los DAA existentes en la época. Mal podría gravarse a los titulares de DAA si la Autoridad no tenía conocimiento de su existencia. La caducidad, por su parte, fue desechada por el símil que tenía con la figura contenida en el CA de 1951 y por la fragilidad institucional que dicho cuerpo supuso en la época de la reforma agraria. La patente por no uso implica la imposición de un gravamen (o de una sanción) en caso de que un titular de un DAA no esté dando un uso efectivo a las aguas, entendiéndose por tal, si no ha construido las obras suficientes y aptas para captar y restituir las aguas, en su caso. Para Domper, la patente por no uso de las aguas, es un tributo. En este sentido, indica que “cabe señalar que constituye más bien un impuesto al no uso del agua, el cual se aplicará sobre derechos ya constituidos y que su titular se encuentra a la espera de la oportunidad de utilizar”⁷⁹.

Esta norma si bien tuvo por objetivo evitar el acaparamiento ocioso de derechos y la consecuente especulación con ellos –especialmente, de los derechos no consuntivos–, generó un incentivo perverso consistente en gravar (o sancionar) a aquellos titulares de DAA que deseaban promover un uso ecológico o turístico a las aguas, dejándolas correr. En este sentido, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han sentenciado que “[...] para esta Corte, resulta muy importante y relevante, que el objeto de la petición de aprovechamiento pedido y otorgado a la Municipalidad de Pucón con ‘la única finalidad de preservar el medio ambiente, el turismo y desarrollar deportes náuticos’⁸⁰. Lo cual denota que no existe un fin patrimonial o empresarial, para lo cual la reclamada lo debió tener en consideración, ya que el mismo Código de Aguas en su artículo 129 bis 1 ordena a la Dirección General de Aguas al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, ‘velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente...’ Norma que está conforme con la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política”⁸¹.

⁷⁹ DOMPER 2003, 393.

⁸⁰ Considerando quinto, Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 726-2015.

⁸¹ Considerando quinto, Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 726-2015.

Como puede apreciarse, la patente por no uso de las aguas no incentiva un uso más racional y sostenible del recurso hídrico, sino que, por el contrario, consagra un uso ineficiente de las aguas. Para dar solución a este problema, la Ley N° 21.435 dispuso en el artículo 129 bis 1A que:

[a] solicitarse un derecho de aprovechamiento de aguas o mientras se tramita dicha solicitud, el titular podrá declarar que las aguas serán aprovechadas en su propia fuente sin requerirse su extracción, ya sea para fines de conservación ambiental, o para el desarrollo de un proyecto de turismo sustentable, recreacional o deportivo lo cual deberá haberse declarado de ese modo en la memoria explicativa de que da cuenta el numeral 7 del artículo 140, o por acto posterior acompañando dicha memoria actualizada". Se crea así una nueva titularidad no extractiva de las aguas, cuya fisonomía da cuenta de los objetivos del legislador por preservar la naturaleza⁸². Como se aprecia de estas normas, la incidencia ambiental en la legislación se ha intensificado, con lo que la finalidad de la publicación de las aguas también se ve afectada. Los objetivos de la demanialización en la actualidad ya no sólo tienen relación con el reconocimiento de la función ecosistémica de las aguas, sino que, por medio de sujetar al DAA a cargas ambientales, la normativa propende a su protección y a su fomento. Ello se encuentra en plena armonía con el deber estatal de tutelar la preservación de la naturaleza (artículo 19, número 8, de la CP).

A este respecto, Guzmán ha sostenido que esta obligación se configura como "[...] un refuerzo de la idea conforme a la cual, más allá de las hipótesis infraconstitucionales que efectivamente imponen comportamientos de preservación, al Estado, en tanto tutor, le cabe establecer acciones, medidas y políticas regulatorias que acudan al amparo de bienes ambientales relevantes"⁸³. Compete, por tanto, al Estado y de acuerdo con el interés público, actuar protegiendo los usos ecosistémicos de las aguas, ya que éstos, entregados únicamente a la lógica del mercado, quedarían desamparados.

