

Trabajo recibido el 22 de octubre de 2014 y aprobado el 5 de mayo de 2015

Diagnóstico jurídico de las aguas subterráneas*

LEGAL SITUATION OF GROUNDWATER

DANIELA RIVERA BRAVO**

RESUMEN

El trabajo ofrece un panorama de la situación jurídica actual de las aguas subterráneas en Chile, describiendo las principales reglas del Derecho vigente. Se divide en tres apartados: el primero, destinado a una contextualización general de la normativa, destacando sus hitos centrales en textos históricos y contemporáneos; el segundo, dirigido a identificar las figuras e instituciones que el régimen en vigor contempla; y, el tercero, enfocado a la enunciación de algunas novedades que pueden advertirse en el Decreto N° 203, de 2014, que aprueba el Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas.

ABSTRACT

The present article offers a broad view of the actual legal situation in Chile concerning underground waters, describing the main rules of law in force. This work is divided into three sections: the first one attempts to give a general context of the regulation that governs the use of underground waters, highlighting its main accomplishments based on historical and contemporary texts; the second, aims to identify the institutions established by this regulation; and, the third one, focuses on the enunciation of some novelties that can be appreciated in the Decree N° 203, of 2014, which approves rules of exploration and exploitation of underground waters.

PALABRAS CLAVE

Aguas subterráneas, Insuficiencia regulatoria, Desconocimiento

KEY WORDS

Groundwater, Regulatory failure, Lack of knowledge

Introducción

Tradicionalmente, las aguas subterráneas han sido las grandes olvidadas de los legisladores y gestores de recursos hídricos. Como consecuencia de ello, aun cuando forman parte de un ciclo hidrológico único, y están estrechamente interrelacionadas con aquellas de índole superficial, su regulación ha sido escueta

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Iniciación en Investigación N° 11130660 (2013-2016), auspiciado por el Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología (Fondecyt-Conicyt), y que se titula: Particularidades del Derecho de Aguas Subterráneas. Instituciones y principios jurídicos en Chile.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de Talca; Magíster en Ciencia Jurídica y Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Investigadora y Profesora de Derecho de Aguas del Programa de Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

en comparación con estas últimas¹. Si bien esta tendencia ha experimentado algunas variaciones en los años recientes, la precariedad del tratamiento de las aguas subterráneas sigue siendo, en términos generales, una nota característica de los regímenes jurídicos a nivel mundial.

En Chile, el Código de Aguas de 1981 (CA), y también los textos que le precedieron, fueron diseñados, en esencia, para aguas superficiales, por lo que contienen escasos pronunciamientos sobre aguas subterráneas². Por su parte, las particularidades del recurso subterráneo requieren, en varios aspectos, respuestas especializadas. Hasta ahora, según se comprobará en este diagnóstico, tales respuestas no están suficientemente claras o, simplemente, no existen.

De este modo, someto a evaluación el *statu quo* de una temática cuya relevancia se ha acentuado en el último tiempo, producto del incremento de la explotación de aguas subterráneas en un escenario de escasez cuasi permanente. En este contexto, y a la luz del vigente estatuto jurídico de las aguas subterráneas, incluyo alusiones a ciertas problemáticas que se están produciendo en relación a ellas, señalando los criterios utilizados para resolverlas, y precisando aquellas cuestiones que siguen careciendo de soluciones adecuadas.

La legislación no ha ido a la par con las exigencias de esta compleja materia; y los aportes jurisprudenciales y doctrinales han sido también reducidos. Ello ha dificultado el aprovechamiento y la gestión de un recurso que, paradójicamente, aunque físicamente oculto a nuestros ojos, se vuelve cada vez más visible³.

I. Historia normativa de las aguas subterráneas: un lento alumbramiento

Desde sus orígenes, nuestras leyes han definido a las aguas subterráneas como aquellas que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas⁴.

¹ La falta de consideración de las aguas subterráneas por el Derecho y por las políticas hidrológicas nacionales ha sido bastante denunciada en España, donde se habla de un “desprestigio” de este tipo de recurso, y de una verdadera “hidroesquizofrenia”. En este sentido, véase LLAMAS (1982), quien alude a las causas de la dialéctica entre aguas superficiales y subterráneas y a interesantes antecedentes históricos que explicarían el mencionado olvido.

² Sólo en 2014 se dictó un reglamento sobre aguas subterráneas. Hasta entonces, las lagunas legales se llenaban a través de dos vías: recurriendo a las reglas propias de las aguas superficiales, lo cual no siempre es coherente y suficiente; y/o, empleando las directrices de actos administrativos de orden interno de la Dirección General de Aguas (DGA), antecesores del citado reglamento, los cuales admitían serios cuestionamientos, entre otros, por invadir competencias exclusivas del legislador en varios supuestos.

³ Sobre la situación fáctica de las aguas subterráneas en Chile, el desconocimiento existente a su respecto, y el aumento de su utilización, véanse PINTO (1993); MUÑOZ (1999) y (2000); y, ARUMÍ y OYARZÚN (2006). A su vez, un panorama de la conflictividad y de las líneas jurisprudenciales recientes en torno a este tema, puede verse RIVERA (2015), en prensa.

⁴ Matizando algo esta conceptualización, se ha dicho que son aquellas que normalmente están en el subsuelo, y que sólo ocasionalmente aparecen a flor de tierra; cuando afloran a la superficie, como vegas o pantanos, se llaman aguadas. En este sentido, ver LIRA y DE LA MAZA (1940), p. 36.

Dicha conceptualización forma parte de las disposiciones generales de todos los Códigos de Aguas dictados desde 1951 en nuestro país, los cuales comienzan sosteniendo que las aguas terrestres pueden ser superficiales o subterráneas⁵. Ahora bien, la gran diferencia entre estas dos modalidades de presentación del recurso en su estado natural (visibilidad-no visibilidad), no se traduce en una distinción de trato regulatorio: todo está orientado hacia las aguas superficiales; la presencia de las aguas subterráneas en la normativa siempre ha sido muy tímida, por lo que su estatuto jurídico es bastante limitado.

Aunque podría pensarse que la falta de especificaciones legislativas respecto a las aguas subterráneas no produce inconvenientes, pues pueden aplicárseles las mismas prescripciones que a las aguas superficiales, la realidad pronto requiere especialización. Es que el hecho de que no estén naturalmente a la vista del hombre complica no sólo el conocimiento y comprensión de sus características y dinámicas, sino también su uso, administración y control⁶.

A efectos de conocer la evolución que ha experimentado este tema, reviso seguidamente la forma en que las aguas subterráneas han sido reguladas en los principales textos codificados dictados hasta hoy.

1. Código Civil de 1857: carácter privado de las aguas subterráneas

El Código Civil de 1855, que entró en vigencia en 1857, contenía, en su primigenio art. 945, una disposición relativa a aguas subterráneas; allí se sostenía que: *“Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo, pero si de ello no reportare utilidad alguna o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo”*.

De acuerdo a ello, la propiedad del suelo se extendía hacia las aguas que pudieren encontrarse en el subsuelo, de modo que el dueño respectivo podía

⁵ Ver arts. 5º de los Códigos de 1951 y 1967, y 2º inc. final del Código de 1981.

⁶ Sobre este punto, PINTO ha manifestado la necesidad de adecuar la legislación a la realidad física de las aguas subterráneas. Luego, FIGUEROA advierte que las aguas subterráneas tienen un comportamiento distinto a las superficiales, generando una especificidad de las primeras frente a estas últimas; así, por ejemplo, la indisponibilidad es diferente en ambos supuestos. Por su parte, ARIAS postula la pertinencia de estudiar las disposiciones que regulan las aguas subterráneas, con miras a su simplificación, unificación y sistematización, y a revisar la procedencia de un estatuto jurídico particular para ellas. Asimismo, VERGARA enfatiza que estamos frente a una materia de conocimiento técnico complejo y reciente, que requiere una gestión especial y un análisis separado de las aguas superficiales. Ver PINTO (1993), p. 177; FIGUEROA (2000), pp. 343-344; ARIAS (2001), p. 263; y VERGARA (2014), pp. 65 y 164.

⁷ Este escueto pronunciamiento revela, a juicio de LIRA, el desconocimiento y la consecuente subestimación de las aguas subterráneas que existía en esa época. El Código de Aguas 1951 habría advertido la relevancia de las aguas subterráneas y la inconveniencia de la escasez regulatoria en su ámbito, extrayéndolas del dominio privado. Véase LIRA (1956), pp. 74-75.

extraerlas y utilizarlas libremente, incluso si se generaban perjuicios a un tercero. Esta amplia permisividad, que fue considerada como una manifestación de la teoría del abuso del derecho⁸, daba cuenta del carácter privado que detentaban las aguas subterráneas: su propietario era el dueño del suelo. Era, según otros, una aplicación del concepto romano de propiedad, en cuya virtud el dueño del suelo no lo era sólo de la superficie, sino también del cielo y del subsuelo⁹.

2. Código de Aguas de 1951: directrices iniciales para su exploración y aprovechamiento

El primer texto codificado de aguas de nuestro país varió el tratamiento que el recurso subterráneo tenía en la norma civil previamente revisada (que fue derogada, aunque ese texto original se ha mantenido, salvo un matiz, en todos los códigos de aguas posteriores, incluso el vigente)¹⁰. Ello no se tradujo, sin embargo, en un marco regulatorio detallado, sino en el establecimiento de prescripciones básicas; a saber:

a) Se limitó a la bebida y uso doméstico el derecho *ipso iure* del propietario del suelo, reconocido desde la legislación civil, para aprovechar las aguas subterráneas que se encontraran en sus terrenos. Para cualquier otra utilización o destino era obligatoria la obtención de la correspondiente merced (arts. 22 y 53).

b) En terrenos de “propiedad nacional” se reconocía (art. 22):

i) el derecho del Fisco para aprovechar las aguas alumbradas producto de la ejecución de obras; y,

ii) la facultad de los particulares de catear y cavar para alumbrar aguas subterráneas, en los términos consagrados en la ley.

c) Respecto a labores de exploración se disponía que (arts. 50, 51 y 52)¹¹:

i) cualquiera podía efectuarlas en terreno propio (esto es, sin necesidad de permiso administrativo);

ii) en bienes nacionales se requería “permiso” de la DGA (una vez comprobada la existencia de aguas subterráneas, el interesado gozaba de

⁸ En este sentido, LIRA (1956), pp. 43-44 y (1983) p. 44; y GUZMÁN y RAVERA (1998), p. 91.

⁹ SILVA (1950), p. 44.

¹⁰ Según algunos textos y estudios de la época, el Código de 1951 terminó con el silencio que imperaba hasta ese momento sobre aguas subterráneas, ya que el legislador habría visualizado los beneficios que su aprovechamiento tendría para el país. En esta línea, SILVA (1950), p. 45.

¹¹ Estas prescripciones estaban dirigidas, según entiende LIRA, a fomentar o estimular la iniciativa privada para el alumbramiento de aguas subterráneas. Véase LIRA (1956), pp. 125-127.

derecho preferente para solicitar la “merced” respectiva, conservando el derecho de aprovechamiento aunque las aguas salieran del predio en que fueron alumbradas)¹²; y

iii) estaba prohibido explorar en suelo particular ajeno¹³.

d) A los dueños de pertenencias mineras, carboníferas, salitreras o petrolíferas se les reconocía el derecho *ipso iure* para aprovechar, dentro de ellas, las aguas halladas en sus labores, mientras mantuvieran el dominio de dichas pertenencias y en la medida necesaria para su explotación. Encontramos acá un antecedente del “derecho de aguas halladas en labores mineras”¹⁴, que luego reviso en el contexto del régimen vigente.

e) Como un aspecto importante de destacar, el legislador de 1951 advirtió y dejó constancia de la conexión e interrelación entre aguas superficiales y subterráneas del siguiente modo:

i) prescribiendo que la solicitud de exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales debía indicar los aprovechamientos de aguas superficiales y subterráneas existentes en la zona respectiva (art. 282 N° 4); y

ii) sosteniendo que el derecho de aprovechamiento se entiende sin perjuicio de otros derechos constituidos previamente en corrientes superficiales o subterráneas (art. 56).

¹² Parece distinguirse entre “permiso” (para labores de exploración) y “merced” (para explotación y aprovechamiento de las aguas). El procedimiento, los requisitos y las potestades administrativas que se aplicaban a este permiso de exploración se detallaban en los arts. 281 a 292 del Código de 1951.

¹³ “...no existe conveniencia en permitir obtener mercedes de aguas subterráneas en suelo ajeno, por los transtornos y molestias que tendría que soportar el dueño de los TERRENOS. Quizás si cuando se adelanten los estudios técnicos sobre aguas subterráneas, que hasta ahora son muy inciertos, una ley especial podría contemplar la idea en referencia” (LIRA, (1956), p. 127). Si bien el régimen en vigor no contempla una prohibición semejante a la establecida en el Código de 1951, debe advertirse que la exploración y explotación de aguas subterráneas en TERRENOS ajenos de dominio particular llevan implícita una notoria dificultad de acceso para el interesado en ejecutar dichas labores y obtener los derechos de aprovechamiento respectivos. En efecto, tal interesado queda totalmente sujeto a la voluntad del propietario del suelo, no existiendo, ante la negativa de este último, medios que le permitan aprovechar aguas disponibles (bien nacional de uso público). Es una situación curiosa, que no se da respecto a aguas superficiales, y que, por cierto, cabe examinar con mayor rigurosidad.

