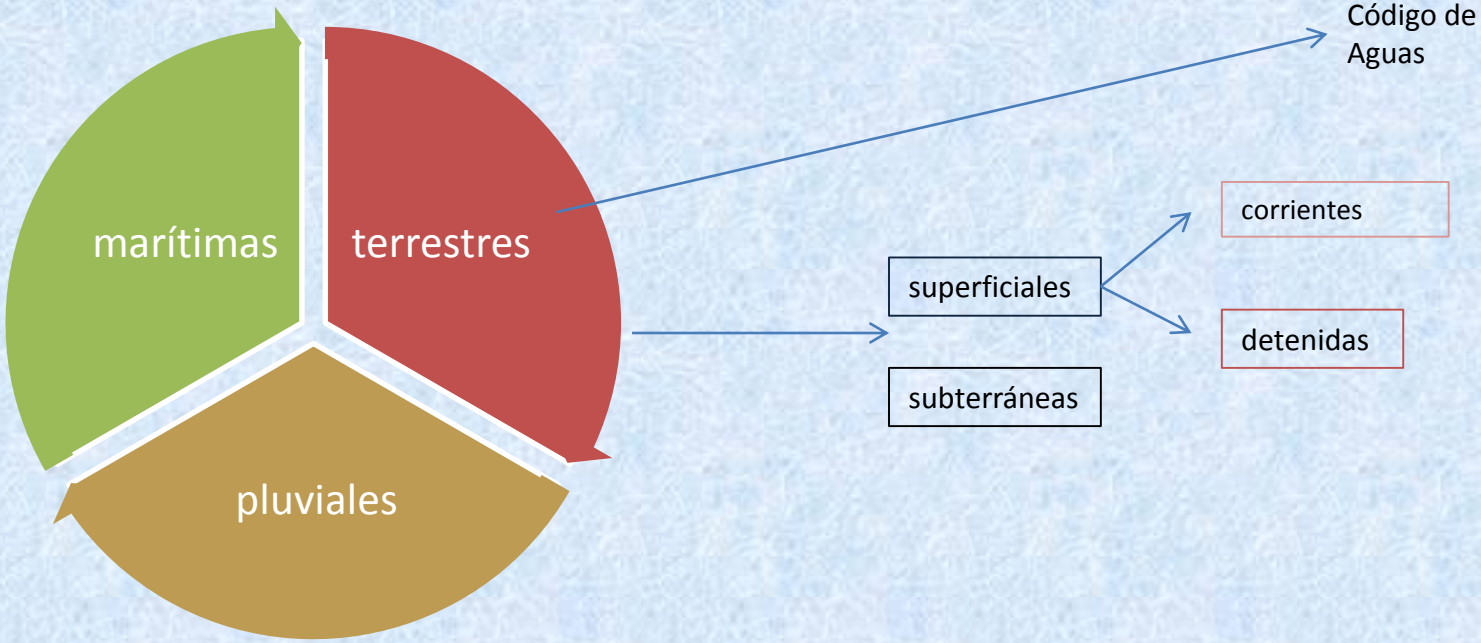
XX JORNADAS INTERNACIONALES EN DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
EL DERECHO DE AGUAS EN EL SIGLO XXI

Uso de las aguas en Chile

María Luisa Baltra Vergara

Bogotá, 26 de octubre de 2018

Aspectos generales en materia de uso y aprovechamiento de las aguas



Aguas desalinizadas: ?