⁸² Durante la tramitación parlamentaria de esta norma, el Ejecutivo señaló que se "[...] incorpora el concepto de los derechos de aguas para fines no extractivos, para destinarlos a la conservación o a fines turísticos, como puede ser el rafting que se practica en el río Trancura. Hoy, apuntó, deben solicitar derechos de aguas y construir una obra de captación para evitar el pago de patente por no uso. Resaltó que se propone crear esta figura de protección in situ que se configura como una obligación de no hacer, que se materializa en la obligación de no extraer agua superficial y subterránea. Al efecto, explicó que se trataría de un gravamen voluntario y que de no cumplir con esta carga el titular deberá pagar todas las patentes por no uso que correspondiere si hubiere tenido un derecho de agua de carácter extractivo. Lo anterior, consideró, generará un instrumento para devolver el agua a los ríos y a las napas subterráneas y una exención del pago de patentes con fines de no extractivos". Historia de la Ley N° 21.435. Comisión de Agricultura del Senado, 511.

⁸³ GUZMÁN 2010, 100.

Conclusiones

Se ha verificado un cambio profundo en la finalidad de la afectación de las aguas. Observando retrospectivamente podemos sostener que en la configuración del DAA hemos pasado de un derecho neutro y absoluto, a un derecho afectado (a priorización, a su uso efectivo y a su inscripción obligatoria) y limitado (en el tiempo y sujeto a cargas ambientales). Esta modulación del DAA ha impactado en los objetivos de la demanialización. La sujeción de las aguas a un régimen público obedece a razones distintas de aquellas esgrimidas en los años ochenta. Hace cuatro décadas el legislador se inclinaba por lograr una asignación y reasignación de los DAA conforme a las lógicas del mercado, sin importar sus fallos (como lo constituyen los bienes públicos). En la actualidad, el legislador, respondiendo más bien a objetivos de equidad –que de eficiencia– en la distribución de las aguas, ha dispuesto una estructura distinta para el DAA.

En primer lugar, ha priorizado su asignación y limitaciones a la priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento, transgrediendo la neutralidad legislativa. En segundo lugar, ha retomado el concepto del uso efectivo de las aguas, intensificando sus efectos, basándose en la función social de la propiedad. En tercer lugar, ha dispuesto la duración temporal del DAA, sin que ello lo afecte esencialmente. En cuarto lugar, ha ordenado la inscripción obligatoria de los títulos, justificándose en la seguridad jurídica. En último lugar, ha sujetado los DAA a diversas cargas ambientales, evidenciando la incidencia ambiental del recurso hídrico y proveyendo una adecuada tutela estatal a los servicios ecosistémicos de las aguas. Esta nueva conformación del DAA responde al interés público a que hoy quedan sometidos los DAA.

Bibliografía citada

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (2001). *Tratado de los derechos reales*. Editorial Jurídica de Chile.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2019). La concesión de bienes nacionales: concepto, objeto, fines y consecuencias prácticas. En Jaime ARANCIBIA MATTAR y Patricio PONCE CORREA [Ed], *El Dominio Público. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (327-375). Editorial Tirant Lo Blanch.
- BAUER, Carl (2004). *Canto de sirenas*. Editorial Bakeaz.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2019). Caracterización del derecho de aprovechamiento de aguas y propuestas de reforma. *Actualidad Jurídica* (40), 29-59.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2013). Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos. *Actas de Derecho de Aguas* (3), 1-12.
- CELUME BYRNE, Tatiana. (2022). Reconocimiento legal del derecho humano al agua y sus implicancias en los principios que informan el Código de Aguas. *Revista De Derecho Ambiental* (18), 35-61. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-4633.2022.67944>.
- CELUME BYRNE, Tatiana (2021). Regulación constitucional y legal de la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas: tensiones actuales y propuestas para su modificación. *Revista Chilena de Derecho Privado*, número temático, 15-58.
- CELUME BYRNE, Tatiana (2020). Origen y fuente constitucional de los derechos de la naturaleza en Chile. Una perspectiva desde la lógica ambiental del agua en M. GARCÍA PACHÓN