¹⁴ Existe un precedente más antiguo en los Códigos de Minería de 1874 (art. 9°), 1888 (art. 9°) y 1932 (art. 85), que preceptuaban: “Las aguas procedentes de los trabajos subterráneos de las minas pertenecen a éstas”. Con ello, precisa SILVA, el legislador fomentaba el desarrollo de la industria minera. No se trataba de una asignación de propiedad de tales aguas al dueño de la mina; lo que se admitía era que éste podía aprovecharlas en su laboreo y explotación, no en otros destinos diversos. Véase SILVA (1950), p. 44. Se percibe así, desde las primeras alusiones a esta figura, el carácter limitado y restringido del “derecho de aguas halladas en labores mineras”.

3. Código de Aguas de 1967: vigorización del rol de la autoridad administrativa

Producto de las modificaciones introducidas por la Ley de Reforma Agraria, surge un nuevo Código de Aguas en el año 1967. En lo relativo al recurso subterráneo, este texto siguió en gran medida a su antecesor de 1951, pero se introdujeron nuevas regulaciones¹⁵, según se explicita a continuación:

a) Se fortalecen las potestades de la DGA, facultándola para regular, paralizar y prohibir las exploraciones de aguas subterráneas, dotándola, asimismo, de atribuciones sancionatorias ante el incumplimiento de las disposiciones que dictare en este ámbito (art. 61). Esta norma es el precedente del vigente art. 58 CA, que, como se revisa *infra*, contiene una rara especie de delegación regulatoria a una autoridad administrativa.

b) Se mantiene el derecho general para explorar y alumbrar aguas subterráneas en terreno propio, señalándose ahora que ello deberá efectuarse en conformidad a las normas que determine la DGA.

c) Se otorga a los Servicios, Instituciones y Empresas del Estado el derecho a explorar y cavar en terrenos privados y nacionales cuya tenencia se hubiere entregado a un particular, para alumbrar aguas subterráneas; todo con autorización previa de la DGA. Como contrapartida, se reconoció el derecho del dueño del terreno a ser indemnizado por el daño emergente que le provocare la ejecución de las obras. Los mencionados Servicios, Instituciones y Empresas del Estado tenían, a su vez, la preferencia para obtener el derecho de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas (art. 66).

De este modo, el Código de 1967 habilita, aunque sólo respecto a determinados sujetos, la exploración y explotación de aguas subterráneas en inmuebles privados de terceros, lo cual estaba prohibido totalmente en el régimen anterior.

4. Código de 1981: incompleto tratamiento de las aguas subterráneas

En la actualidad, seguimos teniendo una ley insuficiente en lo referente a aguas subterráneas, pues los artículos del Código de 1981 dedicados a regularlas son menos de su décima parte (alrededor de 30 de un total de 317 disposiciones

¹⁵ El Mensaje del Ejecutivo que propuso la aprobación de la Ley N° 16.640 precisaba: "...En lo que respecta a las subterráneas, todas las legislaciones europeas, entre las que merece destacarse la francesa, establecen un control estricto que abarca todos los aspectos técnicos relativos a la excavación de pozos, al alumbramiento y aprovechamiento de esas aguas, a pesar de cualquier disposición de orden civil en cuanto a su dominio, el que paulatinamente ha ido perdiendo todo contenido efectivo, incluso en los países tradicionalmente más individualistas en lo que respecta al derecho de propiedad".

permanentes y 13 transitorias)¹⁶. Así, este texto denota una inadecuada despreocupación por las aguas subterráneas; ello es tan evidente que ni siquiera sus lineamientos esenciales están especificados, como corresponde, en sede legal. Aunque complementariamente existe un puñado de reglas dispersas en otras leyes especiales, lejos estamos de tener un régimen acabado y coherente.

Atendido a que el contenido de estas prescripciones se desarrolla en el próximo apartado, por ahora sólo adelanto los aspectos que la legislación, especialmente a partir del Código de 1981, considera sobre las aguas subterráneas: conceptualización y nociones generales; origen de los derechos de aprovechamiento; protección y limitaciones a su explotación; y, gestión colectiva de derechos de aguas subterráneas.

5. El novísimo Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas, de 2014

Hace poco ha ingresado a escena un Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas. El Decreto N° 203, de 20 de mayo de 2013, fue publicado y comenzó a regir el día 7 de marzo de 2014. En sus considerandos, el Ejecutivo reconoce la necesidad de reglamentar la exploración y explotación de aguas subterráneas y otorgar certeza jurídica y técnica a los usuarios en un contexto de sustentabilidad y eficacia; todo ello sin afectar el ejercicio de derechos constituidos¹⁷ sobre las mismas aguas. Asimismo, se advierte la procedencia de profundizar ciertos conceptos técnicos y de incorporar otros nuevos para enfrentar la diversidad de aristas que se presentan en este tema.

El Reglamento tiene casi la misma estructura formal (y similar desarrollo de fondo) que la Resolución DGA 425, de 2007 (la anterior regulación “administrativa” de la materia)¹⁸, e incluye los siguientes capítulos:

¹⁶ “Si revisamos el Código de Aguas actual, el concepto que existe de aguas subterráneas es, de alguna manera, arcaico y más bien pobre en cuanto a sus potencialidades y su capacidad de desarrollo. Pareciera que al legislador se le olvidaron las aguas subterráneas y puso un apéndice en el cual habla de la exploración y explotación de ellas. Allí se trató de ir resolviendo algunos aspectos. Sin embargo, falta crear conciencia y conocer cuál es la verdadera situación, dentro del ámbito de los recursos naturales, de las aguas subterráneas, para poder legislar sobre su aprovechamiento y su administración” (PERALTA (1993), p. 39). En la misma dirección, VERGARA denuncia que el Código aborda parcial y fragmentariamente un tema que requiere, por responsabilidad legislativa, un tratamiento sistemático, por medio de un capítulo especial, por ejemplo. Véase VERGARA (2014), p. 165.

¹⁷ Atendida la doble tipología de derechos de aprovechamiento existente en Chile, esta mención debiera incluir también o entenderse extensiva a aquellos “reconocidos”. Ver arts. 7° D.L. N° 2.603 de 1979 y 19 N° 24 inc. final Constitución Política (CPR).

¹⁸ La novedad, en ese sentido, no fue demasiada; ha sido, más bien, un mero cambio de ropaje, motivado, en alguna medida, por las críticas que generaba el hecho que una resolución administrativa fuera, en la práctica, la principal fuente regulatoria del aprovechamiento de aguas subterráneas.

- a) Exploración de aguas subterráneas (en inmuebles de dominio privado y en bienes nacionales); y,
- b) Explotación de aguas subterráneas (disposiciones generales; áreas de protección; limitaciones a la explotación; comunidades de aguas subterráneas; cambio de punto de captación y/o restitución; cambio de fuente de abastecimiento; puntos alternativos de captación y/o restitución; recarga artificial; disposiciones especiales; y, disposiciones transitorias).

Este pronunciamiento tampoco desarrolla totalmente el régimen de las aguas subterráneas. Se advierten, no obstante, algunos puntos en que hay intromisión y variaciones del esquema del Código del ramo, los que particularizo más adelante, a la luz de los análisis pertinentes. Igualmente, otras referencias puntuales al contenido del Reglamento se realizan en seguida, al precisar las orientaciones normativas sobre aguas subterráneas.

II. Ejes regulatorios de las aguas subterráneas

Al sistematizar las prescripciones legislativas y reglamentarias sobre el tópico en estudio, percibiremos que las reglas centrales son las siguientes¹⁹:

A/ Origen del derecho de aprovechamiento: concesión y reconocimiento de situaciones especiales

1. Directriz preliminar: vinculación entre aguas superficiales y subterráneas

El Código de 1981 parte declarando que la cuenca u hoyo hidrográfica constituye una unidad, conformada por las aguas superficiales y subterráneas que afluyen a ella, de forma continua o discontinua (art. 3° CA)²⁰. Esta regla es una robusta constatación de la realidad, la que es posible confirmar desde las perspectivas geográfica, hidrológica e hidrogeológica, con múltiples y relevantes implicancias jurídicas. En función de ello, surge automáticamente un deber para la autoridad administrativa al constituir derechos de aprovechamiento: considerar y respetar, como natural efecto del principio de unidad de la corriente, la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas, de

¹⁹ Cabe incluir, asimismo, la gestión colectiva, a través de organizaciones de usuarios, de las aguas subterráneas. Esta temática, sin embargo, se excluye del presente análisis, pues su enfoque es el estatuto individual de los titulares de derechos de aguas subterráneas.

²⁰ Éste es el sustrato legal del denominado principio de “unidad de la corriente”, formulado doctrinariamente en Chile por VERGARA (1997). Ahora bien, el art. 3° CA no es novedoso en relación a los textos codificados previos; idéntica precisión se encontraba en el art. 8° de los Códigos de Aguas de 1951 y 1967.

modo de no afectar derechos de terceros (arts. 22 CA y 20 e) Decreto N° 203, de 2014).

Esta última disposición reglamentaria incluye una conceptualización de “interferencia” entre aguas superficiales y subterráneas (la Resolución DGA 425, de 2007, se refería a “interconexión”), precisando que ella se da cuando la extracción de aguas subterráneas provoca una reducción del volumen de las fuentes superficiales; a lo que agrego su contrapartida: cuando el aprovechamiento de aguas superficiales afecta a las subterráneas²¹.

Como puede apreciarse, la noción reglamentaria de interferencia es restringida, pues se centra en el aspecto cuantitativo de las aguas, omitiendo las eventuales afecciones a su calidad. Esta cuestión, me parece, debe ser revisada; la contaminación de las aguas (particularmente de las subterráneas, cuya recuperación es lenta, difícil y a veces casi imposible) es uno de los mayores desafíos de los regímenes jurídicos a nivel mundial²².

Señalado ello, debe precisarse que la DGA será quien deba determinar, en cada caso, la existencia de la mencionada interferencia. Es una tarea compleja, por lo que serán cruciales los estudios técnicos ejecutados por este mismo Servicio, y también los que puedan aportar los interesados.

2. Régimen general: la concesión

La concesión es, por excelencia, la fórmula que da origen a los derechos de aprovechamiento. El reconocimiento de usos consuetudinarios, aun cuando es el antecedente inmediato de la mayoría de las titularidades de aguas en nuestro país, operó sólo para aquellas situaciones iniciadas antes de la entrada en vigencia del Código de 1981, varias de las cuales aún se encuentran en vías de regularización (arts. 7° D.F.L. N° 2.603 de 1979, 19 N° 24 inc. final CPR y 2° transitorio CA)²³.

²¹ A este respecto se ha sostenido que “las corrientes superficiales aportan aguas de recarga a los acuíferos subterráneos, y, por el contrario, los embalses subterráneos realizan aportaciones a los flujos superficiales de agua, permitiendo muchas veces la subsistencia de estos flujos de agua que, de otra manera, podrían desaparecer. Este mismo fenómeno, de la interrelación entre los distintos flujos de aguas, puede provocar que un embalse subterráneo se vea afectado por las extracciones de agua de un curso superficial o que, por contrapartida, la cantidad o calidad de agua de un río se deteriore por las extracciones en un acuífero subterráneo”, GONZÁLEZ (1995), p. 33. En realidad, sostiene GETCHES, casi no hay aguas subterráneas que estén totalmente desconectadas de las aguas superficiales. Véase GETCHES (2000), p. 349.

²² Además, como precisa PÉREZ, “La gestión del agua es interdependiente, fácilmente se comprende que no se pueden independizar los problemas de cantidad y calidad del recurso, de forma que la sobreexplotación, la salinización y la contaminación se interconexionan y agravan mutuamente”, PÉREZ (1994), p. 49.

²³ Sobre ello ver VERGARA (1998); y RIVERA (2013).

Aunque la técnica concesional es regulada en términos generales, esto es, cubriendo aguas superficiales y subterráneas, es posible identificar algunas particularidades para estas últimas; a saber:

a) *Dualidad de etapas: exploración y explotación.* A diferencia de las aguas superficiales, las subterráneas no están naturalmente a la vista del hombre, por lo que es necesario, en primer lugar, estudiar y determinar su real existencia; sólo una vez comprobado lo anterior, se obtendrá el derecho para aprovecharlas (extraerlas), de acuerdo a los términos establecidos en el título concesional²⁴. Así, en tal aprovechamiento se distingue una fase de “exploración” (labores geofísicas de prospección y/o perforación del subsuelo para detectar aguas subterráneas²⁵) y otra de “explotación” (extracción y utilización propiamente tal). Ambas fases deben desarrollarse de acuerdo a las normas que establezca la DGA (arts. 58, 58 bis, 59 y 60 CA).

En relación a este tema es posible formular las siguientes apreciaciones:

i) *Carácter de la concesión de exploración en relación a la posterior explotación.* Una de las preguntas que surge de inmediato es si resulta obligatorio contar con una concesión de exploración para luego poder obtener la de explotación; dicho en otros términos, ¿la concesión de exploración es un requisito habilitante para el otorgamiento de la concesión de explotación?