Solo reguladas ambientalmente en la medida que estén dentro del SEIA o contaminen

Aspectos generales en materia de uso y aprovechamiento de las aguas

- Agua bien nacional de uso público
- Requiere un título para su aprovechamiento:
  - Derecho constituido conforme a la ley
  - Derecho reconocido por la ley
- Garantía constitucional art. 19 n 24 inciso 11
- Titulares tienen derechos y obligaciones conforme a la legislación
- Las aguas son bienes nacionales de uso público.
- El derecho de aprovechamiento de aguas es de duración indefinida, sin perjuicio que existen causales de extinción total o parcial del mismo.
- El derecho de aprovechamiento de aguas es transable en el mercado.
- El 78% de las aguas en Chile se utilizan para la agricultura. La minería ocupa un 4% de los recursos hídricos del país pero que se distribuye principalmente en el sector norte.
- Hoy en día, por los cambios climáticos, contaminación y el calentamiento global, las aguas son escasas y, en algunas zonas, inexistente.
- Esta situación genera conflictos y hace necesario que se tomen medidas.
- No existe en la legislación vigente gestión de cuencas o gestión integrada de los recursos hídricos
- Se incorporan al Código de Aguas, en enero de 2018, mayores atribuciones a la DGA en materia de fiscalización y se aumentan las penas en el Código Penal

Cuenca u hoya hidrográfica (art. 3º CA)

..:: Legislación aplicable en Chile

- Constitución Política de 1980 (art. 5º inciso 2º, 19 N°s 8 y 24 inciso final)
- Tratados internacionales y convenios ratificados por Chile

- Código de Aguas de 1981
- DL N° 2603 de 1979 (art. 7°)
- Decreto Supremo N° 203/2013, que contiene las normas para exploración y explotación de aguas subterránea
- Reglamento del Catastro Público de Aguas (DS N° 1220 de 1998)
- Resolución DGA N° 1800 de 14 de julio de 2013, sobre Instrucciones para la tramitación de derechos de aprovechamiento de aguas
- Manual de Procedimiento de la Dirección General de Aguas (Res. Exenta N° 3504 de 17 de diciembre de 2007)

- Ley N° 19.300, bases del Medio Ambiente y sus reglamentos
- Ley Nº 20.600, Tribunales ambientales
- Ley N° 20.930 derecho real de conservación ambiental
- Ley N° 18.575, bases generales de la administración pública
- Ley N° 19.880 sobre normas supletorias del procedimiento administrativo

- Convenio N° 169 de la OIT
- Ley N° 19.253 (Ley indígena)
- DS Nº 66 de 2014 sobre consulta indígena

- Código Civil
- Código de Procedimiento Civil
- Ley 20.886 sobre tramitación electrónica

- Código Penal
- Código Procesal Penal

..: Intervinientes

- **Dirección General de Aguas**
  - Política Nacional de Aguas
  - Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas
  - Tramitación de otras solicitudes
  - Regularización de derechos de aprovechamiento de aguas (art. 2° transitorio CA)
  - Organización de usuarios de aguas
  - Catastro Publico de Aguas
  - Declaración de sequia
  - Remate de derechos de aguas (constitución de derechos de aprovechamiento)
- **Presidente de la República**
  - Constitución de derechos de aguas en situaciones excepcionales
  - Denegación parcial de derechos de aprovechamiento de aguas
- **Poder Judicial**
  - Resolución de conflictos de aguas
  - Regularización de derechos de aguas
  - Organizaciones de usuarios
  - Recurso de reclamación (art 137 CA)

..: Intervinientes

- **Conservador de Bienes Raíces**
  - Inscripción de derechos de aprovechamiento de aguas

- **Titulares de derechos de aprovechamiento de aguas**
  - Titulares de derechos **constituidos** conforme a la ley
  - Titulares de derechos **reconocidos** conforme a la ley
    - Titulares de derechos de aprovechamiento de aguas reconocidos por la ley propiamente tales.
    - Titulares de derechos de aprovechamiento con inscripciones regularizadas
    - Titulares de derechos de aprovechamiento de aguas susceptibles de regularizar inscripciones
- **Organizaciones de usuarios de Aguas** (juntas de vigilancia, asociaciones de canalistas, comunidades de agua)
- **Tesorería General de la Republica**
  - Patentes por no uso de aguas
- Personas naturales o jurídicas del sector público o privado que efectúen solicitudes vinculadas a los derechos de aprovechamiento de aguas
- **Tribunales Ambientales**
  - Reclamo resoluciones administrativas que afecten el medio ambiente
  - Declaración de daño ambiental