- (Ed.), *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos* (362-403). Editorial Universidad Externado de Colombia.
- CELUME BYRNE, Tatiana (2013). *Régimen Público de las Aguas*. Editorial Thomson Reuters.
- CLARO SOLAR, Luis (1930). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Tomo Sexto*. Imprenta Cervantes.
- COSTA CORDELLA, Ezio. (2016). Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile. *Revista Chilena de Derecho* (1), 335-354. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100014>.
- DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (Marzo 2010). *Análisis de metodología y determinación de caudales de reserva turísticos*. Ministerio de Obras Públicas. <https://snia.mop.gob.cl/sad/ADM5269v1.pdf>.
- DOMPER RODRÍGUEZ, María de la Luz (2003). La eficiencia en el mercado de derechos de agua: ¿Patente por no uso o por tenencia? *Revista de Derecho Administrativo Económico* (2), 381395. <https://doi.org/10.7764/redae.11.11>.
- DUGUIT, León (1975). *Las transformaciones del Derecho. Público y privado*. Editorial Heliasta.
- EMBED IRUJO, A. (2013). La crisis del sistema concesional y la aparición de fórmulas complementarias para la asignación de recursos hídricos. Algunas reflexiones sobre los mercados de derechos de uso de agua. En A. EMBED IRUJO [Dir.], *Usos del agua (concesiones, autorizaciones y mercados del agua)* (25-82). Editorial Aranzadi.
- EMBED IRUJO, A. (2010). El agua y la energía en el ordenamiento jurídico. Reflexiones generales con atención singular a la regulación del orden de utilización y al caudal ecológico. En A. EMBED IRUJO [Dir.], *Agua y Energía* (13-81). Editorial Thomson Reuters.
- EMBED IRUJO, Antonio (2001). Evolución del Derecho y de la política de aguas en España. *Revista de Administración Pública* (156), 59-99. <file:///C:/Users/franc/Downloads/Dialnet-EvolucionDelDerechoYDeLaPoliticaDelAguaEnEspaña-17553.pdf>.
- EMBED IRUJO, A. y MARTIN, Liber (2017). El nexo agua - energía - alimentación. Planificación, marco normativo e interconexiones en América Latina y el Caribe. En Pinto y M. Liber [Dir.], *Ambiente, agua y energía: Aportes jurídicos para su relación* (21-108). Editorial Lajouane.
- FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2001). *Derecho constitucional económico, Tomo I*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- FIGUEROA CONTRERAS, Demetrio (1960). De las mercedes de agua en general y en particular. En A. Hederra Donoso [Dir.], *Comentarios al Código de Aguas* (221-279). Editorial Jurídica de Chile.
- FIGUEROA DEL RÍO, Luis (1997). *Asignación y distribución de las aguas terrestres*. Ediciones Universidad Gabriela Mistral.
- FUENTES OLMOS, Jessica (2018). *El derecho de propiedad*. Ediciones Der.
- GARCÍA MACHMAR, William (2019). Reglados, gratuitos y perpetuos: críticas a la asignación de títulos habilitantes sobre el dominio público. En Jaime Arancibia Mattar y Patricio Ponce Correa [Ed.], *El Dominio Público. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (227-252). Editorial Tirant Lo Blanch.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (1997). La naturaleza jurídica de la autorización y de la concesión, a propósito de la utilización del dominio público. *Anuario da Facultade de Dereito, Universidade da Coruña*, 337-351.
- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2010). *La regulación constitucional del ambiente en Chile*. Editorial Legal Publishing.
- LIRA URQUIETA, Pedro y DE LA MAZA, Lorenzo (1940). *Régimen legal de las aguas en Chile*. Editorial Nascimento.
- MARIENHOFF, Miguel (2011). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo VI*. Editorial Abeledo Perrot.
- MARTIN, Liber (2013). Aguas disputadas. Transformaciones del interés público (y privado) en el uso del agua pública. *Passagens* (1) 3-28.
- MONTORY BARRIGA, Gonzalo (2019). *La propiedad constitucional: limitaciones, privaciones, contenido esencial*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1979). *El derecho de propiedad privada*. Editorial Temis.

