



## Minuta

### Modificaciones al marco regulatorio del agua en Chile, para una gobernanza moderna, sostenible y colaborativa.

1. En enero de 2010 el país ingresó a la OCDE, organismo que realizó una Evaluación del Desempeño Ambiental (2016) con 54 recomendaciones para 2016-2025, a fin de que el país avance hacia un desarrollo más verde y sostenible.
2. Las recomendaciones relacionadas con el agua se complementan con la Agenda 2030 (ONU) y algunos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), tales como:
  - ODS 6 que propicia garantizar la disponibilidad y acceso a agua potable segura, su gestión sostenible y el saneamiento para todos;
  - ODS 12: garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles, que posibiliten a las personas sobrevivir y prosperar, preservando los recursos naturales para nuestros descendientes;
  - ODS 15: proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, tales como bosques, humedales y montañas, luchando contra la desertificación, la degradación de las tierras y la pérdida de la biodiversidad biológica.
3. El debate regulatorio en el seno de la Junta Militar de Gobierno respecto al Código de Aguas de 1981 no recogió elementos que hoy inquietan a la sociedad, tales como la escasez hídrica, la preservación ecosistémica, la prioridad para el consumo humano y saneamiento, la transparencia de la información, la fiscalización de las extracciones o la necesaria adaptación al cambio climático; debilitando el concepto de que el agua es un bien nacional de uso público (Vigente en Art. 5 de Código de Aguas y Arts. 589 y 595 del Código Civil. diseñado en un escenario de abundancia, con una oferta mayor que la demanda y una mayor disponibilidad que la actual. Además, la preservación ecosistémica y, no eran tema de debate, al igual que el contexto político de la época, no favorecía la libre discusión.
4. En 2005 hubo una modificación legal importante, aunque no suficiente, con normas relativas a la aplicación del caudal ecológico y al cobro de una patente a los titulares de derechos de aguas que no cuenten con las respectivas obras de aprovechamiento.



5. En 2012 el Ejecutivo ingresó un Mensaje (**Boletín 8149-12**) que incrementaba los umbrales sancionatorios frente a contravenciones a las disposiciones del Código de Aguas, aprobándose en la Cámara de Diputados, pero congelándose su tramitación en el Senado. En 2016 el Ejecutivo le introdujo múltiples indicaciones, aumentándose las atribuciones y herramientas de la Dirección General de Aguas (DGA) en materia de fiscalización y en lo relativo a la protección de la calidad de las aguas en sus fuentes naturales; propiciando un acceso expedito a toda la información necesaria para una mejor gobernanza del agua y tipificando nuevas contravenciones a la ley con sus correspondientes sanciones. Dicho proyecto culminó su tramitación legislativa en octubre de 2017, publicándose como ley 21.064 en enero de 2018.
  
6. En 2011 se ingresó una moción parlamentaria (**Boletín 7543-12**) que buscaba intensificar el concepto de uso público de las aguas y transformaba en temporales (5 años) las actuales concesiones indefinidas de derechos (antiguas y nuevas). También aplicaba retroactivamente el concepto de caudal ecológico, mutándolo a uno de carácter hidrobiológico. A este proyecto de ley (que aún no terminaba de sancionarse en ninguna comisión) el Ejecutivo ingresó en septiembre de 2014 una **indicación sustitutiva** que fue votada en tres comisiones de la Cámara de Diputados (Recursos hídricos y desertificación + Agricultura + Hacienda), aprobada en la Sala y votada a mediados de 2017 en la Comisión especial de Recursos Hídricos del Senado, encontrándose desde entonces en la Comisión de Agricultura del Senado, sin iniciar votación. La iniciativa:
  - Promueve **un equilibrio** entre el derecho humano de acceso al agua potable y saneamiento con la preservación ecosistémica y el desarrollo productivo (Art. 5 inc. 3 y Art. 5 bis inc. 3).
  - Consagra los **derechos humanos de acceso al agua potable y al saneamiento**, priorizándolos sobre otros usos (Art. 5 inciso 4). Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, **de subsistencia y saneamiento**, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento (Art. 5 bis).
  - **Prohíbe exploraciones y extracciones de aguas en:**
    - Glaciares (Art. 5 inc. 5)
    - Áreas declaradas bajo protección oficial de la biodiversidad
    - aguas subterráneas que alimentan humedales y pajonales de toda la macrozona norte (Art. 58 inc. 5)