Derecho de aprovechamiento de aguas

- **<u>Nadie puede extraer aguas sin un título que lo autorice</u>** (constituido conforme a la ley o reconocido por la ley)
- **Art. 6º CA** *El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código.*

  El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley"

..: Origen de los derechos de aprovechamiento de aguas

Constituidos por autoridad	Reconocidos por la ley
• Dirección General de Aguas • Pdte. de la República	• Casos en Código de Aguas • Casos en leyes especiales

Los derechos de aprovechamiento de aguas **deben inscribirse** en el Conservador de Bienes Raíces y **registrarse** en el Catastro Público de Aguas

Derecho de aprovechamiento de aguas

Características del derecho real de aprovechamiento de aguas:

- Es un **derecho real** (art, 2º CA)
- Derecho **mueble o inmueble** (art. 580 CC)
- Derecho constituido por autoridad está sujeto al régimen de **posesión inscrita al igual que los inmuebles** (art. 121 CA)
- Esta protegido por la garantía del art. 19 Nº 24 CPE
- Es **renunciable** (art. 6º CA)
- Es divisible (art. 6º CA)
- Puede tener diferentes modalidades de ejercicio
- Puede trasladarse (arts. 158 y 163 CA)
- Es un **derecho hipotecable** (Arts. 110 y 111 del CA)
- **bien distinto e independiente del dominio y del predio a que las aguas se destinen**. (arts. 6º y 317 CA)
- **No es obligatorio usar el agua**, pero si se puede ver obligado a pagar una patente por no uso (arts. 129 bis 4 y ss.)
- Autoriza imponer y constituir servidumbres

..: Conceptos Generales

Tipos de derechos de aprovechamiento de aguas (Arts. 12 a 19 del CA)

Derecho consuntivo	Consume el agua
Derecho no consuntivo	Debe usar el agua y restituirla
Derecho de ejercicio permanente	Se ejerce en fuente de abastecimiento no agotada
Derecho de ejercicio eventual	Se ejerce sólo cuando se han satisfecho los derechos de ejercicio permanente
Derecho de ejercicio continuo	Se ejerce las 24 horas del día
Derecho de ejercicio discontinuo	Uso del agua en ciertos períodos
Derecho de ejercicio alternado	En el uso del agua 2 o más personas se alternan sucesivamente en el uso del agua

CONCEPTOS CLAVES

Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas	Reconocimiento de derechos de aprovechamiento de aguas
Regularización de derechos de aprovechamiento de aguas	Perfeccionamiento de títulos

USOS DEL AGUA

Legislación siglo XIX:

principalmente riego por zonas

legislación dispersa de acuerdo a las necesidades

Código de 1951, distingue entre aguas como bien nacional de uso público y aguas privadas.
Mercedes de son perpetuas o temporales
Se establece un orden de prelación para constituir mercedes de aguas (cuando se presenten solicitudes sobre las mismas aguas):

- Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales
- Usos domésticos y saneamiento de poblaciones
- Regadío
- Plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica
- Industrias, molinos y fabricas, y
- Otros usos

Dentro de cada clase se prefieren las empresas de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de condiciones preferirán según fechas de solicitudes.

Código de 1967, producto de la reforma agraria (entra en vigencia en 1969)
No establece preferencias para el uso del agua.

USOS DEL AGUA

Código de 1981,

Derechos de aprovechamiento de aguas constituidos (indefinidos) y reconocidos (indefinidos y/o transitorios)

No se establece un orden de prelación para constituir derechos de aprovechamiento de aguas:

Requisitos para su constitución:

- Disponibilidad del recurso hídrico (material y jurídica)
- No afecte derechos de terceros
- Cumplimiento de requisitos legales
- En caso de querer constituir derechos sobre aguas subterráneas dentro del predio de un tercero debe contar con una autorización de ingreso al predio
- Limitaciones respecto de vegas y bofedales