- OBANDO CAMINO, Iván (2019). La función social de la propiedad: un análisis de sus antecedentes doctrinales, históricos y jurisprudenciales. En R. FUENTES GUÍÑEZ y V. OPAZO DE LA FUENTE [Coord.], *El derecho de propiedad: estudios públicos y privados* (435-468). Editorial Tirant Lo Blanch.
- PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Editorial Jurídica de Chile.
- PRECHT PIZARRO, Jorge (1968). *Fundamento teórico de las limitaciones impuestas al derecho de propiedad en razón de interés público*. Editorial Jurídica de Chile.
- RIVERA BRAVO, Daniela (2013). *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste*. Editorial Thomson Reuters.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2012). *Interés general, Derecho administrativo y Estado de bienestar*. Editorial Iustel.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2016). *La distribución de las aguas. Ordenación y servicio público en la administración hídrica y en las juntas de vigilancia de ríos*. Editorial Thomson Reuters.
- ROSSEL COWPER, Sergio (1960). Del dominio y aprovechamiento de las aguas en Hederra Donoso [Dir.], *Comentarios al Código de Aguas* (57-220). Editorial Jurídica de Chile.
- SORO MATEO, Blanca (2016). La revisión de concesiones de uso privativo de agua para su adaptación a las exigencias ambientales de los planes hidrológicos y su eventual indemnización. *Revista Aragonesa de Administración Pública* (47-48), 151-179.
- TALA JAPAZ, Alberto (1999). *Derecho de Recursos Naturales*. Ediciones Jurídicas La Ley.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1998). *Derecho de Aguas*. Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA DUPLAQUET, Ciro (1960). Generalidades. En A. Hederra Donoso [Dir.], *Comentarios al Código de Aguas* (1-56). Editorial Jurídica de Chile.
- VIGUERAS SALAZAR, Rubén (2019). Inconsistencias dogmáticas de la "teoría de la posesión inscrita" en la teoría de los derechos y acciones reales. En R. FUENTES GUÍÑEZ y V. OPAZO DE LA FUENTE [Coord.], *El derecho de propiedad: estudios públicos y privados* (297-344). Editorial Tirant Lo Blanch.

Normativa citada

- Decreto con Fuerza de Ley N° 1122. Fija el texto del Código de Aguas. 29 de octubre de 1981. D.O. No. 31.102.
- Ley N° 21.435 de 2022. Reforma Código de Aguas. 25 de marzo de 2022. D.O. No. 43.212.
- Ley N° 19.300 de 1994. Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. 01 de marzo de 1994. D.O. No. 34.803.

Jurisprudencia citada

- Control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre concesiones de energía geotérmica. Tribunal Constitucional (1999): Tribunal Constitucional, 02 de diciembre de 1999 (Rol N° 300-1999). Pleno [Control de constitucionalidad].
- HidroAysén S.A con Ministerio de Obras Públicas* (2017) Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de mayo de 2017 (Rol N° 2395-2015).
- Ilustre Municipalidad de Pucón con Director General de Aguas* (2016): Corte de Apelaciones de Temuco, 27 de marzo de 2017 (Rol N° 726-2015). [Recurso de reclamación].
- R C Tuxford Exports Limited con Commpart Repuestos Ltda* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de agosto de 2010 (Rol N° 2396-2010). [Recurso de apelación].
- Requerimiento de inaplicabilidad de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del Código de Aguas, introducidos por la Ley N° 20.017 y referidos a la obligación de pago de patente por derechos de aprovechamiento de aguas no utilizados, así como la exención de la misma (2015): Tribunal Constitucional, 13 de octubre de 2015 (Rol N° 2.693-2014). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 129 bis 5 del código de aguas (2022): Tribunal Constitucional, 02 de agosto de 2023 (Rol N° 13.539-2022). Pleno [Requerimiento de inaplicabilidad].

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del inciso séptimo del artículo 122 del Código de Aguas (2011): Tribunal Constitucional, 02 de junio de 2011 (Rol 1.578-2009). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].

Sergio Menichetti Cuevas con Dirección General de Aguas (2012): Corte Suprema, 24 de mayo de 2012 (Rol N° 9654-2009). [Recurso de casación].

Sur electricidad y energía S.A. con Ministro de Obras Públicas (2013): Corte de apelaciones de Santiago, 17 de octubre de 2013. (Rol N° 352-2010). [Recurso de reclamación].