# PPD

- En terrenos que correspondan a sectores acuíferos que alimenten humedales que hayan sido declarados por el Ministerio del Medio Ambiente, como ecosistemas amenazados, ecosistemas degradados o sitios prioritarios (Art. 58 inc. 6).
- “No podrán construirse sistemas de drenaje en las zonas de turberas existentes en las regiones de Aysén y de Magallanes y Antártica Chilena.” (Art. 47).
- **Consagra el principio de sustentabilidad del acuífero:** “Si la explotación de aguas subterráneas produce una degradación del acuífero o de una parte del mismo, al punto que afecte su sustentabilidad, la DGA si así lo constata deberá, de oficio o a petición de uno o más afectados, limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en la zona degradada, a prorrata de ellos...” (Art. 62, recogida en 8149-09)
- **Reservas de aguas** (Art. 5 ter). Para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas (art. 147 bis).
- **Propiedad del derecho de aprovechamiento.**
  - La reforma siempre hizo la distinción entre el hecho de que las aguas corrientes o en una fuente natural son un bien nacional de uso público (no son apropiables), pero que el derecho de aprovechamiento (a usar y gozar), al ser un derecho real, es apropiable y disponible (Art. 6, Art. 20 y Art. 1 Transitorio).
  - “El titular de un derecho de aprovechamiento inscrito podrá disponer de él con los requisitos y en las formas prescritas en este Código y demás disposiciones legales.” (Art. 20).
  - **Se consagran limitaciones no expropiatorias:** “En función del interés público, se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas a los particulares, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código.” (Art. 5 inc. 2); De existir riesgo de que su aprovechamiento pueda generar una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae o, la DGA podrá limitar su uso o bien suspender su ejercicio mientras persista esta situación (Art. 6)
- **Medidas inhibitorias a la tenencia ociosa y especulativa de derechos** que no se aprovechan, posibilitando que puedan volver a la sociedad en su calidad de bienes nacionales de uso público: patentes incrementales y extinción del derecho por no aprovechamiento dentro de un plazo (“use it or loose it”), Los derechos de aprovechamiento se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del recurso en los términos dispuestos en el artículo 129 bis 9. El plazo de extinción es de 5 años (derechos de aprovechamiento consuntivos)



## PPD

o 10 años (no consuntivos). Los plazos correrán desde la publicación de la resolución que los incluya por primera vez en el listado de derechos de aprovechamiento afectos al pago de patente (Art. 6 bis).

- **Temporalidad** (prorrogables) de los nuevos derechos que se concedan. El derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión será de treinta años
- **Aguas del minero**: se modifica el Art. 56, obligando a informar su hallazgo dentro de 90 días y se establece la facultad de la Autoridad de limitará dicho uso si hubiere grave afectación de los acuíferos o de derechos de terceros.
- **Aguas de la APR**. En el mismo art. Que regula las aguas del minero se crean éstas (aguas subterráneas).

7. En general, los países de América Latina no son propensos a revisar con periodicidad su legislación de aguas y, en consecuencia, adaptarse o anticiparse a los cambios que van derivando del cambio climático o del crecimiento demográfico y económico.

8. El paso desde la resistencia de usuarios y actores de aguas a una adecuación normativa e institucional a aceptar que sin adaptación a estos fenómenos nos exponemos a daños, degradación y conflictos difícilmente reversibles, puede simplificarse en una secuencia de cuatro etapas:

- a) “negación” del componente integral del problema, como la falta de disponibilidad o la afectación a la calidad de las aguas;
- b) “apropiación o acumulación” (legal o ilegal) de aguas, como respuesta a la amenaza;
- c) “asimilación” de que la inacción puede ampliar la amenaza y vulnerabilidad; y
- d) de “aceptación”, reconociendo que si no se trabaja mano a mano con otros actores, será imposible abordar de manera seria estos desafíos.<sup>1</sup>

9. En estos procesos suelen coexistir visiones contrapuestas en el mismo espacio y tiempo, con una importante resistencia anclada desde la “negación” o la “apropiación”, o siguiendo la racionalidad descrita por Hardin en 1968 en el dilema conocido como “La tragedia de los comunes”, es decir, aquella situación donde las acciones racionales de la suma de los individuos puede volverse en su contra, terminando por destruir un recurso natural finito, compartido y limitado, aunque a

---

<sup>1</sup> DOUROJEANNI, Axel. *Políticas Hídricas y Leyes de Agua*, en *Desafíos del Agua para la región Latinoamericana*, Fundación CHILE, Santiago, 2016, pp. 44-59.