No se debe justificar para que se quiere el derecho de aprovechamiento de aguas

No es obligatorio usar el caudal que comprende el titulo

Si bien contemplaba en la constitución del derechos de aprovechamiento el remate nunca se hizo uso de esa posibilidad

USOS DEL AGUA

Código de 1981,

Trae aparejada la especulación y la adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas por lo que en 2005 se modifica el Código:

- Sobre ciertos caudales solicitados es necesario justificar en la solicitud para qué se usara el agua (si se crea el derecho no queda sujeto al uso invocado)
- Se reconoce legalmente el caudal ecológico mínimo (pero en ciertos casos ya existe sobreexplotación)
- Se establece el pago de la patente por no uso (en la practica no desincentiva la esdpeculación. Se paga patente y mantiene el derecho; los juicios ejecutivos por no pago de la patente no tienen resultados esperados)

USOS DEL AGUA

Código de 1981,

Moción de parlamentarios señala la necesidad de incluir el derecho humano al agua. El proyecto recibe 5 indicaciones de la Pdta. Bachelet para modificar el Código entre otras materias:

- ✓ Incorporar derecho humano al agua
- ✓ Dar orden de prelación al uso del agua
- ✓ Limitar la duración de los derechos de aprovechamiento de aguas, permitiendo prórroga en el tiempo por una sola vez.
- ✓ Modificación en materia de cobro de patentes por el no uso

Informes del Banco Mundial 2010 y 2013 que muestra la realidad de la gestión de los recursos hídricos y como debiera mejorar la institucionalidad del agua
Proyecto se encuentra suspendido.

Informe OCDE en material 2016: estamos al debe en matertia de gestion de los recursos hidricos y acceso al uso del agua

Ley N° 21.064 (D.O 27 de enero de 2018) modifica Código de Aguas y Código Penal

- ❖ Incorpora atribuciones especiales en materia de fiscalización a la DGA y modifica delito de usurpación de aguas en el Código Penal.

..: Intervinientes en Fiscalización en materia de aguas

Administrativa

- DGA
- Poder Judicial
- Juzgado de Policía Local
- Conservador de Bienes Raíces
- Tesorería General de la República
- Titulares de derechos de aprovechamiento de aguas
- Autodenunciantes
- Otros organismos del Estado
- Organizaciones de usuarios de aguas