De acuerdo a los preceptos legales y reglamentarios correspondientes, la concesión de exploración no fue establecida estricta y literalmente como una condición *sine qua non* de la solicitud de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, salvo la excepción que luego se anuncia. Lo que se

²⁴ Algo similar ocurre en materia de minas, en que se distinguen las etapas de exploración y explotación, pues si bien los minerales pueden encontrarse en la superficie, lo que facilita su explotación, por lo general “se tiene que recurrir al laboreo subterráneo mediante excavación de pozos, socavones o galerías...”. VERGARA (2010), p. 27. Hay un riesgo e incerteza importante en el aprovechamiento de estos recursos naturales del subsuelo (aguas y minerales), lo cual va acompañado, además, de altos costos económicos. En ese contexto, entonces, el rol del Derecho es crucial, pues es necesaria la existencia de reglas que confieran claridad y seguridad al sistema. Con relación a ello se ha sostenido que “...los recursos hídricos subterráneos ponen de manifiesto la incapacidad financiera del Estado para destinar recursos a su descubrimiento y cuantificación, lo cual, en términos prácticos, conduce al hecho de que, un recurso que se sabe existente en general pero que no ha sido ni descubierto ni cuantificado en concreto, equivale a que no exista en absoluto... Son precisamente los inversionistas privados, que motivados por la necesidad de aportar recursos hídricos a sus proyectos económicos particulares, toman el riesgo de invertir grandes cantidades de dinero, en campañas de exploración de aguas subterráneas y mallas de sondajes... Por ello, lo mínimo que el Derecho puede hacer, al igual que ocurre analógicamente en el régimen minero, es de alguna manera compensar la aleatoriedad y magnitud del riesgo económico, con seguridad jurídica...”. TALA (1999), p. 51.

²⁵ Art. 9º inc. final Decreto N° 203, de 2014. Respecto a ello, puede afirmarse que la noción jurídica de aguas subterráneas excluye la posibilidad de afloramiento natural de las mismas; es fundamental la intervención del hombre. En este sentido ver BOETTIGER (2008), p. 360; y ARÉVALO (2011b), pp. 185-186.

requiere es que el particular compruebe, antes de la presentación de la mencionada solicitud, la efectiva existencia de aguas subterráneas (arts. 60 CA y 20 a) Decreto N° 203, de 2014). Dicha comprobación podrá provenir de labores de alumbramiento ejecutadas en el marco de una concesión de exploración, o bien, al margen de ella. En la práctica, esta última opción se da en los alumbramientos que se producen en inmuebles privados²⁶; pero si se trata de “bienes nacionales”²⁷, la concesión de exploración es la única vía de acceso legítima²⁸.

La posición del concesionario de exploración en “bienes nacionales” se ve fortalecida con ciertas prerrogativas reconocidas a su favor. Se trata de la exclusividad para efectuar trabajos de exploración en el área fijada (art. 15 Decreto N° 203, de 2014) y la preferencia para obtener el derecho de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas (arts. 58 bis CA y 17 Decreto N° 203, de 2014).

ii) Exclusividad y preferencia del concesionario de exploración en bienes públicos. Obtenida la concesión de exploración, su titular goza, en primer lugar, de un derecho de exclusividad para desarrollar las tareas tendientes a la detección de aguas.

²⁶ Cabe tener presente que “En suelo ajeno sólo se podrá explorar previo acuerdo con el dueño del predio, y en bienes nacionales con la autorización de la Dirección General de Aguas” (art. 58 inc. 4° CA). Sobre este punto, conviene llamar nuevamente la atención en torno a las limitaciones existentes para aprovechar aguas subterráneas ubicadas en inmuebles particulares de terceros. Según precisa LIRA, ésta fue una materia discutida en el proceso de redacción del Código de 1981. Así, una tesis abogaba por permitir la exploración y aprovechamiento en suelo ajeno, sustentándose, principalmente, en el carácter de bien nacional de uso público del agua, en el precedente de la legislación minera, y, en el postulado de que ello era conveniente y necesario para el desarrollo del recurso. Por otro lado, la concepción que finalmente triunfó sostenía que el alumbramiento y explotación de aguas subterráneas en suelo ajeno implicaba un grave perjuicio para el dominio del predio superficial, podía deteriorar la calidad del suelo y dar lugar a abusos, pues todos preferirían alumbrar aguas en los predios vecinos y evitarse las molestias de las instalaciones correspondientes en sus inmuebles. Véase LIRA (1983), pp. 45-46.

²⁷ Aquí debe precisarse el caso de los bienes fiscales, regionales y municipales, los que en estricto rigor se rigen por las reglas del sistema posesorio inscrito de Derecho privado, y son distintos de los “bienes nacionales de uso público”. El art. 58 inc. 4° CA es ambiguo, pues utiliza, de manera genérica, la expresión “bienes nacionales”; procede preguntarse si ella incorpora todas esas categorías de bienes, en relación a los cuales hay regímenes diferenciados y órganos administrativos con competencias diversas. El Reglamento (Decreto N° 203, de 2014) no terminó con esta ambigüedad, pues utiliza ambas fórmulas (“bienes nacionales” y “bienes nacionales de uso público”).

²⁸ En efecto, “es la Dirección General de Aguas la que, para explorar aguas subterráneas, “autoriza” la construcción de pozos de sondaje en tales bienes públicos... en el pozo que ha sido construido en el cauce natural con autorización de la Dirección General de Aguas, otorgada en el procedimiento de “exploración”, es donde se “alumbran” aguas, cumpliendo su objetivo esta primera fase, de “exploración”. Y, es con la misma obra hidráulica, así construida y autorizada, que se inicia la segunda fase de “explotación”, ante la misma Dirección General de Aguas. Fase precedida ineludiblemente, de este modo, por la de “exploración”, en el caso de los TERRENOS de bienes públicos” VERGARA (2006), pp. 168-169.

Luego, una vez finalizada dicha exploración, y siempre que haya presentado en tiempo y forma el informe correspondiente, se confiere al concesionario la preferencia para obtener el derecho de aprovechamiento sobre las aguas detectadas. La citada preferencia puede hacerse efectiva dentro del plazo de la concesión de exploración y hasta tres meses después de terminada ésta.

Ahora bien, la preferencia indicada no es absoluta²⁹; si dentro del plazo de 6 meses contados desde la presentación de la solicitud (para estos efectos, se entiende que la fecha de presentación de la solicitud es aquella que otorgó la concesión de exploración), otros peticionarios solicitan derechos sobre las mismas aguas, y no hay disponibilidad para satisfacer todos los requerimientos, la regla de mercado irrumpe en este escenario, procediéndose al respectivo remate. Sin embargo, esta excepción no se aplica si la concesión de exploración también hubiese sido otorgada mediante remate; en este evento prevalece la preferencia del concesionario de exploración, como absoluta³⁰.

iii) Improcedente rol normativo de la Dirección General de Aguas. Al amparo de lo prescrito por el legislador en los arts. 58 y 59 CA³¹, la DGA emitió las resoluciones 207 de 1983; 186 de 1996; 341 de 2005; y 425 de 2007³², sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas.

Resulta desajustada la rara “delegación” en bloque que los arts. 58 inc. 1º y 59 CA realizan a la autoridad administrativa, desajuste que se acentúa ante la incompleta intervención del Código en estas materias³³. Sin perjuicio de ello,

²⁹ Con anterioridad a las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.017, de 2005, la preferencia del concesionario de exploración sí tenía este carácter absoluto, y las solicitudes se preferían unas a otras por su fecha y hora de presentación. Sobre ello, ver BOETTIGER (2008), pp. 362-363, quien afirma que tal régimen sí fomentaba la investigación y exploración particular de aguas subterráneas.

³⁰ Criticando este paralelismo, BOETTIGER postula que se ha creado una categoría preferencial de permisos de exploración: aquellos adquiridos vía remate. El resto no confiere la preferencia ni la seguridad en torno a la inversión que, en todos los casos, implican las labores de exploración. Ello, a juicio de la autora, desincentiva la actividad privada en la exploración de aguas subterráneas, no existen razones de fondo que avalen este trato desigual y puede llevar a situaciones injustas. Véase BOETTIGER (2008), pp. 365-370. En una posición distinta, postulando que es adecuada la inclusión del mecanismo de remate, pues restringe la discrecionalidad de la DGA y da coherencia al sistema, contemplando un mecanismo único para aguas superficiales y subterráneas ante peticiones contemporáneas, ver CARRASCO (2007), pp. 55-57.

³¹ Disponen, en lo pertinente, estas normas: “Cualquiera persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas” (art. 58 inc. 1º CA); y, “La explotación de aguas subterráneas deberá efectuarse en conformidad a normas generales, previamente establecidas por la Dirección General de Aguas” (art. 59 CA).

³² Ésta se mantuvo vigente hasta marzo de 2014, cuando se publicó el Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas. Entre ambos textos, como se anuncia *supra*, existe una notoria coincidencia.

³³ Criticando esta situación véase VERGARA (2014), pp. 228-235, quien sostiene “...¿es correcta y procedente la actuación del legislador al conferir, en los arts. 58 y 59 del CA, facultades “normativas” a

y precisamente producto de estos evidentes vacíos o lagunas regulatorias, la autoridad administrativa se convirtió, durante muchos años, en la autora de detalladas “regulaciones” sobre aguas subterráneas³⁴. A este respecto puede observarse que:

1º La resolución administrativa (en sus diversas versiones) abordó la exploración y explotación de aguas subterráneas con mucho mayor detalle que el Código de 1981. No obstante, varios asuntos seguían (y siguen) sin tener una respuesta coherente y acabada. Entre ellos pueden citarse la recarga artificial de acuíferos, las comunidades de aguas subterráneas, el acceso (servidumbres) para aprovechamiento de aguas subterráneas en predios privados, la reperforación o profundización de pozos³⁵, entre otros. La verdad es que todos estos temas envuelven problemáticas jurídicas y prácticas, cuyas soluciones, hasta hoy (en una metáfora de la realidad de las aguas subterráneas), *se mantienen ocultas en el seno de la tierra*.

2º Tal como lo advirtieron algunos autores, la técnica empleada admitía serias críticas³⁶. En verdad, a través de un mero acto administrativo de orden interno, dictado en virtud de potestades jerárquicas del Director General de Aguas respecto únicamente de los funcionarios de su Servicio, se invadió el ámbito competencial exclusivo del legislador y se incorporaron nuevos mandatos “normativos” conductuales a los administrados. Ello, ciertamente, carecía de legitimidad³⁷.

un órgano administrativo? ¿Cuál es el alcance de la expresión “normas” que usan los arts. 58 y 59 del CA? De partida, cabe eliminar dos posibilidades: que sean potestades o normas legislativas o regulatorias, por no corresponderle a un órgano de la Administración dictar leyes o reglamentos...” (p. 231).

³⁴ A estas resoluciones cabe agregar otro acto administrativo interno de la DGA, en que también se incluyen reglas sobre aguas subterráneas, y que en la práctica se aplican como auténticas normas legales o reglamentarias: trátase del Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, de 2008.

³⁵ Sobre esta cuestión, Pinto precisa que el acuífero normalmente se considera desde dos dimensiones, pero existe una tercera (la profundidad) que ha quedado olvidada. Ver PINTO (1993), p. 177. Asimismo, MUÑOZ advierte que “...el acto originario de constitución de un derecho de aprovechamiento de agua subterránea no determina que su explotación deba hacerse desde una determinada cota, al igual que no asegura que el ejercicio de un derecho de agua superficial se haga siempre a un mismo nivel o altura de agua. Es decir, un titular de un derecho de agua subterránea tiene determinado un punto de extracción y un caudal que puede explotar debiendo este procurarse de las condiciones necesarias para su ejercicio, no siendo ello responsabilidad del Estado”. MUÑOZ (1999), p. 321.

³⁶ En este sentido ver ZAÑARTU (2001), p. 545; CARRASCO (2007), pp. 68-70 y 78; y, VERGARA (2013a), pp. 253-264 y (2013b), pp. 253-268.

³⁷ No obstante lo expuesto, algunas sentencias afirmaron la validez de la mencionada Resolución 425, de 2007. Véase Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 119-2013, de 1 de octubre de 2013; y Corte Suprema, Rol N° 1652-2010, de 25 de septiembre de 2012.

b) Conservación y protección del acuífero en la determinación de disponibilidad de aguas subterráneas. De acuerdo a lo establecido en los arts. 22 y 141 inc. final CA, los requisitos para la constitución de todo derecho de aprovechamiento son: procedencia legal de la solicitud, inexistencia de perjuicios a derechos de terceros y disponibilidad de aguas³⁸. En la definición de este último elemento, en el caso de las aguas subterráneas, la DGA debe incluir un aspecto adicional (es decir, no sólo basta comprobar la existencia material de aguas y que ellas no estén asociadas a derechos constituidos o reconocidos preexistentes): la explotación del acuífero debe ser la adecuada para su conservación y protección en el largo plazo, de acuerdo a antecedentes técnicos de recarga y descarga y a las condiciones de uso existentes y previsibles. Toda esta información debe ser de público conocimiento (arts. 147 bis inc. final CA y 20 d) Decreto N° 203, de 2014)³⁹.