**PPD**

ninguno de ellos, como personas o como colectividad, les convenga dicha destrucción.<sup>2</sup>

10. El grupo más resistente al cambio son las dirigencias gremiales de la agricultura. Una parte importante de los que se resisten no tienen derechos de aprovechamiento, sino usos de aguas que no han podido regularizar. Algunos de ellos porque son posteriores a 1977 (no afectos a la regularización que determina el actual Art. 2° Transitorio). Si bien la FAO señala que la media mundial es que el 70% de las aguas son utilizadas por la agricultura, en Chile superan el 82%, habiendo claras muestras de ineficiencia hídrica. Este sector contribuye en un 2,9% al PIB (la minería aprovecha el 3% de las aguas y contribuye con un 10% al PIB).

Carlos Estévez Valencia.

Valparaíso, 22 de agosto de 2018

---

<sup>2</sup> HARDIN, Garrett. La tragedia de los comunes, en Science, v. 162 (1968), pp. 1243-1248.



Minuta 2/22.08.2018

**Sobre la fiscalización y actuaciones sobre derechos de aprovechamiento de aguas que afectan la provincia de Petorca, realizadas entre 03/2014-03/2018.**

**1.- El contexto** de esta minuta es la inquietud de la senadora Muñoz (presidenta de la Comisión Especial de Recursos Hídricos) y del senador Lagos de la región de Valparaíso, sobre las expresiones públicas del Sr. Subsecretario de Obras Públicas, Lucas Palacios, quien habría señalado a los medios de comunicación social, mientras acompañaba un proceso de fiscalización en la provincia de Petorca, que no habría habido fiscalización en esa área y puntos, toda vez que en la administración anterior “se habría guardado en un cajón un estudio satelital de 2014, durante cuatro años.”

Estas fiscalizaciones que el Subsecretario ha acompañado son siempre necesarias e importantes. Sin embargo, no es efectivo que la Dirección General de Aguas se hubiese abstenido de fiscalizar y que se hubiese escondido dicho estudio y resulta muy discutible la fortaleza vinculante del mismo, tal como se señala más abajo dentro del acápite “hallazgos”. Lo que corresponde es hacerse cargo de la problemática de fondo (regularizaciones judiciales, extracciones ilegales, falta de apoyo a las comunidades de aguas subterráneas, bajo control de extracciones al ejercicio de los derechos constituidos, etc.) que sigue afectando al balance hídrico.

**2.- Características del valle del río Ligua y del valle del río Petorca y declaración como áreas de restricción de sus acuíferos.**

El valle del río Petorca se encuentra situado al sur del valle del Choapa y al norte del valle del río La Ligua, de régimen hidrológico mixto, nival y pluvial, predominando el pluvial bajo los 2.000 m.s.n.m. y el nival en las partes altas. La hoya hidrológica de este valle abarca una superficie de 1.964 km<sup>2</sup>. El recurso superficial actualmente sólo se encuentra presente en la cabeceras de la cuenca. El valle del río Petorca presenta un acuífero freático (aguas subterráneas) de un espesor medio no superior a 10 metros.

El valle del río La Ligua se encuentra delimitado por los valles de los ríos Petorca, por el norte, y Aconcagua por el sur. Su régimen hidrológico es mixto al igual que el valle del río Petorca. La hoya hidrográfica del valle del río La Ligua tiene una superficie total de 2.053 km<sup>2</sup>. El recurso superficial actualmente sólo se encuentra presente en la cabecera de la cuenca. El valle del río La Ligua presenta un acuífero freático de un espesor medio no superior a 15 m.



El escaso espesor y una permeabilidad relativamente alta en ambos valles, concentrada en la parte superior, transforman a los acuíferos en un sistema íntimamente ligado con el río y muy dependiente de los recursos que éste posea. Las características anteriores se manifiestan en una reducida capacidad almacenamiento y de regulación del sistema.

