

Directores

Ezio Costa Cordella

Sergio Montenegro Arriagada

Coordinadora

Victoria Belemmi Baeza

La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI.

Actas de las II Jornadas del
régimen jurídico de las aguas

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

LA REGULACIÓN DE LAS AGUAS: NUEVOS DESAFÍOS DEL SIGLO XXI.

ACTAS DE LAS II JORNADAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS

© Ezio Costa Cordella y Sergio Montenegro Arriagada (Directores)

2019 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° 303396

ISBN 978-956-9959-45-5

Primera edición, abril de 2019

DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

AGRADECIMIENTOS

El comité organizador agradece el valioso aporte de quienes auspiciaron la realización de las II Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas:

ANDESS (Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios A.G.)

Antofagasta Minerals

BHP

Carey y Cía.

CODELCO

Consejo Minero

Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi

Eelaw

Asociación de Generadoras de Chile

Silva y Lira Abogados

Sociedad del Canal de Maipo

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	XIII
EDITORIAL.....	XVII
CAPÍTULO I. MARCO NORMATIVO Y REFORMAS EN MATERIA DE AGUAS	1
1. DEBILIDAD INSTITUCIONAL EN LA GESTIÓN DE LAS AGUAS EN CHILE: REFLEXIONES A PARTIR DEL ESTUDIO DE LOS SISTEMAS DE INGLATERRA Y AUSTRALIA (NEW SOUTH WALES) Y OTRAS EXPERIENCIAS COMPARADAS.....	3
Daniela Duhart Vera	
RESUMEN.....	3
1.1. Introducción.....	4
1.2. Inglaterra.....	6
A) Usos privativos de las aguas	7
B) Principal organismo público que gestiona las aguas	10
1.3. Australia	14
A) Usos privativos en New South Wales	15
B) Principal organismo público que gestiona las aguas.....	18
1.4. Situación actual en Chile: síntesis comparativa	23
A) Principales diferencias respecto de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas	23
B) Principales diferencias respecto de la institución pública encargada de las aguas	25
a. Investigación, medición y planificación del recurso	25
b. Asignación y gestión de la utilización del recurso.....	28
c. Policía de las aguas	30
C) Intentos recientes para reformar el marco regulatorio de las aguas en Chile.....	31
1.5. Reflexiones finales: desafíos pendientes y urgentes en Chile.....	36
BIBLIOGRAFÍA	43

2.	MARCO CONSTITUCIONAL PARA LA GESTIÓN DE LAS AGUAS EN CHILE: APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO HUMANO AL AGUA Y AL SANEAMIENTO	47
	Antonio Pulgar Martínez	
	RESUMEN	47
	2.1. Introducción.....	48
	2.2. El derecho humano al agua y al saneamiento	49
	A) <i>Desarrollo del derecho humano al agua y al saneamiento</i>	49
	B) <i>Contenido del derecho humano al agua y al saneamiento</i>	51
	2.3. El marco constitucional chileno para las aguas	55
	A) <i>Artículo 19 N° 8, derecho al medio ambiente libre de contaminación</i>	56
	B) <i>Artículo 19 N° 23, libre apropiabilidad de los bienes</i>	59
	C) <i>Artículo 19 N° 24, derecho de propiedad</i>	61
	2.4. Desafíos del reconocimiento del DHAS en el ordenamiento jurídico chileno	67
	2.5. Conclusiones.....	70
	BIBLIOGRAFÍA	72
3.	MERCADOS DE AGUAS PARA LA SUSTENTABILIDAD: UNA OPORTUNIDAD PARA DESCADENAR NECESARIAS REFORMAS LEGALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS PRO REASIGNACIÓN DEL RECURSO.....	75
	Christian Valenzuela-Agustín Silva	
	RESUMEN	75
	3.1. Introducción.....	76
	3.2. Breve reseña de los mercados de aguas en Chile	78
	A) <i>Funcionamiento</i>	78
	B) <i>Problemáticas asociadas</i>	79
	3.3. Marco legal actual para la sustentabilidad.....	81
	A) <i>Caudal (mínimo) ecológico</i>	81
	B) <i>Reserva de caudales</i>	82
	C) <i>Decretos de escasez</i>	82
	D) <i>Expropiación</i>	83
	E) <i>Reducción temporal de ejercicio</i>	84
	F) <i>Turnos, prorratas y/o repartos proporcionales</i>	85
	G) <i>Sanciones a la extracción no autorizada de aguas</i>	85
	3.4. Normativa actual y modificaciones legales en trámite que complican el uso sustentable del recurso	86
	A) <i>Regularizaciones</i>	86
	B) <i>Aguas del minero</i>	88
	C) <i>Patentes por no uso</i>	89
	D) <i>Nuevos títulos en fuentes agotadas</i>	90