En importante medida, esta noción, incorporada al Código del ramo por la Ley N° 20.017, de 2005, recogió el criterio administrativo del “uso previsible”, empleado en su momento por la DGA y en cuya virtud se consideraban como “disponibles” aquellas aguas que no eran usadas por los respectivos titulares de derechos. Ello introdujo distorsiones, pues en el régimen jurídico vigente no existe la obligación de utilización efectiva del recurso, de modo que la falta de uso no afecta la conservación del derecho por parte de sus titulares. En estas condiciones, todos los volúmenes asociados a derechos contituidos o reconocidos, independientemente de si se usan o no, no están disponibles para el otorgamiento de nuevas titularidades⁴⁰.

³⁸ La determinación de la disponibilidad de aguas subterráneas se ha transformado en uno de los puntos más álgidos y discutidos a nivel jurisprudencial en los últimos años. En relación a ello pueden verse MUÑOZ (1999); FIGUEROA (2000); y RIVERA (2015), en prensa.

³⁹ Cabe advertir que, al enunciar la mencionada exigencia, el art. 147 bis CA dispone que ella es sin perjuicio de lo establecido en otros preceptos del Código, entre los cuales se menciona al art. 129 bis 1. Este artículo se refiere al caudal ecológico mínimo, limitación ambiental que sólo es aplicable a los nuevos derechos que se constituyan sobre aguas superficiales. Por lo tanto, hay aquí una remisión incorrecta del legislador.

⁴⁰ A este respecto, la Contraloría General de la República ha precisado que “...la referencia que la norma legal en examen hace a la consideración de las condiciones de uso existentes y previsibles –al igual que de los antecedentes técnicos de recarga y descarga–, dice relación con la exigencia orientada a que la aludida Dirección debe verificar que la explotación del respectivo acuífero sea la apropiada para su conservación y protección en el largo plazo, y no con la determinación, a través de esas condiciones, de la disponibilidad específica susceptible de ser constituida como derecho de aprovechamiento en términos tales de distinguir entre los caudales nominalmente otorgados y el uso efectivo que sus titulares hacen de éstos” (dictamen N° 37.298, de 12 de junio de 2013).

2. Tres casos especialísimos de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas

La legislación contempla tres supuestos muy excepcionales de derechos de aguas subterráneas, en que la titularidad no surge por la vía concesional (regla general), sino que nace por el sólo ministerio de la ley. Además, estamos frente a unos “usos limitados o restringidos”⁴¹; de ahí que estas hipótesis deben interpretarse restrictivamente. Se trata de los siguientes casos:

a) *Bebida y usos domésticos*. De acuerdo al art. 56 inc.1º CA, cualquiera puede cavar pozos en suelo propio para bebidas y usos domésticos. A este respecto, debe consignarse que el Reglamento precisa que la noción de “bebida y uso doméstico” corresponde al aprovechamiento que una persona o familia realiza del agua que ella misma extrae de un pozo para fines de bebida, aseo personal y cultivo de productos hortofrutícolas indispensables para su subsistencia, sin objetos económicos o comerciales (art. 51 Decreto N° 203, de 2014)⁴². Sin perjuicio de estimar correcta esta conceptualización, debe advertirse que el Reglamento está precisando una noción legal, y no es procedente que ello sea asumido desde esta instancia; la interpretación legislativa queda fuera de la potestad reglamentaria de ejecución.

En función de la aplicación restrictiva que corresponde a esta norma, ella supone que la persona favorecida con este derecho *ipso iure* no tenga acceso al agua para satisfacer menesteres básicos por otras vías o medios, como es la cobertura de agua potable o saneamiento, tanto en zonas urbanas como rurales⁴³.

b) *Aguas halladas en labores mineras*⁴⁴. Asimismo, el concesionario minero tiene, por el sólo ministerio de la ley, el derecho de aprovechar las aguas que encontrare en sus faenas y que fueren necesarias para su explotación (arts. 56 inc. 2º CA y 110 Código de Minería⁴⁵).

⁴¹ Sobre ello ver ARÉVALO (1999), p. 20; y, VERGARA (2000), pp. 174-177 y (2014), pp. 157-162 y 182-183. Ambos autores hablan de usos “mínimos” o “limitados”, advirtiendo VERGARA que ellos deben igualmente respetar las reglas generales del ejercicio de todo derecho de aprovechamiento (principio de unidad de la corriente, unidad regulatoria de todos los derechos de aguas, respeto a los derechos de terceros y otros límites comunes).

⁴² Siguiendo una línea similar, esta temática ha sido abordada también en sede jurisprudencial, para lo cual puede verse Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 274-2014, de 28 de abril de 2014. De Contraloría General de la República, ver dictamen N° 25.837, de 13 de mayo de 2010.

⁴³ ARÉVALO (1999), p. 20.

⁴⁴ Sobre la historia legislativa y el estatuto jurídico actual de esta figura, puede verse el completo y fundado trabajo de VERGARA (2000), pp. 145-179.

⁴⁵ Cabe igualmente tener presente lo dispuesto en los arts. 8º inc. final de la Ley N° 18.097, de 1982, Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (“Los titulares de concesiones mineras tendrán los derechos de agua que en su favor establezca la ley”) y 74 del Código Sanitario (“No se podrá ejecutar

El Código de Minería es más amplio en la definición de este derecho, pues lo asigna, en forma genérica, al “titular de concesión minera”, que puede ser de exploración o explotación; el Código de Aguas, en cambio, utiliza la voz “dueño de pertenencias mineras”, restringiéndolo, por tanto, al concesionario de explotación. En este punto, y en lo relativo al contenido de la titularidad, primaria la prescripción del Código de Minería, posterior a la normativa de aguas⁴⁶.

Los presupuestos de hecho que deben reunirse para el surgimiento de este derecho de aprovechamiento son: existencia de una concesión minera (de exploración o explotación, ya constituida); las aguas deben ser halladas en la ejecución de las labores propias de la concesión (dicho hallazgo es, por ende, fortuito); estas aguas solo pueden ser empleadas para la exploración, explotación y beneficio de minerales, y en la medida que tales faenas lo requieran; y, la concesión debe mantenerse vigente (es decir, el derecho de aguas es accesorio a ésta)⁴⁷.

El Reglamento de aguas subterráneas no contiene alusiones explícitas a esta figura; sólo establece que los pozos para bebidas y usos domésticos son la única excepción al deber de respeto generalizado a las áreas de protección (art. 1 b Decreto N° 203, de 2014). Se deja fuera, por ende, el derecho de aguas halladas en labores mineras, que sí era considerado dentro de tales excepciones en la Resolución DGA 425, de 2007.

Por último, cabe señalar que es bastante decidor que este excepcional derecho esté incluido dentro de aquellos que deben registrarse en el Catastro Público de Aguas (CPA)⁴⁸.

c) Aguas alumbradas en el ejercicio de concesiones de energía geotérmica. Aunque el Código precisa que, fuera de los dos casos previamente mencionados, todo aprovechamiento de aguas subterráneas requerirá la correspondiente

labores mineras en sitios donde se han alumbrado aguas subterráneas, en terrenos particulares ni en aquellos lugares cuya explotación pueda afectar el caudal o la calidad natural del agua, sin previa autorización del Servicio Nacional de Salud, el que fijará las condiciones de seguridad y el área de protección de la fuente o caudal correspondiente. / El Servicio Nacional de Salud podrá ordenar en todo caso la paralización de las obras o faenas cuando ellas puedan afectar el caudal o la calidad del agua”).

⁴⁶ VERGARA advierte que, por un criterio cronológico, en lo referente al contenido material del derecho en cuestión, es indudable que prevalece el art. 110 del Código de Minería; en todo lo demás (estatuto y ejercicio del derecho) rige el Código de Aguas. Véase VERGARA (2000), pp. 164-165 y (2010), pp. 495-496. En la misma línea, ver Alburquenque (2000), p. 14; y, ARÉVALO (2011a), p. 175.

⁴⁷ En esta dirección véase ARÉVALO (1999), pp. 20-21; ALBURQUENQUE (2000), pp. 14-15; y VERGARA (2000), pp. 165-174.

⁴⁸ Señala el art. 33 letra c) del D.S. N° 1.220, de 1998: “(...) deberán registrarse en el Catastro Público de Aguas los siguientes derechos de aprovechamiento: c) Aquellos a que se refiere el artículo 56 inciso segundo del Código de Aguas, el artículo 110 del Código de Minería y el artículo 8° de la Ley N° 18.097, de 1982, Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras”.

concesión (art. 57 CA), la Ley N° 19.657, de 2000, sobre concesiones de energía geotérmica, incluye otra hipótesis de derecho de aguas subterráneas reconocido por el sólo ministerio de la ley⁴⁹. Dicho derecho está configurado de manera similar al que favorece al concesionario minero, pero con las siguientes particularidades:

i) Se explicita o tipifica el derecho, atribuyéndole los caracteres de consuntividad y continuidad; y,

ii) Se configura una obligación para el concesionario: poner en conocimiento de la DGA la ubicación de la captación, características técnicas de la extracción y caudales extraídos; ello, dentro del plazo de seis meses contado desde el alumbramiento de las aguas.

d) Necesidad de revisión de excepciones al régimen concesional. No corresponde profundizar sobre este asunto en este texto, pero debe advertirse que la tendencia legislativa de exclusión de ciertos aprovechamientos de aguas de la institucionalidad concesional no es nueva en nuestro país: en materia de pozos domésticos proviene desde el Código Civil de 1855, y, respecto a las aguas halladas en labores mineras, existen antecedentes en el Código de Minería de 1874. Por cierto, la novedad es la inclusión de la energía geotérmica en este mismo grupo (año 2000).

Tratándose de pozos para bebidas y usos domésticos puede presumirse que el legislador entendió, dada la particularidad y especificidad del objeto previsto en la norma, que se trata de un uso limitado, y que, en tal carácter, no afecta mayormente a otros usuarios de la respectiva fuente subterránea. En la hipótesis de concesionarios mineros y de energía geotérmica, el legislador se refiere a aguas halladas fortuitamente a propósito del ejercicio de una concesión, esto es, no deliberadamente encontradas; en múltiples ocasiones, dichas aguas obstaculizan las labores de exploración o explotación, y afectan su seguridad, de modo que deben ser extraídas del lugar en que se encontraron⁵⁰. En ese contexto, se

⁴⁹ El art. 27 incs. 1° y 2° de la citada Ley preceptúa: “El titular de la concesión de energía geotérmica tiene, por el solo ministerio de la ley, y en la medida necesaria para el ejercicio de la concesión, el derecho de aprovechamiento, consuntivo y de ejercicio continuo, de las aguas subterráneas alumbradas en los trabajos de exploración o de explotación. Este derecho de aprovechamiento es inherente a la concesión de energía geotérmica y se extinguirá con ésta. / Dentro del plazo de seis meses, contado desde el alumbramiento de las aguas subterráneas, el concesionario de energía geotérmica deberá informar a la Dirección General de Aguas, respecto de la ubicación del punto de captación, de las características técnicas de la extracción y de los caudales extraídos”.

⁵⁰ “En efecto, encontrar aguas en una faena minera es, en la práctica, un verdadero problema, toda vez que significa tener que invertir capital en drenar esa agua, o lo que es peor, suspender las faenas”. ALBURQUENQUE (2000), p. 15.

facilita su aprovechamiento por los concesionarios que las necesitaren en sus faenas, presumiéndose igualmente que su utilización será limitada⁵¹.

Algunos conflictos se han suscitado en los últimos años a propósito de las aguas halladas en labores mineras⁵². El tenor de las discusiones generadas parece indicar que la configuración y diseño de estas figuras deben ser revisados, determinando sus condiciones a la luz del escenario jurídico e hidrológico actual⁵³.

3. Flexibilización o alteración de reglas concesionales y de regularización para las aguas subterráneas

Además de las hipótesis recién enunciadas, pueden encontrarse otras en que el legislador modifica sus propias reglas para atender ciertas situaciones puntuales. Son las que se indican brevemente a continuación:

a) *Pozos de emergencia ante una extraordinaria sequía*. De acuerdo al art. 314 CA, ante una declaración de zona de escasez (procedente en caso de extraordinaria sequía), y por el mismo período de duración de dicha declaración, la DGA se encuentra habilitada para autorizar extracciones de aguas superficiales y subterráneas sin que sea necesario constituir derechos de aprovechamiento y sin las limitaciones de la figura del caudal ecológico mínimo. Respecto a las aguas subterráneas, es lo que comúnmente se conoce como “pozos de emergencia”.

Varias dificultades se encuentran asociadas a esta cuestión. Es un espacio nebuloso, donde la “emergencia” parece justificar la flexibilización de las exigencias legales y aumentar la discrecionalidad de las autoridades administrativas

⁵¹ Sobre ello, ARÉVALO precisa que, salvo una situación contemplada en la Ley General de Pesca y Acuicultura, la minería es el único caso en que el destino/uso de las aguas se convierte en un criterio de asignación de derechos de aprovechamiento. A su vez, aparte de la generación de energía geotérmica, la minería es la única actividad económica que tiene asociados derechos de aguas por el sólo ministerio de la ley. Ello se debe, sostiene el autor, a su importancia en la economía del país. Ver ARÉVALO (2011a), p. 174.

⁵² De la Corte Suprema, véanse los siguientes fallos: Rol N° 5826-2009, de 28 de octubre de 2011; Rol N° 4914-2011, de 2 de abril de 2013; y Rol N° 6997-2012, de 12 de noviembre de 2013. Estos pronunciamientos se han referido, fundamentalmente, a los presupuestos o requisitos del derecho de aguas halladas en labores mineras y al lugar en que éstas pueden ser utilizadas; una sistematización de dichos criterios jurisprudenciales puede verse en RIVERA (2015), en prensa.