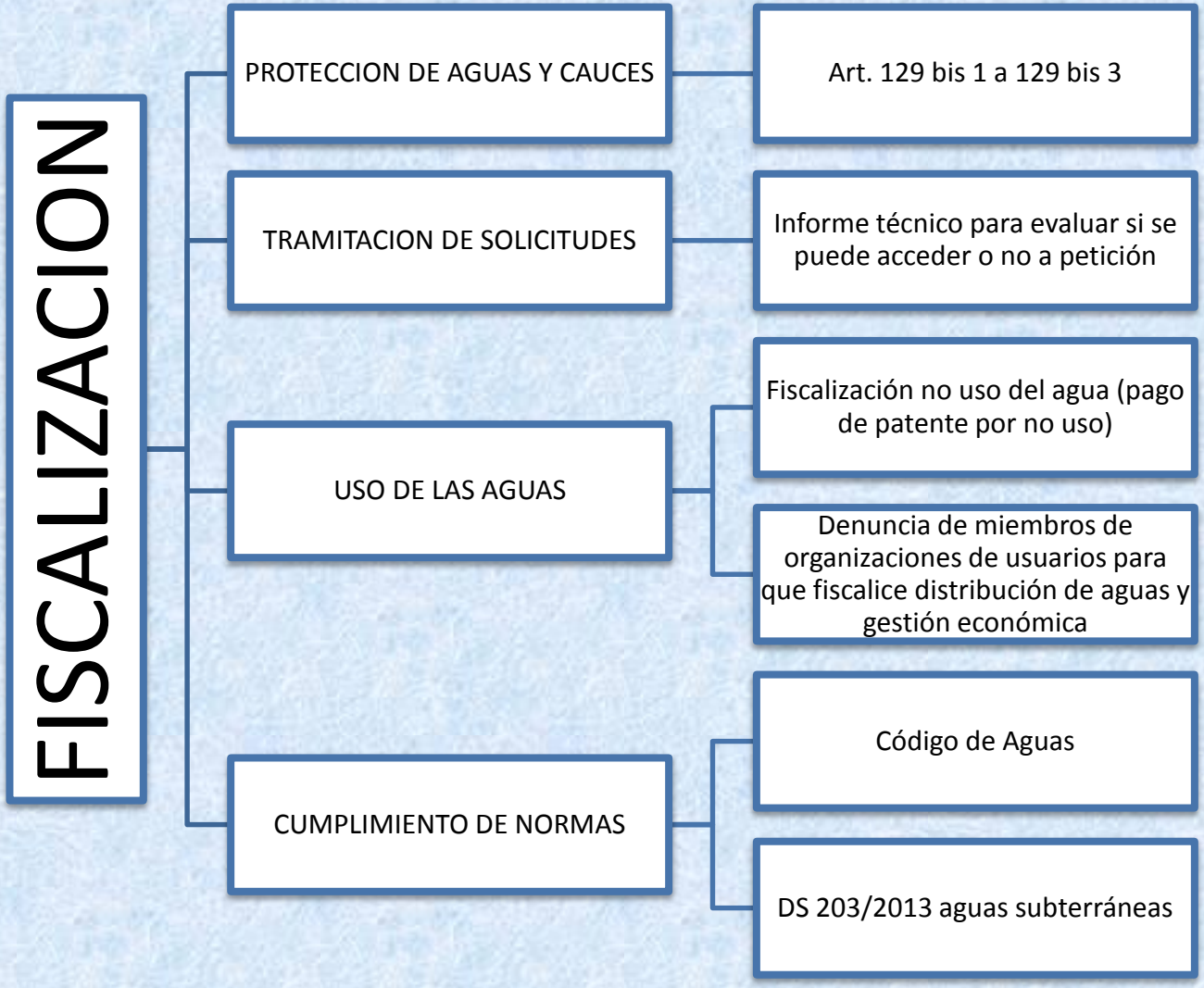
Ambiental

- SEIA
- Permisos sectoriales
- SMA
- Tribunales Ambientales
- denunciantes
- Autodenunciantes
- Otros organismos del Estado

Penal

- Ministerio Público
- Denunciantes
- Otros organismos del Estado

FISCALIZACIÓN DIRECCION GENERAL DE AGUAS



Infracciones

Infracciones

- **Primer Grado**
  - Infracciones relativas a la obligación de entregar información en la forma y oportunidad que disponen este Código y las resoluciones de la Dirección General de Aguas
  - Propietario, poseedor o mero tenedor de un predio, sea o no titular de derechos de aprovechamiento, en el que existan o no obras para aprovechar el recurso, que niegue injustificadamente el ingreso de los funcionarios de fiscalización para el cumplimiento de sus labores.
- **Segundo Grado**
  - Incumplimiento de las obligaciones que dispone el presente Código o sus reglamentos referentes a la instalación y mantención de sistemas de medición de caudales, de volúmenes extraídos y de niveles freáticos de la obra y de sistemas de transmisión de dicha información.
- **Tercer Grado**
  - Incumplimiento de la resolución que otorga nuevo plazo para la instalación de los sistemas señalados en el número anterior, previo procedimiento sancionatorio abreviado consistente en una visita a terreno, notificación del acta respectiva y recepción de los descargos pertinentes, dentro del plazo de treinta días contado desde la visita a terreno.

Negativa del propietario, poseedor o mero tenedor aun cuando quien la realice sea una tercera persona, sin perjuicio de las acciones que tengas aquellos de repetir contra esta última.

Las infracciones que no tengan una sanción específica serán sancionadas con una multa cuya cuantía puede variar entre el primer y tercer grado.