3.5. Bases para el funcionamiento de los mercados de aguas para la sustentabilidad.....	91
<i>A) Rol del Estado y causas de utilidad pública para su acción</i>	91
<i>B) Sistema de compras y expropiaciones</i>	92
<i>C) Participación de privados.....</i>	94
3.6. Financiamiento de los mercados de aguas para la sustentabilidad.....	94
3.7. Políticas públicas necesarias para el correcto funcionamiento.....	98
3.8. Conclusiones.....	98
BIBLIOGRAFÍA	102
4. RECEPCIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS MAYORES: INTERPRETACIONES Y DISCUSIONES ACTUALES	107
Agustín Martorell Awad	
RESUMEN.....	107
4.1. Introducción.....	107
4.2. Disposiciones legales relevantes	109
4.3. La construcción de la Administración	110
<i>A) ¿Cuándo se puede operar legalmente una obra mayor?.....</i>	110
<i>B) ¿Bajo qué circunstancias se puede paralizar la operación de una obra mayor?.....</i>	112
4.4. La construcción reciente de la Judicatura.....	114
<i>A) El Caso.....</i>	114
<i>B) Las preguntas relevantes.....</i>	116
4.5. Críticas a la interpretación de la Administración y de la Corte Suprema... ..	117
4.6. Sobre la naturaleza jurídica de la recepción de las obras indicadas en el artículo 297 del Código de Aguas	119
4.7. El rol de la recepción de obras en el esquema regulatorio de las obras hidráulicas mayores y las críticas a la interpretación de la Corte Suprema y la Administración.....	123
4.8. Conclusiones y algunas ideas finales.....	125
BIBLIOGRAFÍA	127
CAPÍTULO II. AGUAS INDÍGENAS Y GOBERNANZA	129
5. RECONOCIMIENTO DE LA DIMENSIÓN COLECTIVA DEL DERECHO HUMANO AL AGUA Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS: EL CASO DE LA ASOCIACIÓN ATACAMEÑA DE REGANTES DEL RÍO SAN PEDRO.....	131
Gabriela Burdiles Perucci-Antonio Madrid Meschi	
RESUMEN.....	131
5.1. Introducción	132

5.2. Emergencia y desarrollo del derecho humano al agua	133
5.3. Reconocimiento de la dimensión colectiva del derecho humano al agua en relación con los pueblos indígenas	138
5.4. La especial relación de los pueblos indígenas con el agua y el reconocimiento a la propiedad colectiva	143
5.5. El caso de la Asociación Atacameña de Regantes y Agricultores de San Pedro de Atacama	145
5.6. Recepción de los derechos colectivos y usos consuetudinarios atacameños del agua en el ordenamiento jurídico nacional	150
5.7. Reforma al Código de Aguas y protección de los usos consuetudinarios y colectivos de los pueblos indígenas	154
5.8. Comentarios finales	158
BIBLIOGRAFÍA	159
6. INEFICACIA DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN LA PROTECCIÓN DEL HÁBITAT Y RECURSOS HÍDRICOS DE COMUNIDADES INDÍGENAS CHILENAS: CASO COMUNIDAD INDÍGENA DIAGUITA TAUCÁN (PROVINCIA DEL CHOAPA).....	165
Paola González Carvajal	
RESUMEN	165
6.1. Introducción.....	166
6.2. Antecedentes arqueológicos de la cultura diaguita en el valle del Choapa	168
6.3. Antecedentes históricos de los pueblos indígenas en el valle de Chalinga	169
6.4. Reconocimiento legal de la Comunidad Indígena Diaguita Taucán en el valle de Chalinga (provincia del Choapa)	170
6.5. Instauración de la megaminería en el valle del Choapa y su relación con el régimen jurídico de aguas vigente	172
6.6. Distribución de los recursos hídricos de acuerdo a una lógica de mercado y sus nefastos efectos sobre el medio ambiente natural y cultural chileno	175
6.7. Régimen jurídico de protección de las aguas indígenas en derecho internacional.....	176
6.8. Alteración del patrimonio cultural arqueológico del valle del Choapa.....	177
6.9. Evaluación del proyecto “Infraestructura Complementaria” de Minera Los Pelambres S.A. e invisibilización de la Comunidad Indígena Diaguita Taucán	178
A) <i>Acerca de la inexistencia de tierras indígenas en el área de influencia del proyecto</i>	180
B) <i>Acerca de los cuestionamientos de la empresa sobre la pertinencia cultural de las prácticas sociales y simbólicas de la comunidad diaguita Taucán</i>	184