⁵³ Cabe hacer presente que se encuentran en tramitación parlamentaria algunos proyectos de ley que pretenden modificar la situación descrita, en el sentido que resumidamente se indica: imponer a explotadores mineros la obligación de utilizar agua desalada, disminuyendo la extracción de aguas TERRESTRES, tanto superficiales como subterráneas (Boletín N° 8006-08, ingresado con fecha 2 de noviembre de 2011); y eliminar el derecho de aprovechamiento reconocido por el sólo ministerio de la ley a concesionarios mineros y geotérmicos, precisando que deberán informar a la autoridad sobre las aguas halladas y solicitar la concesión de uso temporal de dichas aguas, de acuerdo a las reglas generales del Código del ramo (Boletín N° 8960-33, ingresado con fecha 23 de mayo de 2013).

intervinientes. Así, la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH), en coordinación, se supone, con la DGA, impulsa la perforación de pozos para abastecimiento a poblaciones. Sobre dicho proceder, la Contraloría, al controlar la legalidad de los actos correspondientes, ha emitido escuetos pronunciamientos, indicando que los aprueba en el entendido que se cumplirá la normativa pertinente del Código de Aguas (por lo tanto, actuando un tanto a ciegas, sobre hechos inciertos, confiando en la corrección de los procedimientos que se ejecutarán)⁵⁴.

Otra anomalía sobre este tema fue constatada en una auditoría practicada por la Contraloría General de la República (CGR) a la DGA, cuyos resultados se conocieron en abril de 2014⁵⁵. Se detectó que los usuarios suelen continuar extrayendo agua de los mencionados pozos, supuestamente “de emergencia”, aun después que ha cesado la vigencia de las declaraciones de zona de escasez. Se configuraría así un supuesto de uso de aguas sin título legítimo, lo que fue catalogado, por el órgano contralor, como una deficiencia administrativa en el control de la extracción del recurso.

b) Constitución menos rigurosa y regularizaciones expeditas de derechos de aguas: la inusitada e improcedente habilitación de la Ley N° 20.017, de 2005. Como digo más arriba, los únicos usos consuetudinarios que pueden considerarse como derechos de aprovechamiento “reconocidos” son aquellos iniciados antes de la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981 (29 de octubre de 1981). Después, todos los nuevos derechos deben nacer de un procedimiento concesional reglado (salvo que se trate de los derechos *ipso iure*). Sin embargo, en las disposiciones transitorias de la Ley N° 20.017, de 2005, que consagró la reforma más importante realizada hasta el momento al Código de 1981, se incluyen las siguientes regulaciones excepcionales:

i) Flexibilización de requisitos para constituir derechos en virtud de solicitudes presentadas hasta el 1 de enero de 2000. Se trata de una reacción legislativa frente a las demoras de la DGA, pues su objeto es dar respuesta a peticiones que, a la entrada en vigor de la citada Ley N° 20.017, llevaban más de 5 años en tramitación.

Así, el art. 3° transitorio de la Ley N° 20.017 precisa que la DGA constituirá, como consuntivos, definitivos, permanentes y continuos, y hasta por un caudal de dos litros por segundo, los derechos vinculados a solicitudes presentadas en la fecha indicada y cuya resolución estuviere pendiente o con recursos sin resolver, siempre que se reunieren los siguientes requisitos: 1° procedencia legal de la solicitud (menciones del art. 140 CA y publicaciones conforme art. 131

⁵⁴ En este sentido ver dictámenes N°s. 81.918, de 12 de diciembre de 2013, y 22.556, de 31 de marzo de 2014.

⁵⁵ Informe final N° 27, de 23 de abril de 2014.

CA); 2º si el derecho recayere sobre aguas subterráneas, probar dominio del predio donde se ubica el pozo o la autorización de quien correspondiere si tal predio es ajeno; 3º acreditar alumbramiento de aguas en la obra de captación; y, 4º demostrar que las obras de captación no están en áreas de protección de otros derechos.

Por lo tanto, la prohibición de causar perjuicio a derechos de terceros y la propia disponibilidad del recurso son evaluados de un modo bastante menos riguroso en este caso.

ii) Regularizaciones expeditas de derechos de aguas subterráneas. Aun cuando los arts. 4º y 5º transitorios de la Ley N° 20.017 se refieran a “constituir” derechos, lo que permiten estas disposiciones es, en realidad, una formalización o regularización de situaciones preexistentes. En efecto, se posibilitó la regularización de derechos de ejercicio permanente respecto a captaciones construidas antes del 30 de junio de 2004, con las siguientes limitaciones de caudal: hasta dos litros por segundo para las regiones primera a metropolitana (ambas inclusive), y hasta cuatro litros por segundo en el resto del país.

La solicitud de regularización debía cumplir una serie de presupuestos: 1º utilizar el formulario dispuesto por la DGA para estos fines; 2º acreditar dominio del predio donde se ubicaba la captación o la autorización de quien correspondiere si tal predio era ajeno; 3º probar antigüedad de la obra y el caudal susceptible de ser regularizado; y 4º las obras de captación no debían estar situadas en áreas de protección de otros derechos.

Al amparo de estas normas, ingresó a la DGA un enorme volumen de peticiones, provocando un importante colapso administrativo⁵⁶. Además, estas prescripciones buscaban proteger a pequeños productores o comunidades agrícolas y al abastecimiento humano en áreas rurales; sin embargo, muchas solicitudes se presentaron desde otros sectores, con cierto abuso, desvirtuando estos fines⁵⁷. Por todo ello, el propio legislador debió dar un paso atrás, y a través de las Leyes N°s. 20.411, de 2009, y 20.491, de 2011, se prohibió la regularización de derechos en virtud del art. 4º transitorio de la Ley N° 20.017 en un conjunto de acuíferos ubicados desde la primera a la sexta región del país⁵⁸.

⁵⁶ En efecto, se presentaron más de 50.000 solicitudes, cuestión que ha sido constatada por la propia DGA en algunos procesos judiciales suscitados a partir de la aplicación de estas disposiciones. A título meramente ejemplar, ver relación de antecedentes de hecho en los siguientes fallos: Corte Suprema, Rol N° 929-2014, de 31 de julio de 2014; y Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1042-2013, de 5 de agosto de 2013. Debe notarse que este tema ha sido bastante conflictivo, ocupando un destacado lugar en la agenda jurisprudencial de las aguas en los últimos años.

⁵⁷ Dato también develado por la DGA en las sedes judiciales mencionadas en la nota previa.

⁵⁸ Sin perjuicio de ello, se previó que podían incorporarse nuevas áreas en caso que antecedentes técnicos demostraren una afectación del acuífero en el mediano y largo plazo. Quedaron exceptuadas de

B/ Limitaciones a la explotación de aguas subterráneas

Como una particularidad de las aguas subterráneas frente a las superficiales, la DGA está dotada de la potestad de restringir o limitar su aprovechamiento ante determinadas circunstancias. En este punto, y pese a la desregulación que impera en este ámbito, la legislación, y ahora el Reglamento, dan cuenta de un mayor control e intervención administrativa respecto a este recurso todavía desconocido.

Las medidas consagradas en esta línea a se enfocan básicamente en la “cantidad” o disponibilidad de aguas subterráneas⁵⁹; el aspecto cualitativo no es mayormente contemplado, salvo algunas inclusiones recientes efectuadas por el Reglamento⁶⁰. En orden de menor a mayor intensidad, las referidas medidas son las siguientes:

1. Reducción temporal del ejercicio de derechos de aguas subterráneas

Si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios provoca perjuicios a otros titulares de derechos, la autoridad, a petición de uno o más afectados, puede decretar la reducción temporal del ejercicio de derechos de aprovechamiento (arts. 62 CA y 29 Decreto N° 203, de 2014). Esta determinación implica el reconocimiento de la conexión de los acuíferos, y de la influencia que existe entre captaciones vecinas, lo que permite catalogarla como una medida de carácter local⁶¹.

Se trata, en la práctica, de una suerte de prorrateo, a cuyo respecto el Reglamento especifica sus causales con detalles técnicos, describe el procedimiento para solicitar su adopción (aplicación de las normas generales de los arts. 130 y 131 CA) y menciona expresamente las formalidades que debe cumplir el acto administrativo final declarativo.

Ahora bien, esta medida ha tenido nula aplicación práctica, pues nunca se ha decretado; y es que sólo procede a petición de parte, por lo que difícilmente

esta prohibición las solicitudes presentadas por comunidades agrícolas organizadas según el D.F.L. N° 5, de 1968, por pequeños productores agrícolas y campesinos, y por indígenas y comunidades indígenas.

⁵⁹ De acuerdo a FIGUEROA, si existe declaración de reducción temporal o de área de restricción, estamos frente a una disponibilidad condicionada de aguas subterráneas, pues se tiene el derecho de aprovechamiento, pero estará limitado temporalmente en su ejercicio, o será de carácter provisional (únicos que pueden constituirse en áreas de restricción). Siguiendo este razonamiento, ante una declaración de zona de prohibición, la indisponibilidad de aguas sería total o absoluta. Ver FIGUEROA (2000), p. 344.

⁶⁰ Como precisan algunos autores, se denota la ausencia de normas sobre calidad de aguas subterráneas y su protección de la contaminación en el Código; cuestión relevante, y que debe ser cuidadosamente abordada. Véase LIRA (1983), p. 49; y, PERALTA (1993), p. 44.

⁶¹ En esta línea ver ARÉVALO (1999), p. 24 y (2011c), p. 237; MUÑOZ (1999), p. 321, y, GALLARDO (2002), p. 265.

los usuarios solicitarán a la autoridad la imposición de una determinación que conlleve una afección transitoria al ejercicio de sus propios derechos⁶².

Observando lo que sucede en aguas superficiales, y la labor de distribución desarrollada por las organizaciones de usuarios, parece que lo más ajustado sería que este “prorrato” de aguas subterráneas quedara también dentro de las funciones propias de las organizaciones correspondientes. Tales organizaciones están específicamente contempladas en la legislación⁶³, aunque hay problemas en su puesta en marcha y funcionamiento.

2. Área de restricción y derechos provisionales

a) *Declaración administrativa*. En el evento de existir riesgo de grave disminución de un acuífero, con el consecuente perjuicio a los titulares de derechos en el mismo, procede, de oficio o a petición de un usuario del respectivo sector⁶⁴, la declaración de área de restricción (art. 65 CA). Se trata, por ende, de una medida preventiva⁶⁵.

El Reglamento contiene una enumeración de situaciones que definen su aplicación (art. 30 Decreto N° 203, de 2014); si se revisa con detención, puede percibirse que no todas ellas se enmarcan en la causal general consagrada en el Código (riesgo de grave disminución de un acuífero)⁶⁶. Por lo tanto, el Reglamento estaría excediéndose en este punto; es la ley, y no una norma de inferior rango, la que debe precisar cuándo, bajo qué circunstancias y qué derechos se pueden afectar ante una declaración de esta índole⁶⁷.

⁶² En este sentido ver ARÉVALO (2011c), pp. 240-241.

⁶³ Se trata de las comunidades de aguas subterráneas, entidad propia y exclusiva para este tipo de usuarios; y, de las juntas de vigilancia, que deben ejercer jurisdicción sobre “todas” las aguas de la cuenca respectiva.

⁶⁴ De acuerdo a ello, esta solicitud no podría presentarla, por ejemplo, un titular de derechos de aguas en una fuente superficial vinculada al “sector hidrogeológico de aprovechamiento común”. Este criterio no es adecuado, pues rompe el principio de unidad de la corriente y la vinculación e interconexión existente entre aguas superficiales y subterráneas, explicada más arriba, todo lo cual tiene sustento legal y reglamentario.

⁶⁵ Sobre este punto ver ARÉVALO (1999), p. 24 y (2011d), pp. 256-257, quien precisa que si bien su conceptualización es propia de una medida preventiva, las exigencias que involucra la declaración de área de restricción distan bastante de una determinación de ese tipo; sería, a su juicio, la más compleja de las limitaciones a la explotación de aguas subterráneas. Destacando el mencionado carácter preventivo, véase MUÑOZ (1999), p. 322; GALLARDO (2002), p. 266; y, CARRASCO (2007), p. 66.

⁶⁶ Así, por ejemplo, se contempla la concurrencia de antecedentes técnicos demostrativos de riesgo de contaminación por desplazamiento de aguas contaminadas o de la interfase agua dulce-salada. Ello claramente está enfocado en el factor cualitativo, en tanto que el Código centra su atención en la cantidad o disponibilidad de aguas para perfilar el área de restricción.

⁶⁷ CARRASCO (2007), pp. 67-70. Cabe constatar que la vigencia temporal de las declaraciones de áreas de restricción y zonas de prohibición ha generado bastantes conflictos; en concreto, se discute si la

b) Derechos provisionales. En áreas de restricción no se produce (como sucede en la zona de prohibición) un cierre total de la fuente subterránea, dado que la DGA, de modo limitado, puede otorgar “derechos provisionales”⁶⁸, sobre cuyo régimen puede consignarse lo siguiente:

i) Poseen un precario *estatus*, ya que pueden ser limitados prudencialmente por la DGA en el evento de constatarse un descenso sostenido de los niveles del sector hidrogeológico de aprovechamiento común o de parte del mismo, o cuando el ejercicio del derecho provisional haya afectado a otros componentes de dicho sector (vegas, bofedales, salares, sitios Ramsar, entre otros)⁶⁹; y, pueden ser dejados sin efecto si se constata perjuicio a derechos preexistentes (arts. 66 CA y 34 Decreto N° 203, de 2014)⁷⁰.