**Por ello, ambos acuíferos fueron declarados Área de Restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas** (Petorca por resolución D.G.A. N° 216 de 15 de abril de 1997 y La Ligua por resolución D.G.A. N° 204 de 14 de mayo de 2004).

Una de las principales consecuencias de la declaratoria de área de restricción es que la Administración ya no podrá conceder derechos definitivos, pudiendo sólo conceder derechos provisionales (cuyo caudal puede ser variado por la autoridad en respuesta al ciclo hidrológico). Art. 65 y siguientes del Código de Aguas.

Sin embargo, luego de declaradas las respectivas áreas de restricción se otorgaron derechos de aprovechamiento definitivos de aguas subterráneas en esta provincia, en su mayoría con cargo a regularizaciones por sentencia judicial (Art. 2° transitorio del Código de Aguas) y por asignaciones efectuadas por el S.A.G. (Art. 5° transitorio del Código de Aguas). Este es uno de los problemas de fondo que aún hoy no tiene freno.

**3.- Principales acciones efectuadas por la DGA, a partir de 2014, para hacer frente a esta realidad.**

1. Con fecha 13 de Junio de 2014 (Resolución D.G.A. Exenta N° 1703), se **dejó sin efecto los derechos de aprovechamiento provisionales que se habían concedido anteriormente en los acuíferos del río Ligua y río Petorca, provincia de Petorca, Región de Valparaíso**. Esto significó abrir un frente judicial, toda vez que el abogado Rodrigo Weisner, en representación de varios agricultores exportadores, interpuso un recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones. Dicha Corte terminaría por darle la razón a la DGA y luego, en 2017, la propia Corte Suprema. Se estima por un informe técnico de la División de Administración de Recursos Hídricos (DARH) que **estos derechos de aprovechamiento provisionales representaban un 8% del total de la demanda**.

2. El mismo año 2014, avanzando con estudios hidrogeológicos de ambos acuíferos, **se procedió a dividirlos en 12 subsectores hidrogeológicos de aprovechamiento común (SHAC)**. 7 y 5 por cada acuífero. La consecuencia de esto es que limitó la compra de derechos en distintos puntos del acuífero, para luego tramitar un cambio de punto de captación a subsectores con mejor carga hídrica, avanzando en la sobre explotación. La segunda consecuencia importante es que se constituyeron 12 nuevas comunidades de aguas subterráneas, que junto con la CASUB de Copiapó, son prácticamente las únicas organizaciones de esta clase.

3. **Regularizaciones.** El informe técnico del DARH/2014 señaló que el 42% de los derechos de aprovechamiento allí existentes no habían sido concedidos por la DGA, sino



que muchas veces contra su parecer técnico, por los tribunales de justicia y el SAG, aprovechando los actuales Art. 2 y 5 transitorios del Código de Aguas vigente. Frente a ese problema, **el Ejecutivo incluyó en la reforma al Código de Aguas (B. 7543-12) una modificación al procedimiento de regularización, retirándolo de la órbita de los tribunales y del SAG** y radicando la competencia en la propia DGA, organismo técnico que conoce la situación hidrogeológica de mejor modo. Esta modificación evitaría la sobre explotación que tiende a ocurrir por la actuación de abogados y testigos ante tribunales, toda vez que hoy, en el acuífero de Petorca, el 44% de los derechos de aprovechamiento vigentes, de carácter permanente y definitivos, habrían sido “reconocidos” por los tribunales de justicia.

Acuífero	DAA Permanente y Definitivos	
	Art. 2° T del CA	Ley 20.017 de 2005
La Ligua	37%	9%
Petorca	44%	18%

4. En septiembre de 2014 se encargó por ese Servicio, un estudio que sirviese para el accionar de la Unidad de Fiscalización y la Dirección Regional, levantando áreas donde se podía presumir la existencia de puntos de extracciones de aguas irregulares, el que se denominó **DETECCIÓN DE USOS DE AGUA Y OBRAS HIDRÁULICAS IRREGULARES EN LAS CUENCAS DE LIGUA Y PETORCA**". Este es el Estudio al que haría referencia el Sr. Subsecretario de OO.PP.