C) <i>En cuanto a las falencias del denominado “análisis de percepción” aplicado por el titular del proyecto a la Comunidad Indígena Diaguita Taucán</i>	186
D) <i>Acerca de la no afectación del patrimonio cultural arqueológico de la Comunidad Indígena Diaguita Taucán</i>	187
6.8. Consideraciones finales	188
BIBLIOGRAFÍA	191
7. USUARIOS DE AGUAS Y MODELOS DE GESTIÓN: DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS PARA UNA GOBERNANZA PARTICIPATIVA.....	193
Elisa Blanco-Paula Reyes	
RESUMEN.....	193
7.1. Introducción.....	194
7.2. Consideraciones previas	195
7.3. Diagnóstico usuarios de las aguas en Chile.....	198
A) <i>Principales usuarios</i>	199
B) <i>Usuarios y OUA</i>	201
C) <i>Focos relevantes de conflictividad</i>	203
7.4. Modelos de simulación económica utilizando teoría de juegos	206
A) <i>Teoría de Juegos y gestión hídrica</i>	207
B) <i>Modelación de conformación de OUA</i>	209
C) <i>Mecanismo para fomentar participación de todos los usuarios en OUA: negociación e involucramiento de terceros</i>	211
7.5. Propuestas.....	213
A) <i>Fomentar instancias de autogobierno</i>	213
B) <i>Estudio de instancias de negociación e involucramiento de terceros</i>	214
7.6. Conclusiones	214
BIBLIOGRAFÍA	216
Apéndice 1. Óptimo bajo distintos escenarios	219
Apéndice 2. Equilibrio de Nash	220
CAPÍTULO III. AGUAS, GLACIARES Y MEDIO AMBIENTE.....	221
8. CAMBIO CLIMÁTICO: LA NECESARIA RECONFIGURACIÓN DE LAS LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN CHILE	223
Sebastián Luengo Troncoso	
RESUMEN.....	223
8.1. Introducción.....	224
8.2. Alcance y limitaciones al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile.....	227

8.3. Compatibilidad Ambiental	235
8.4. Reforma al Código de Aguas	239
8.5. Conclusiones.....	250
BIBLIOGRAFÍA	252
9. REVISIÓN DE CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL EN EL COMPONENTE HÍDRICO	257
Camila Martínez Encina-Patricio Walker Huyghe	
RESUMEN.....	257
9.1. Introducción.....	258
A) <i>Algunos conceptos normativos</i>	260
a. Conceptos plasmados en la normativa ambiental	260
b. Conceptos plasmados en legislación marítima	261
B) <i>Normas de calidad, primarias y secundarias</i>	264
C) <i>Criterios que se desprenden del D.S. N° 40/2012, que Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)</i>	268
D) <i>Criterios que se desprenden de la Guía sobre Efectos Adversos sobre Recursos Naturales Renovables y de la doctrina nacional</i>	272
E) <i>Criterios jurisprudenciales para la determinación de daño ambiental en el componente hídrico</i>	274
a. Jurisprudencia que versa sobre aguas continentales	274
b. Jurisprudencia que versa sobre aguas marinas.....	278
F) <i>Criterios aplicados en casos de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA)</i>	280
G) <i>Criterios comparados en materia de daño ambiental</i>	285
9.2. Conclusiones.....	291
BIBLIOGRAFÍA	293
10. SOBRE EL CONTENIDO DE LA GARANTÍA FUNDAMENTAL DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO DE AGUAS	297
María Francisca González Guerrero	
RESUMEN.....	297
10.1. Introducción.....	298
10.2. La garantía constitucional de protección del medio ambiente	299
10.3. Revisión de la normativa ambiental del Código de Aguas a la luz de la garantía del 19 artículo N° 8	303
A) <i>Artículo 5°</i>	304
B) <i>Artículos 63, 64 y 65 sobre zonas de prohibición y restricción</i>	308
C) <i>Artículo 129 bis 1</i>	312
10.4. Conclusiones	316
BIBLIOGRAFÍA	317