Nos encontramos acá con un concepto técnico indeterminado (“descenso sostenido de los niveles”), que sólo viene a acentuar el ámbito de discrecionalidad que, por su carácter prudencial, lleva implícita esta atribución concedida a la autoridad administrativa. Asimismo, estamos frente a un supuesto en que la variable ambiental se incorpora al quehacer de la DGA (perjuicio a otros componentes del sector hidrogeológico)⁷¹. Ambas cuestiones, a mayor abundamiento, tienen únicamente sustento reglamentario, pues el Código sólo alude a una causal genérica para limitar o dejar sin efecto derechos provisionales: constatación de perjuicio a derechos ya constituidos.

ii) El Reglamento incorpora, como condición de ejercicio de estos derechos, la obligación de sus titulares de contar con sistemas de control y monitoreo en

DGA puede o no aplicar estas declaraciones a solicitudes de derechos presentadas con anterioridad a su publicación. Sobre ello, y afirmando que, habiéndose acreditado la existencia de aguas y la no afección a derechos de terceros, la DGA deberá haber emitido y publicado previamente dichas declaraciones para denegar legítimamente una solicitud de derecho de aprovechamiento, véanse FIGUEROA (2000), pp. 344-347; ZAÑARTU (2001), p. 543; VERGARA (2007), pp. 154-155; y, ARÉVALO y MUÑOZ (2011), pp. 244-251. La tendencia jurisprudencial de los últimos años, no obstante, muestra una orientación distinta; un recuento de ello puede verse en RIVERA (2015), en prensa.

⁶⁸ A través de la constitución de estos derechos, precisa MUÑOZ, la legislación permite explotar el acuífero más allá de cierto nivel seguro; la DGA considera como recurso disponible para otorgar derechos definitivos y permanentes la recarga media de un acuífero. Véase MUÑOZ (2001), p. 520.

⁶⁹ Nuevamente, sólo se incluye la situación de los derechos de aguas subterráneas y no los potenciales efectos que podrían generarse respecto a titularidades o fuentes superficiales.

⁷⁰ La referida precariedad se hace más latente si se tiene presente que las resoluciones que dejan sin efecto derechos provisionales están exentas del trámite de toma de razón, según ha advertido recientemente el órgano contralor. Véanse dictámenes N°s 40.467, de 6 de junio de 2014, y, 44.799, de 19 de junio de 2014.

⁷¹ ¿Procede que la DGA tenga competencias en materia ambiental? Señalando que ello desnaturaliza la normativa y la institucionalidad ambiental, descoordina al sector público y confunde al ciudadano, ver CARRASCO (2007), p. 66.

sus captaciones, y de enviar tal información a la DGA (art. 31 Decreto N° 203, de 2014)⁷².

iii) Los derechos provisionales pueden transformarse en definitivos una vez transcurridos cinco años de ejercicio efectivo y siempre que titulares de derechos preexistentes no aleguen ni acrediten haber sufrido daño (art. 67 CA)⁷³. Respecto a este punto, pueden añadirse las siguientes precisiones derivadas del Reglamento:

1° La obligación de uso efectivo del agua que debe cumplir el solicitante respectivo debe ser, al menos, equivalente al 80% del volumen total anual del derecho provisional durante cada año del plazo de cinco años fijado en el art. 67 CA. Ahora bien, si tal uso se interrumiere, el mencionado plazo de cinco años comenzará a contarse nuevamente, desde la reanudación de la extracción (art. 33 Decreto N° 203, de 2014).

Sobre esto último cabe preguntarse qué sucede, por ejemplo, si no hay disponibilidad de recursos para alcanzar una utilización del 80% del volumen anual asignado. Siguiendo los estrictos y literales criterios del Reglamento, tendríamos que responder que ello implicaría una interrupción del plazo exigido, y, en definitiva, la pérdida del tiempo cumplido o reunido hasta ese momento. Así, lo que se está imponiendo es una obligación de uso del agua para los titulares de derechos provisionales, la cual no se ajusta a la libertad de uso/no uso que otorga el Código del ramo.

Además del uso efectivo del recurso, para la transformación de derechos provisionales en definitivos no deben haberse afectado derechos definitivos ya constituidos en el sector hidrogeológico de aprovechamiento común⁷⁴. En función de la interconexión entre aguas superficiales y subterráneas y

⁷² Tal inclusión podría tener su origen en el art. 68 CA, que, aunque no alusivo a los derechos provisionales propiamente tales, se ubica luego de las referencias a las declaraciones de áreas de restricción, disponiendo que “La Dirección General de Aguas podrá exigir la instalación de sistemas de medida en las obras y requerir la información que se obtenga”. En todo caso, la legislación no precisa que ello será una condición de ejercicio de estos derechos provisionales.

⁷³ En esta materia –derechos provisionales– también se aplica el mecanismo de remate previsto en los arts. 142 y ss. CA. En efecto, el art. 1° transitorio inc. 3° de la Ley N° 20.017, de 2005, prescribe: “Los derechos de aprovechamiento solicitados que se encuentren pendientes de resolver a la fecha de publicación de la presente ley que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65 y 66 del Código de Aguas puedan ser constituidos en carácter de provisional y que sean incompatibles entre sí según lo dispone el inciso primero del artículo 142 de este Código, serán objeto de uno o varios remates públicos que al efecto realizará la Dirección General de Aguas, de acuerdo al procedimiento señalado en los artículos 142, 143, 144, 145, 146 y 147 del Código de Aguas”. En la misma línea se encuentra el art. 31 inc. 2° Decreto N° 203, de 2014.

⁷⁴ No se menciona la eventual afección a derechos “reconocidos”, lo cual, entiendo, puede deberse a una simple confusión terminológica o exclusión involuntaria del Reglamento.

del principio de la unidad de la corriente, ¿no debería también considerarse para estos efectos la posible afección a derechos de aguas superficiales en la cuenca?

2º La solicitud de transformación de derechos provisionales en definitivos debe notificarse a la comunidad de aguas “organizada” en el respectivo sector hidrogeológico de aprovechamiento común, en caso que ésta exista (art. 32 Decreto N° 203, de 2014)⁷⁵.

En aras a una gestión integrada de las aguas superficiales y subterráneas, hubiese sido apropiado que este deber de notificación se hubiera extendido también a la junta de vigilancia competente.

iv) El Reglamento ha incluido un precepto que, sin soporte legal, conlleva un trato especial a los derechos provisionales: no estarán sujetos a la prorrata que aplique la comunidad de aguas subterráneas a la que pertenecieren ni a la reducción temporal que decreta el Director General de Aguas (art. 41 Decreto N° 203, de 2014).

Pareciera que el objetivo del Reglamento en este punto es no afectar o interrumpir el cómputo del plazo de cinco años de uso efectivo que se exige para la transformación de los derechos provisionales en definitivos. No obstante, debe tenerse presente que las medidas mencionadas (prorrata o reducción temporal) están contempladas para períodos de escasez hídrica, circunstancia ante la cual lo más equitativo es que “todos” los usuarios ajusten sus derechos a la disponibilidad existente. Por lo tanto, un foco de potenciales conflictos puede vislumbrarse en este ámbito.

v) El Reglamento crea el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas de Carácter Provisional, el cual formará parte del Registro sobre aguas subterráneas del CPA (artículo segundo Decreto N° 203, de 2014)⁷⁶.

⁷⁵ Al existir declaración de área de restricción, la comunidad debiera existir, ya que ésta se constituye por mandato legal (art. 65 CA), siendo responsabilidad de los usuarios organizarse. Ahora bien, ello no se verifica en la práctica; y no se establecen plazos ni consecuencias por el incumplimiento de este deber. Siguiendo la literalidad del art. 196 CA, la comunidad se entiende organizada cuando está registrada en la DGA. Sin embargo, la existencia misma de la comunidad no depende de este registro; es un tema que reviste varias aristas e interpretaciones, y que, por no representar el objeto central de este texto, por ahora sólo se enuncia.

⁷⁶ En cierta forma, ésto aminora la precariedad registral de los derechos provisionales, pues, aun cuando la ley no lo dispone así, la Contraloría ha precisado que es improcedente su inscripción conservatoria (ver dictamen N° 19.545, de 26 de abril de 2005). A este respecto, coincido con ARÉVALO cuando se manifiesta contrario a este criterio, pues los derechos provisionales, aun con una condición incierta en cuanto a su duración, son igualmente “derechos de aprovechamiento de aguas”, debiendo aplicárseles las mismas prescripciones que rigen para la generalidad de ellos. Ver ARÉVALO (2011e), p. 265.

3. Zona de prohibición

Fundándose en la protección del acuífero, puede decretarse zona de prohibición para nuevas explotaciones. Es la determinación más extrema en esta índole, pues se traduce en un cierre de la fuente de abastecimiento para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento. Este cierre no es definitivo; a petición fundada de parte, la DGA deberá pronunciarse sobre su mantención o alzamiento, considerando los resultados de nuevas investigaciones o estudios en el acuífero (arts. 63 y 64 CA).

Sobre esta cuestión, puede señalarse que el Reglamento, en relación al contenido de la Resolución DGA 425, de 2007, simplifica la hipótesis que hace procedente esta declaración: cuando se hayan constituido derechos que comprometan toda la disponibilidad fijada por la DGA para el otorgamiento de derechos definitivos y provisionales (art. 35 Decreto N° 203, de 2014)⁷⁷. Se elimina, por tanto, el factor cualitativo y ambiental que contemplaba el aludido pronunciamiento administrativo a estos efectos.

C/ Resguardos al aprovechamiento de aguas subterráneas

En la legislación es posible identificar, además, algunas directrices particulares de resguardo a los recursos hídricos subterráneos y a los derechos de aprovechamiento existentes sobre ellos. Lo anterior puede sistematizarse del siguiente modo:

1. Área de protección

Se trata de un radio o perímetro fijado respecto a cada derecho de aprovechamiento, y que implica una prohibición para terceros y para la propia DGA, pues allí no pueden instalarse obras de extracción similares (arts. 61 y 140 N° 1 CA). Entre las captaciones cuyas áreas de protección deben respetarse, se incluyen no sólo los derechos “constituidos” por acto de autoridad, sino también aquellos que estén en proceso de ser regularizados conforme a los procedimientos establecidos en los arts. 2° transitorio CA y 4° y 6° transitorios de la Ley N° 20.017, de 2005⁷⁸ (arts. 20 f) y 26 Decreto N° 203, de 2014).

⁷⁷ Relevante dato o antecedente técnico que exigirá estudios acabados de la autoridad administrativa. Habría sido positivo incluir también, para esta determinación, un informe de la organización de usuarios correspondiente (comunidad de aguas subterráneas, en su caso, y junta de vigilancia de la cuenca respectiva), de modo de tener en cuenta la interrelación entre aguas superficiales y subterráneas.

⁷⁸ Sin perjuicio de los cuestionamientos que pueden asociarse a los procedimientos expeditos contemplados en los arts. 4° y 6° transitorios de la Ley N° 20.017, de 2005, referidos *supra*, es positivo, al menos, que el Reglamento aluda a ellos como lo que realmente son: herramientas de “regularización” de usos preexistentes, no de constitución de nuevos derechos, como la propia Ley N° 20.017 confusamente dispone.

La referida área de protección se materializa en un círculo con centro en la ubicación efectiva del pozo, y su dimensión es, por regla general, de 200 metros medidos en terreno, salvo que, en la constitución de nuevos derechos, se solicite justificadamente una extensión superior (arts. 26 y 27 Decreto N° 203, de 2014)⁷⁹.

En este contexto, el Reglamento ha introducido novedades, contemplando un área de protección especial para las fuentes cuyas aguas hayan sido declaradas “curativas”, según el Decreto N° 106, de 1997. Se hace alusión a los requisitos que debe reunir la solicitud respectiva y al procedimiento aplicable (art. 28 Decreto N° 203, de 2014). Sin embargo, ningún criterio se entrega a la autoridad administrativa para fijar esta área de protección especial, por lo que es una cuestión que quedará entregada a su discrecionalidad.

Un último dato sobre esta materia: aunque la adquisición del derecho para aprovechar las aguas medicinales y mineromedicinales se rige por las disposiciones del Código de Aguas, su ejercicio debe efectuarse en conformidad a las leyes especiales dictadas al efecto⁸⁰ (art. 29 CA)⁸¹. La exclusión de este supuesto del marco jurídico especial de las aguas terrestres no es una singularidad del Derecho chileno, sino que se da también en otros regímenes, donde las aguas mineromedicinales y/o termales cuentan con un estatuto particular.