El 7/11/2014, por Resolución Exenta DGA N° 2.914, se adjudicó la licitación pública de prestación de servicios personales y designó inspector fiscal. El 10/12/2014, por Oficio N° 150, se aprobó el Informe Etapa 1. Informe que recientemente se ha socializado.

Por Oficio N° 38, del 22/07/2015 se enviaron las observaciones a Informe pre-empaste, recibándose por Carta del 21/08/2015 (del consultor), el Informe pre-empaste corregido. Luego, en carta del 02/02/2016 el consultor envía empastes del estudio definitivo, con sus correcciones. Finalmente, el contrato fue liquidado, según Acta de Liquidación, el 24 de febrero de 2016. Esta Resolución de la liquidación se aprobó el 22 de diciembre de 2016 por el Sr. Miguel Silva (Subdirector General de Aguas entonces y

**Hallazgos del estudio:** Este estudio realizado para el Departamento de Estudios arrojó que había 26 predios “sospechosos” en La Ligua y 8 en Petorca (2 de Agrofrutillar Ltda., 3 de Agrícola Paltuncho Ltda., 1 de Soc. Agrícola Santibáñez Hnos., 1 de Soc. Agric. y



**PPD**

Ganadera El Sobrante Ltda y 1 de Agric. Chalaco Ltda.). En cuanto a los 5 lugares a prospectar con GPR (Radar de Penetración Terrestre), se realizó en conjunto con el equipo regional DGA, por tanto conocieron y trabajaron en función de esos antecedentes, ya que fue la propia dirección regional quien anticipó a la empresa los puntos que se quería fiscalizar.

Ese estudio, hoy públicamente accesible, señala que los resultados en los 5 sectores mostraron un comportamiento heterogéneo del subsuelo (variaciones de la estratigrafía de los depósitos, presencia de bolones de mayor tamaño) que en La Sirena, así como un terreno más irregular para el paso del instrumento (arbustos, bolones). "Estos factores implicaron ruido en las mediciones y la presencia de anomalías parecidas a las de un objeto enterrado, complicando la interpretación de modo que los resultados, en términos de detección de drenes, son probables pero no concluyentes.

Las prospecciones con GPR no resultan provechosas para los sectores donde los deslindes de las propiedades y cotas ribereñas al río no se encuentran oficialmente delimitados, generando confusión tanto de la ciudadanía como autoridades del verdadero cauce del río, provocando que la mayoría de los deslindes de propiedades se encuentren cercanos al eje del cauce. A su vez las posibles obras irregulares en el caso de existir se encuentran dentro de las propiedades delimitadas por sus propios dueños, no siendo detectadas por este método de prospección.

Finalmente, cabe señalar que el Departamento de Estudios remitió los empastes por Memo N° 28 del 3 de marzo de 2016 a la Unidad de Fiscalización y por Memo N° 29 del 3 de marzo de 2016, a la DGA Regional. Es decir, ese Departamento no procedió a ocultar esta información, sin perjuicio del valor para fiscalización que ese informe podría aportar.

5. **Fiscalización.** En respuesta a la preocupación por la grave situación de zona, la Unidad de Fiscalización definió como objetivo la inspección de la totalidad de los 53 derechos caducados por la Resolución D.G.A. (Exenta) 1703/2015. Del total de puntos de captación inspeccionados (53), 24 de ellos estaban habilitados y en funcionamiento al momento de la inspección, a los cuales se procedió abrir expediente administrativo. Cabe señalar que 29 puntos de captación restantes se encontraban deshabilitados, o bien, ya no existían. 12 de los cuales habían sido remitidos en 2017 a Juez de letras y garantía y Ministerio Público.

Cuando la Corte Suprema, con fecha 3 de mayo 2017, falló a favor de la Dirección General de Aguas del MOP, en lo relacionado con la caducidad de los derechos provisionales de aguas subterráneas, ratificando en definitiva la decisión del servicio de derogarlos. Con posterioridad a este fallo, la Dirección General de Aguas, Región de Valparaíso realizó nuevamente una fiscalización a los pozos con derechos provisionales constituidos de las agrícolas que presentaros el recurso de protección que genero el fallo



**PPD**

de la Corte Suprema. En consecuencia, tampoco es efectivo que esas fiscalizaciones no se hayan efectuado.

Carlos Estévez Valencia

Valparaíso, 22 de agosto de 2018.