Prescripción de infracciones: Tres años desde su comisión art. 173 quáter

Infracciones

Infracciones

Cuarto Grado

Cuando se realicen actos u obras, sin contar con el permiso de la autoridad competente, que afecten la disponibilidad de las aguas.

Quinto Grado

Siendo titular actual de un derecho de aprovechamiento de aguas o no, de forma intencional obtenga una doble inscripción de su derecho en el Registro de Propiedad de Aguas del CBR, para beneficio personal o en perjuicio de terceros. En caso de que proceda, al autor material del hecho se le sancionará, además, con la revocación de su título duplicado y la cancelación de la inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 460 bis del Código Penal.

Delitos de Usurpación de de aguas

ART. 459. Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de veinte a cinco mil unidades tributarias mensuales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos:

1.° Sacaren aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes, sean superficiales o subterráneas; de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera.

2.° Rompieren o alteraren con igual fin diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes existentes en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

3.° Pusieren embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

4.° Usurparen un derecho cualquiera referente al curso de ellas o turbaren a alguno en su legítima posesión.

Delitos de Usurpación de de aguas

ART. 460. Cuando los simples delitos a que se refiere el artículo anterior se ejecutaren con violencia o intimidación en las personas, si el culpable no mereciere mayor pena por la violencia o intimidación que causare, sufrirá la de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cincuenta a cinco mil unidades tributarias mensuales.

Delitos de Usurpación de de aguas

Artículo 460 bis.- El que a sabiendas duplique la inscripción de su derecho en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces sufrirá las penas de presidio menor en su grado mínimo, multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, la revocación del título duplicado y la cancelación de la inscripción duplicada.

Delitos de Usurpación de de aguas

ART. 461.

Serán castigados con las penas del artículo 459, los que teniendo derecho para sacar aguas o usarlas se hubieren servido fraudulentamente, con tal fin, de orificios, conductos, marcos, compuertas o esclusas de una forma diversa a la establecida o de una capacidad superior a la medida a que tienen derecho.

PROBLEMAS QUE SE OBSERVAN:

Fiscalización DGA

- Capacidad en cuanto a número de funcionarios, estructura y presupuesto de la DGA para asumir las fiscalizaciones en todas las regiones de acuerdo a una planificación previa o bien por denuncia, requerimiento o autodenuncia.
- Falta Información y capacitación a la ciudadanía y funcionarios servicios públicos respecto de los tipos de infracción y la fiscalización que puede hacer la DGA, a consecuencia de actuación de oficio, denuncia, autodenuncia o requerimiento.
- La modificación al Código no contempla posibilidad de contratar fiscalizadores externos que colaboren en esta tarea, como ocurre en materia ambiental.
- Plazo de prescripción de 3 años puede dejar a fiscalizados con la posibilidad de presentar excepción de prescripción si en el momento de la fiscalización no esta haciendo uso del agua y las obras tienen más de 3 años.
- Factibilidad real que puedan cobrarse las multas por la Tesorería considerando el rol que ha tenido en juicios ejecutivos de cobro de multas por no uso de las aguas.
- Necesidad de hacer un seguimiento de estado de causas por cobro de multas
- No se especifica en la modificación un catastro de infractores
- Dado las falencias que consideró el Banco Mundial en 2010 y propuestas de herramientas para solucionarlas, en 2013, hubiese sido interesante que parte de las multas se hubieren destinado a actividades vinculadas al recurso hídrico.