2. Incidencia del estado cuantitativo de las aguas subterráneas en la aprobación de obras relativas a aguas superficiales

De acuerdo a la ley, serán denegadas las solicitudes de autorización para efectuar modificaciones o nuevas obras en cauces naturales que impliquen

⁷⁹ Históricamente, la extensión del área de protección (fijada, primero, en resoluciones administrativas y actualmente en un Reglamento) ha sido la misma. Ahora bien, ¿es correcto, desde el punto de vista hidrogeológico, establecer un parámetro y dimensión uniforme para todas las explotaciones de aguas subterráneas? ¿No habrá factores que necesariamente alteran esto? Sobre este punto se ha precisado que “Las áreas de protección no solamente han sido mal definidas para el caso de acuíferos no renovables, sino que en general se concluye que el concepto aplicado es errado debido a que las áreas de influencia de los pozos son muy variables y la determinación particular de ésta puede hacerse usando las constantes elásticas del acuífero, variables elementales para controlar y proteger el recurso” (PINTO (1993) p. 177).

⁸⁰ A este respecto, pueden citarse, especialmente, el D.F.L. N° 237, de 1931, sobre fuentes termales, y el D.S. N° 106, de 1997, que aprueba el Reglamento de aguas minerales. Se trata de una temática escasamente tratada y que envuelve interesantes aristas y problemáticas, pero que, atendido el objetivo de este trabajo, no se pueden incluir en esta oportunidad.

⁸¹ Igual regla se encontraba en los arts. 57 del Código de Aguas de 1951 y 68 del Código de 1967. En la misma línea de estas disposiciones, el art. 2° de la Ley N° 19.657, de 2000, sobre concesiones de energía geotérmica, señala que “Las disposiciones de esta ley no se aplicarán a las aguas termales, minerales o no minerales, que se utilicen para fines sanitarios, turísticos o de esparcimiento. / La explotación y utilización de las aguas termales a que se refiere el inciso anterior se regirán por las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley N° 237, de 1931, o por las normas generales o especiales que, en cada caso, fueren aplicables. / El ámbito de aplicación de esta ley abarcará el territorio continental, insular y antártico incluyendo las aguas interiores, mar territorial y zona económica exclusiva”.

disminuciones en la recarga natural de los acuíferos, y que no consideren medidas de mitigación apropiadas (art. 129 bis 2 CA). Se hace latente en este punto la interrelación entre aguas superficiales y subterráneas, aunque restringido, por ahora, sólo a la cantidad del recurso; la calidad sigue siendo un elemento excluido.

Para la adopción de este tipo de determinaciones, el conocimiento de las fuentes hídricas es un factor esencial. Y, en ese sentido, cabe traer a colación dos importantes facultades y deberes de la DGA:

a) puede exigir la instalación de sistemas de medición en obras de captación y solicitar los antecedentes resultantes de ello (art. 68 CA)⁸²; y

b) debe instituir una red de estaciones de control de calidad, cantidad y niveles de aguas superficiales y subterráneas en cada cuenca u hoyo hidrográfica. Dicha información tiene carácter público (art. 129 bis 3 CA).

3. Recarga artificial de acuíferos

Se refiere a los métodos dirigidos a aumentar los recursos de una fuente subterránea, a través de una intervención directa en sus procesos de recarga⁸³. Como un resguardo del aspecto cuantitativo de las fuentes subterráneas, se reconoce una legitimación activa general para efectuar este tipo de obras, debiendo para ello contar con autorización previa de la DGA. De este modo, se entrega a los particulares la responsabilidad de mantener el equilibrio de los acuíferos sin recarga natural⁸⁴. Y como incentivo a la realización de estas labores, y, a su vez, como compensación a quien las haya ejecutado, se le reconoce una preferencia para obtener derechos provisionales sobre las aguas inyectadas mientras dure la recarga (arts. 66 inc. 2º CA y 47 Decreto N° 203, de 2014).

Pese a tratarse de un tema bastante complejo y que envuelve numerosas aristas, el Código es especialmente escueto al abordarlo. El Reglamento, por su parte, complementa en los siguientes sentidos:

a) precisa los antecedentes que debe incluir la solicitud y el procedimiento de su tramitación (art. 48 Decreto N° 203, de 2014);

⁸² El Reglamento acentúa la potestad de la DGA de exigir la instalación de sistemas de medición de niveles, calidad y volúmenes explotados. Ello no se limita sólo a los supuestos de zonas de prohibición o áreas de restricción (como ocurría en la Resolución DGA 425, de 2007), sino que se hace extensiva a la generalidad de las comunidades o usuarios individuales, independientemente de la existencia de las mencionadas declaraciones. Asimismo, se especifican con mayor detalle los sistemas de medición requeridos (art. 40 Decreto N° 203, de 2014).

⁸³ MUÑOZ (2001), p. 523.

⁸⁴ CARRASCO (2007), p. 71.

b) incorpora los presupuestos que deben reunirse para que la DGA apruebe las obras de recarga: que se cumplan las disposiciones contenidas en el art. 48 del Reglamento, y que no se ocasione la colmatación del acuífero (concepto técnico, sin precisión en dicho pronunciamiento) ni la contaminación de las aguas (art. 49 Decreto N° 203, de 2014). Estas exigencias no figuran en el Código de Aguas ni lo hacían en la Resolución DGA 425, de 2007.

c) Como otro tema sin precedentes en el escenario anterior al Reglamento, se regula el procedimiento y los requisitos para la constitución de derechos provisionales con cargo a obras de recarga artificial (art. 50 Decreto N° 203, de 2014). En este ámbito:

i) Deben seguirse las reglas procedimentales establecidas en el párrafo 1° del Título I del Libro Segundo del Código de Aguas, y reunirse los antecedentes que el Reglamento consigna para las solicitudes de constitución de derechos de aguas subterráneas.

ii) Para que opere la preferencia configurada a favor de quien efectúa la recarga, se requiere que el solicitante señale que tiene la aprobación de una obra en esta línea y particularice la resolución correspondiente. Ahora bien, la aludida preferencia se refiere sólo al sector hidrogeológico de aprovechamiento común directamente influenciado por la recarga; excepcionalmente podrá hacerse efectiva en un lugar distinto, pero siempre que esté claramente interrelacionado con aquél y que el o los puntos de captación del derecho provisional estén en una zona directamente influenciada por la recarga artificial.

iii) Las condiciones que deben concurrir para que la DGA constituya el derecho provisional son los siguientes: procedencia legal de la solicitud (de acuerdo a las reglas del Código de Aguas y del Reglamento); obra de recarga artificial aprobada a favor del solicitante y que se encuentre operando⁸⁵; balance hídrico que determine el volumen adicional que la infiltración produce en el sector hidrogeológico de aprovechamiento común donde se encuentra el punto de captación del derecho solicitado⁸⁶; e, inexistencia de perjuicio por parte de este último a otros derechos previos.

d) Crea el Registro Público de Obras de Recarga Artificial de Acuíferos, como parte del Registro Público referente a las aguas subterráneas en el CPA (artículo tercero Decreto N° 203, de 2014).

⁸⁵ Con ello queda claro que este proceso de constitución de derechos provisionales se limita sólo a quienes han efectuado las respectivas obras de recarga. Entonces, ¿para qué se establece una preferencia a favor de estos últimos?

⁸⁶ ¿Este balance hídrico y, en general, la medición de los efectos de la infiltración, considera las potenciales consecuencias que ello podría provocar en aguas superficiales?

La recarga artificial es, como puede verse, un procedimiento complejo, en cuyo marco reaparece la inquietud planteada en otras partes de este trabajo: ¿ninguna intervención le corresponde en este proceso a la comunidad de aguas subterráneas y/o a la junta de vigilancia competentes en el sector en que se pretende ejecutar este tipo de obras?

III. Novedades reglamentarias: algunas notas sobre el Decreto N° 203, de 2014

Para finalizar este recorrido por la regulación de las aguas subterráneas, se enuncian algunos criterios aportados por el Reglamento, lo que parece relevante en su diagnóstico.

1. Derechos no consuntivos de aguas subterráneas

Sin símil en la Resolución DGA 425, de 2007, se consagra explícitamente la posibilidad de constituir derechos no consuntivos de aguas subterráneas, para lo cual se requiere que los puntos de captación y de restitución se encuentren en el mismo “sector hidrogeológico de aprovechamiento común”. En la restitución deberán observarse las exigencias contempladas en el Reglamento sobre prohibición de afectación a derechos de terceros y calidad de las aguas del “acuífero” (art. 25 Decreto N° 203, de 2014).

A través de ello, se alude indirectamente a la generación de electricidad mediante el uso de aguas subterráneas. Esta posibilidad, no obstante, nunca tuvo impedimentos legislativos (las tipologías de derechos de aprovechamiento, o la naturaleza de los mismos, se consagran en el Código para la generalidad de las aguas, sin distinción), por lo que estrictamente hablando no era necesaria una autorización reglamentaria.

Sin embargo, las dificultades parecen provenir desde el ámbito técnico y práctico; surge desde ya, como una cuestión de especial interés, la devolución de las aguas subterráneas a su fuente (claramente no es lo mismo restituir aguas a un río que a un acuífero o sector hidrogeológico de aprovechamiento común).

2. Lugar de ejercicio de derechos de aguas subterráneas y nuevas potestades administrativas

a) Cambios de punto de captación y/o restitución. En este ámbito se reconocen nuevas potestades para la DGA, inexistentes en el Código de Aguas (y tampoco contempladas en la Resolución DGA 425, de 2007). Se trata de lo siguiente (arts. 42 y 43 Decreto N° 203, de 2014):

i) Autorizar cambios de puntos de restitución (directamente relacionado con la concesión de derechos de aprovechamiento no consuntivos de aguas subterráneas, ahora explícitamente permitida).

ii) Autorizar provisoriamente un cambio de punto de captación (nada se dice respecto al de restitución, desconociéndose si se trata de una omisión voluntaria o un olvido del Reglamento). Ello tendrá lugar cuando el proceso tenga un grado importante de avance, lo que queda demostrado con una simple lectura de las condiciones que deben reunirse⁸⁷.

iii) Autorizar cambios de punto de captación y/o restitución de derechos provisionales. Esta aprobación trae como consecuencia que debe comenzar a computarse nuevamente el plazo de 5 años de uso efectivo del agua (al menos el 80% del volumen asignado) que se requiere para transformar en definitivas esas titularidades.

En todos estos casos, se incorpora la obligación del titular del derecho respectivo de deshabilitar las obras originales, en forma total o parcial (según lo pedido), antes de ejercer el derecho en el nuevo punto. Dicha inhabilitación implica ejecutar las actuaciones reglamentariamente descritas, lo cual deberá ser verificado y aprobado por la DGA.

Respecto a las situaciones mencionadas, procede destacar dos aspectos:

1º Ninguna intervención se reconoce a la comunidad de aguas subterráneas que pudiese existir en la zona sobre la cual recaen las solicitudes de cambio de puntos de captación y/o restitución. Menos aún se considera una eventual participación de la junta de vigilancia competente, lo cual es a todas luces inadecuado, demostrando una especie de doble contradicción del Reglamento, y de la normativa de aguas en general:

- Primero, se busca fomentar la organización de comunidades de aguas subterráneas en el país, pero, de la mano, se las excluye de importantes procesos, en que estas entidades claramente debieran tener un rol más activo, al menos a través de informes que ayuden a la autoridad administrativa a adoptar decisiones más ajustadas a la realidad.
- Segundo, se pretende, a través de la declaración de una serie de disposiciones en esa línea, que las aguas superficiales y subterráneas se administren y gestionen conjuntamente⁸⁸. Sin embargo, las juntas de

⁸⁷ A saber: la solicitud debe ser legalmente procedente; deben haberse realizado las publicaciones y radiodifusiones correspondientes; no deben haberse presentado oposiciones; debe haberse practicado la visita a terreno por parte de la DGA; el nuevo punto debe encontrarse fuera del área de protección de otros derechos de aprovechamiento; el nuevo punto debe estar en el mismo sector hidrogeológico de aprovechamiento común que el original; y, el punto de captación original debe encontrarse deshabilitado, si procediere (lo que ocurrirá cuando la solicitud de cambio sea total, pues también se admite que la petición sea por parte del volumen asociado a un derecho determinado).

⁸⁸ A título ejemplar pueden citarse los arts. 3º, 22 y 263 CA y 20 del Decreto N° 203, de 2014.

vigilancia brillan por su ausencia en esta regulación particular de las aguas subterráneas.

2º El Reglamento sostiene que se aceptarán las solicitudes de cambio de puntos de captación y/o restitución que no acompañen el certificado del CPA si la inscripción respectiva ha sido solicitada con más de 30 días de anticipación y se cumplen los requisitos establecidos en el D.S. N° 1.220, de 1998 (Reglamento del CPA). Se debilita con ello la figura del CPA y, particularmente, el carácter de requisito habilitante para actuaciones ante la DGA que le asigna el propio Código a este registro administrativo; al mismo tiempo, se admite tácitamente que este proceso de registro está lejos de ser sencillo, ágil y expedito (especialmente para aquellos derechos cuyos títulos no están perfeccionados).

b) Puntos alternativos de captación y/o restitución. Trátese de una figura recogida por el Reglamento que no tiene antecedentes en el Código ni en la Resolución DGA 425, de 2007, pero sí en la práctica.

Las solicitudes de puntos alternativos de captación y/o restitución deben aludir a un mismo sector hidrogeológico de aprovechamiento común, y pueden referirse al todo o parte del caudal del respectivo derecho. En general, se aplica el mismo procedimiento y se requieren idénticos antecedentes y requisitos que para los cambios de puntos de captación y/o restitución⁸⁹.