11. GLACIARES DE CHILE: ¿BIENES COMUNES O BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO?	321
Camila Zárate Zárate	
RESUMEN.....	321
11.1. Introducción.....	321
11.2. Las mociones parlamentarias	325
11.3. Los bienes y su clasificación	329
11.4. La naturaleza jurídica de los glaciares.....	332
11.5. Los bienes comunes: distintas miradas.....	336
11.6. La definición del glaciar y su protección.....	338
11.7. Conclusiones.....	340
BIBLIOGRAFÍA	341
 CAPÍTULO IV. ESCASEZ Y ESTIMACIÓN HÍDRICA.....	 343
12. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECLARACIÓN DE ESCASEZ.....	345
Camila Boettiger Philipps	
RESUMEN.....	345
12.1. Introducción	345
12.2. La declaración de escasez en el derecho de aguas chileno.....	347
A) <i>Concepto y regulación</i>	349
B) <i>Justificación y objetivos</i>	350
C) <i>Características de la declaración de escasez como instrumento de emergencia de gestión de los recursos hídricos</i>	351
a. Rango jurídico de la medida	352
b. Excepción al control de legalidad de la Contraloría General de la República	352
c. Excepción de observancia de procedimiento administrativo y otros controles.....	353
d. Temporalidad	354
e. Ámbito de aplicación	354
12.3. Análisis de facultades extraordinarias de la DGA en virtud de la declara- ción de escasez	355
A) <i>Redistribución de las aguas en fuentes naturales</i>	356
a. Acuerdo de los usuarios en la distribución	356
b. Falta de acuerdo de las organizaciones de usuarios	356
c. Inexistencia de una organización de usuarios en la fuente	358
B) <i>Autorización de nuevas extracciones de aguas</i>	361
C) <i>Otorgamiento extraordinario de autorizaciones</i>	364
12.4. Observaciones a la declaración de escasez como herramienta para en- frentar una sequía extraordinaria	365

A) <i>Parámetros hidrológicos para decretar la declaración de escasez</i>	365
B) <i>Utilización permanente de una herramienta de emergencia</i>	366
C) <i>Afectación de derechos y garantías: límites a la actuación administrativa</i>	368
D) <i>Ausencia de consideraciones ambientales</i>	371
12.5. Reflexión final	371
BIBLIOGRAFÍA	372
13. EL MONITOREO DE LA ESCASEZ HÍDRICA EN LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE DE NACIONES UNIDAS. ESTUDIO DE CASO E IMPLICACIONES PARA CHILE	377
Miguel Segur Pelayo-María Christina Fragkou	
RESUMEN	377
13.1. Introducción	378
13.2. Marco conceptual	380
13.3. Datos, metodología y resultados	385
13.4. Discusión	392
13.5. Conclusión.....	394
BIBLIOGRAFÍA	395
14. DEMANDA LEGAL DE AGUA, UN APORTE A LA DISCUSIÓN SOBRE LA CERTEZA EN SU ESTIMACIÓN.....	401
Hilda Moya-José Miguel Valdés-Karla Astorga-Rodrigo Fuster	
RESUMEN	401
14.1. Introducción	402
14.2. Administración estatal de las aguas y sistema de registro CPA.....	405
14.3. Aguas administradas por las OU	409
14.4. Caso de estudio.....	411
A) <i>Caracterización de la cuenca del Maule</i>	411
B) <i>Descripción del método adoptado</i>	413
14.5. Discusión	419
A) <i>Importancia del conocimiento de la DLA</i>	419
B) <i>Brechas entre ambas fuentes de información de DAA</i>	420
C) <i>Respuestas desde la Administración Pública</i>	421
D) <i>Necesidad de registro claro en contexto de escasez</i>	422
E) <i>Propuestas normativas que han surgido para avanzar en la mejora de la situación registral</i>	423
F) <i>Propuesta de colaboración DGA-OU</i>	423
14.6. Conclusiones	424
BIBLIOGRAFÍA	425