PROBLEMAS QUE SE OBSERVAN:

Fiscalización ambiental

- Capacidad en cuanto a número de funcionarios, estructura y presupuesto de la SMA para asumir las fiscalizaciones en todas las regiones de acuerdo a una planificación previa o bien por denuncia, requerimiento o autodenuncia, aun cuando puede contar con fiscalizadores externos (especialmente en materia de muestras.
- Falta Información y capacitación a la ciudadanía y funcionarios servicios públicos respecto de los tipos de infracción y la fiscalización que puede hacer la SMA, a consecuencia de actuación de oficio, denuncia, autodenuncia o requerimiento.
- Plazo de prescripción de 3 años puede dejar a fiscalizados con la posibilidad de presentar excepción de prescripción si en el momento de la fiscalización.
- Factibilidad real que puedan cobrarse las multas por la Tesorería considerando el rol que ha tenido en juicios ejecutivos de cobro de multas en áreas especiales (minería, aguas, etc)
- Necesidad de hacer un seguimiento de estado de causas por cobro de multas
- No se especifica en la modificación un catastro de infractores

PROBLEMAS QUE SE OBSERVAN:

Materia penal

- Mantener solo delito por usurpación de aguas considerando que el bien jurídico protegido son los derechos de aprovechamiento de aguas no es suficiente
- Faltan tipos penales ambientales que protejan, en materia de recursos hídricos, otros aspectos distintos al delito de usurpación.
- Plazo de prescripción de 5 años desde cometido el hecho, puede traer como consecuencia que en definitiva no se pueda perseguir al infractor como se pretende
- Falta educación e información respecto de los mecanismos para adquirir derechos de aprovechamiento de aguas y consecuencialmente, cuando se está frente a un delito
- No existe una cultura de denuncia en caso de delitos vinculados a recursos hídricos ya que el sistema procesal penal no es siempre amigable y además porque en muchos de los casos los posibles denunciantes son infractores.

USOS DEL AGUA : temas pendientes

DERECHO HUMANO AL AGUA

Hay ratificar Pacto de San José y otras normas internacionales que reconocen el derecho humano al agua, no es necesario que esté incorporado en el Código de Aguas para respetar el derecho:
Se trataría de un derecho reconocido por la ley y por lo tanto la autoridad debiera tenerlo presente al momento de constituir nuevos derecho o modificar derechos en los términos que sus titulares lo requieran.

Aguas desanilizadas
Regulación es solo ambiental.
Se trata de aguas suis generis que no quedan reguladas ni por Código de Aguas ni por otras normas que no sean las ambientales.
No entran dentro del objeto del delito de usurpación de aguas.
No son fiscalizadas por la DGA

Glaciares
No existe regulación legal, solo a nivel de inventarios del Catastro Publico de Aguas que lleva la Dirección General de Aguas

Aguas transfronterizas
Se requiere mayor preocupación y preparación de una girh

USOS DEL AGUA : temas pendientes

Aguas del minero
Concepto de aguas halladas necesarias para las labores mineras ha sido ampliado en fallo de la Corte Suprema

Aguas lluvias
Cualquier persona puede aprovecharlas salvo que se hayan mezclado con un cauce, por lo que su uso cada vez es mas frecuente en algunos sectores

Atrapa nieblas
No está regulado por la legislación de aguas. No hay limitaciones en el uso en la medida que no se confundan con aguas terrestres.

Reutilización de aguas grises
Ley 21.075 (2017) sobre recolección, reutilización y disposición de aguas grises.
Interesante normativa pero debió acompañarse con algunos beneficios tributarios de manera que la posibilidad de hacer efectiva la norma fuese real a nivel macro y no solo pensado en empresas sanitarias

APR (Agua Potable Rural)
Sistema de cooperativas de usuarios del agua que cada vez tienen mayor importancia y no se encuentra consideradas como un tipo de organización de usuarios en el Código de Aguas

USOS DEL AGUA : temas pendientes

Educación
A todo nivel enseñar y capacitar a las personas en el uso del recurso hídrico de manera eficaz, prudente y consciente

Dirección General de Aguas (DGA)
Mejorar infraestructura, personal, mecanismos de fiscalización y medición

Organizaciones de usuarios de aguas
Requieren tener un rol fundamental en GIRH
Es necesario mejorar legislación respecto mecanismos de su reconocimiento legal por la autoridad

Delitos en materia de recursos hídricos
Ampliar la figura delictual, enmarcada en aspectos ambientales

GRACIAS

Derecho
FACULTAD DE DERECHO