15. TRANSPARENTANDO LAS AGUAS: ROL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS SOBRE RECURSOS HÍDRICOS EN CHILE. DESAFÍOS PARA EL ESTÁNDAR DE SEGURIDAD HÍDRICA	431
Fernando Ochoa-Amaya Álvez -Diego Rivera-Felipe de la Hoz	
RESUMEN	431
15.1. La seguridad hídrica como estándar internacional para Chile	432
15.2. Actual situación de opacidad en materia de derechos de agua.....	435
15.3. El actual sistema de registros públicos en materia de derechos de agua....	439
15.4. Estudio de caso: Junta de Vigilancia para el Río Itata (2016-2017)	445
15.5. Reflexiones finales relativas al rol que los registros públicos de derechos de agua tienen en la seguridad hídrica	454
BIBLIOGRAFÍA	456
CAPÍTULO V. EJERCICIO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS	461
16. EL COBRO DE PATENTE POR NO USO DE LAS AGUAS APLICADO A DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN USO: ¿EXTRAÑA PARADOJA?	463
Trinidad Prieto Andueza	
RESUMEN	463
16.1. Introducción	463
16.2. Patente por no uso de las aguas.....	464
16.3. Historia del pago de patente por no uso de las aguas.....	467
16.4. Naturaleza jurídica patente por no uso de las aguas.....	468
16.5. Interpretación de la Dirección General de Aguas al pago de patente por no uso.....	470
A) <i>Aplicación de la patente por no uso a derechos cuyas obras no han sido autorizadas y recepcionadas por la Dirección General de Aguas</i>	471
B) <i>Aplicación de la patente por no uso a derechos cuyo punto de captación difiere de aquel indicado en la resolución que constituyó el derecho I</i>	472
16.6. Críticas a la interpretación administrativa en la aplicación del pago de patente por no uso.....	474
16.7. Jurisprudencia.....	478
A) <i>Fallos Cortes de Apelaciones de Santiago</i>	478
B) <i>Fallos Excma. Corte Suprema de Justicia</i>	483
C) <i>Fallo Tribunal Constitucional</i>	487
D) <i>Fallo Contraloría General de la República</i>	490
16.8. Conclusiones	490
BIBLIOGRAFÍA	492

17. LIMITACIONES AMBIENTALES AL EJERCICIO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS.....	495
Sebastián Abogabir Méndez-Benjamín Pérez Arrieta-Antonia Ibarra Soto	
RESUMEN.....	495
17.1. Introducción	496
17.2. Legislación de aguas y resguardo del interés ambiental: limitaciones al ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas.....	498
A) <i>Limitaciones por afectación a la sustentabilidad del acuífero</i>	499
B) <i>Limitación a derechos de aprovechamiento de aguas provisionales...</i>	501
C) <i>Caudal ecológico como mecanismo para preservar la naturaleza y la protección al medio ambiente</i>	502
D) <i>Declaración de zonas de escasez por situación de sequía extraordinaria</i>	504
17.3. Limitaciones al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.....	506
A) <i>Derechos de aprovechamiento de aguas en el SEIA</i>	507
a. Introducción general al SEIA.....	507
b. Descripción de proyectos sometidos al SEIA	508
c. Efecto significativo adverso al recurso renovable agua como causal de EIA.....	508
d. Medidas de mitigación, reparación y/o de compensación	509
e. Impactos ambientales no previstos	509
B) <i>Derechos de aprovechamiento de aguas y evaluación ambiental de proyectos hidroeléctricos</i>	510
C) <i>Derechos de aprovechamiento de aguas y evaluación ambiental de proyectos mineros</i>	513
17.4. Otras limitaciones al ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas por consideraciones ambientales: medidas urgentes y transitorias	515
17.5. Conclusiones	521
BIBLIOGRAFÍA	522
18. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN PARQUES NACIONALES	525
Fernando Tallar Deluchi	
RESUMEN.....	525
18.1. Introducción	525
18.2. Los derechos de aprovechamiento de aguas.....	528
18.3. Los parques nacionales.....	532
A) <i>Su regulación jurídica</i>	532
B) <i>Proyecto de ley</i>	535
18.4. La Convención de Washington. Su carácter y jerarquía jurídica.....	538

18.5. Derechos de aprovechamiento de aguas en parques nacionales.....	541
<i>A) En cuanto a la normativa nacional.....</i>	543
<i>B) En cuanto a la normativa internacional.....</i>	547
a. En relación con la “obligación”.....	548
b. En relación con la “prohibición”.....	549
18.6. Conclusiones	551
BIBLIOGRAFÍA	552