Aprobada la solicitud, surge una obligación para el titular del derecho y una potestad para la DGA: como condición previa al ejercicio del derecho, el primero deberá instalar un sistema de medición de niveles y caudales explotados en los puntos de que se trate, lo cual tiene que ser aprobado por la mencionada autoridad; esta última, a su vez, podrá requerir en cualquier momento la información proveniente del aludido sistema (art. 45 Decreto N° 203, de 2014).

c) Cambio de fuente de abastecimiento. Sobre esta materia, el Reglamento (arts. 44 y 45 Decreto N° 203, de 2014):

i) Considera una nueva potestad para la DGA al momento de aprobar un cambio de fuente de abastecimiento: indicar el caudal autorizado a extraer, de acuerdo a la “interacción existente entre la antigua y la nueva fuente”. Este último es un concepto técnico indeterminado, no señalándose nada sobre su manifestación o concreción; se trata, por tanto, de otro espacio entregado a la discrecionalidad administrativa.

Estamos prácticamente ante una reiteración del proceso constitutivo de derechos de aprovechamiento, donde la determinación del caudal es uno de los elementos centrales. Y es que podría darse que la DGA alterara el caudal fijado

⁸⁹ Es decir, solicitud legalmente procedente; inexistencia de perjuicios a derechos de terceros; si correspondiere, Resolución de Calificación Ambiental favorable; y, respeto a las disposiciones del Reglamento.

en el título de constitución o regularización del derecho objeto del cambio de fuente.

ii) Tal como ocurre en el cambio de punto de captación y/o restitución, se incorpora la obligación de deshabilitar las obras originales antes de ejercer el derecho en la nueva fuente (se entiende que la inhabilitación es aquí total, pues no hay posibilidad de solicitar un cambio parcial de fuente de abastecimiento).

Nuevamente conviene llamar la atención sobre la omisión de las organizaciones de usuarios competentes en este proceso (comunidades de aguas subterráneas y junta de vigilancia). Como se sostiene *supra*, ello da cuenta de una importante falencia y atenta contra una resolución realmente “informada” de este tipo de asuntos.

3. Flexibilidad procedimental: vicios formales no esenciales no son causal de rechazo de solicitudes

En una disposición sin precedentes en el Código del ramo ni en la Resolución DGA 425, de 2007, el Reglamento introduce expresamente un factor de flexibilidad administrativa ante errores u omisiones de las solicitudes que no afecten su acertada inteligencia por parte de terceros. De este modo, no será causal de rechazo la presencia de equívocos o falencias “no sustanciales” o “no esenciales”, como podríamos llamarles (art. 53 Decreto N° 203, de 2014)⁹⁰.

Se trata, me parece, de una positiva incorporación, aunque todo dependerá de la aplicación que haga de ella la DGA. Ahora bien, la “acertada inteligencia de terceros” es una noción que puede dar lugar a diversas interpretaciones⁹¹, pero el pronunciamiento reglamentario incluye un ejemplo de los supuestos incluidos en esta conceptualización, orientando dicha determinación.

4. Conceptualizaciones técnicas y jurídicas

En otra manifestación sin antecedentes sectoriales previos, el Reglamento entrega una serie de definiciones técnicas y jurídicas: demanda comprometida, interacción o interrelación, interferencia, nivel, perfil estratigráfico, recarga y sector hidrogeológico de aprovechamiento común (art. 54 Decreto N° 203, de 2014). Sin que ello implique restar importancia al resto, por ahora me detendré

⁹⁰ Sobre una perspectiva más amplia de esta materia, particularmente sobre los vicios formales que no afectan la validez del acto administrativo, puede verse el trabajo de VERGARA (2013c).

⁹¹ A este respecto, cabe recordar lo sucedido con el empleo de la misma expresión en el art. 131 CA, y que generó varias y diversas formas de entenderla. La Contraloría General de la República contribuyó a su clarificación, para lo cual pueden verse sus dictámenes N°s. 40.961, de 29 de noviembre de 1994; 950, de 11 de enero de 1995; 26.409, de 20 de mayo de 2009; y 66.689, de 21 de octubre de 2011 (este último referido, precisamente, a aguas subterráneas).

brevemente sólo en esta última: acuífero o parte del mismo que presenta características hidrológicas espacio-temporales que posibilitan su delimitación para fines de evaluación o gestión independiente.

Esta noción supone la existencia de un completo y acabado mapeo y estudio hidrogeológico de las aguas subterráneas en nuestro país, pues sólo de ese modo podrá determinarse cuándo se está en presencia de un sector hidrogeológico de aprovechamiento común. Las consecuencias de ello no son menores, pues tal delimitación permite que ese sector no sólo se evalúe, sino que se gestione independientemente, esto es, en forma separada de los sectores contiguos o vecinos (por distintas organizaciones de usuarios, en su caso). Desde un primer momento, ello aparece como una excepción a una regla general muy acentuada en el Código del ramo: la gestión integrada, y a través de una única organización de usuarios de las aguas, las cuales, en virtud del principio de unidad de la corriente deben considerarse en sus diversas manifestaciones o tipologías: superficiales y subterráneas⁹².

Si la definición de interrelaciones y la procedencia de seccionamientos es complicado en materia de aguas superficiales, la tarea es, *per se*, más compleja tratándose de aguas subterráneas. La autoridad y los particulares deberán ser especialmente rigurosos y cuidadosos en este aspecto.

5. Aplicación retroactiva de las normas reglamentarias

El único artículo transitorio del Decreto N° 203, de 2014, precisa que las solicitudes que se encuentren pendientes deberán continuar tramitándose de acuerdo a lo dispuesto en este Reglamento. Si bien esta disposición tiene su génesis en la Resolución DGA 425, de 2007, ahora se da una solución única y diversa a la anterior: las nuevas normas se aplicarán a las solicitudes pendientes, sin distinguir su estado de tramitación o fecha de ingreso⁹³.

Ante ello, conviene recordar que la aplicación retroactiva de las normas es excepcional y que sólo puede ser establecida por ley. Por lo tanto, estaríamos frente a un pronunciamiento improcedente del Reglamento. Se alteran las reglas del juego no sólo para los procesos que se inicien con posterioridad a su entrada en vigencia (como sería lógico), sino también para quienes ya han presentado sus solicitudes cumpliendo las antiguas prescripciones; y ello puede significar, en algunos puntos, la imposición de condiciones o exigencias más gravosas para los particulares.

⁹² En este sentido, véanse arts. 3°, 22, 263, 264 y 265 CA. En sede doctrinal, puede verse VERGARA (2014), pp. 368-370.

⁹³ La Resolución 425 diferenciaba entre las peticiones ingresadas antes o después del 16 de noviembre de 2005; sólo para estas últimas regía totalmente (contenido y procedimiento) dicha Resolución.

6. Algunas cuestiones adicionales

Sin perjuicio del carácter principalmente descriptivo de este trabajo, y no siendo ésta, por tanto, la sede para efectuar mayores comentarios del Reglamento, creo conveniente agregar algunas observaciones generales:

a) Pese a que se incorpora, incluso definiéndolo, el concepto de “sector hidrogeológico de aprovechamiento común”, no hay un empleo uniforme del mismo en el texto, no quedando tampoco clara la razón por la cual se usa, en cada caso, ésta u otra expresión para referirse a los depósitos de agua subterránea. Así, por ejemplo, se habla de “sector hidrogeológico de aprovechamiento común” (arts. 20 c); 22; 25 inc. 1º; 29 a) y c); 30; 31; 32; 33 b); 34; 37; 38 a), b) y h); 42; 46; 48, 3a); 50; y, 54 g); de “acuífero” (arts. 5º d); 13 d) y e); 18; 20 a); 25 inc. 2º; 27; 41; 47; 48 inc. 1º y 3b); 49; y, 54 d), f) y g); de “fuente subterránea” (art. 38 g); y, “zona acuífera” (art. 54 e).

b) Se sostiene expresamente que los plazos para efectuar actuaciones dentro de los procedimientos administrativos contemplados son de días “hábiles”⁹⁴. Aunque esta precisión se subentendía producto de la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880, de 2003 (art. 25), es igualmente útil su explicitación para evitar confusiones. Se siguen así, además, las directrices de jurisprudencia uniformemente sentada sobre este punto⁹⁵.

Conclusiones

1º La regulación jurídica de las aguas subterráneas ha sido muy escueta, pese a que son mencionadas desde los primeros textos normativos dictados en nuestro país; es especialmente precaria su historia legislativa, en comparación al recurso superficial.

2º No siempre las reglas de las aguas superficiales son directamente aplicables a las subterráneas, ni permiten resolver de un modo adecuado todas sus peculiaridades y especificidades.

3º En el régimen vigente, las sumarias reglas de las aguas subterráneas se encuentran dispersas en el Código de Aguas de 1981 (enfocado centralmente en aguas superficiales, y desprovisto de un capítulo acabado sobre subterráneas); en algunas leyes sectoriales (básicamente, Código de Minería, Ley sobre concesiones de energía geotérmica y Ley N° 20.017, de 2005, que modifica el Código de Aguas); y, en el reciente Reglamento sobre normas de exploración y explotación sobre aguas subterráneas (Decreto N° 203, de 2014), que vino a

⁹⁴ A estos efectos, ver arts. 6º, 12, 29 y 30 del Decreto N° 203, de 2014.

⁹⁵ A título ejemplar, véanse Corte Suprema, Rol N° 2762-2011, de 5 de junio de 2013; y, Corte Suprema, Rol N° 10951-2011, de 21 de marzo de 2013.

reemplazar una serie de resoluciones administrativas de la DGA que, durante años, y atendidas las lagunas legales existentes, fueron la gran directriz de las aguas subterráneas.

4° El actual esquema legislativo, ahora complementado reglamentariamente, aborda temáticas bien puntuales relativas a aguas subterráneas, a saber: origen concesional y vía reconocimiento de derechos de aprovechamiento sobre ellas; limitaciones administrativas a su explotación; medidas de resguardo a su aprovechamiento; y, promoción de la gestión colectiva del recurso. Todo ello a través de un puñado de prescripciones tímidamente enunciadas desde el Código, y mayormente detalladas por el Reglamento que entró en vigencia el año 2014.

5° El Reglamento sobre aguas subterráneas sigue, en importante medida, la estructura y contenido de la Resolución DGA 425, de 2007. Así, lo que se observa a este respecto es más bien un cambio de ropaje jurídico; sin perjuicio de ello, hay algunas cuestiones, novedades reglamentarias, que cabe revisar cuidadosamente, pues no tienen sustento legal, y se traducen, en varios supuestos, en la dotación de potestades a la autoridad administrativa (DGA), en la ampliación de su margen de discrecionalidad y en la incorporación de conceptos técnicos y jurídicos indeterminados.

6° Aun cuando la dictación del citado Reglamento es un aporte al débil régimen de las aguas subterráneas, existen relevantes aristas que siguen generando interrogantes y problemáticas prácticas, como son, las comunidades de aguas subterráneas; la recarga artificial de acuíferos; la profundización de pozos; las limitaciones a la explotación de aguas subterráneas; el acceso a su aprovechamiento en terrenos particulares de terceros, entre otros.

Asimismo, la calidad de las aguas, en general, es un tema desprovisto de un tratamiento jurídico sistemático, en cuyo contexto se mezclan y cruzan potestades de las autoridades ambientales y de la propia DGA. Aunque el Código de Aguas se centra en el aspecto cuantitativo y en la disponibilidad del recurso, el Reglamento de aguas subterráneas introduce, en varios puntos, el factor cualitativo y la variable ambiental en el quehacer de la citada autoridad administrativa. Habrá que observar, en todo caso, cómo se implementan y aplican estas prescripciones.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBURQUENQUE, Winston (2000): "Los derechos de aguas del minero", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. II, N° 1, pp. 13-20.
- ARÉVALO, Gonzalo (1999): "Apuntes sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. I, N° 1, pp. 11-26.

- _____ (2011a): "Derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que se adquieren por el sólo ministerio de la ley", en: VERGARA, Alejandro (dir.), *Código de Aguas Comentado* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot), pp. 172-178.
- _____ (2011b): "Exploración de aguas subterráneas", en: VERGARA, Alejandro (dir.), *Código de Aguas Comentado* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot), pp. 182-216.
- _____ (2011c): "Reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento", en: VERGARA, Alejandro (dir.), *Código de Aguas Comentado* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot) pp. 237-244.
- _____ (2011d): "Declaración de área de restricción", en: VERGARA, Alejandro (dir.), *Código de Aguas Comentado* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot), pp. 256-263.
- _____ (2011e): "Posibilidad de otorgar derechos de aprovechamiento provisionalmente y las obras de recarga artificial", en: VERGARA, Alejandro (dir.), *Código de Aguas Comentado* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot), pp. 264-268.
- ARÉVALO, Gonzalo y MUÑOZ, Gonzalo (2011): "(Ir)retroactividad de las declaraciones de área de restricción formuladas por la Dirección General de Aguas", en: *Actas de Derecho de Aguas* (Nº 1), pp. 243-251.
- ARIAS, Patricio (2001): "Colisión de derechos: concesiones mineras y permisos para explorar aguas subterráneas", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales* (Vol. III, Nº 2), pp. 473-476.
- ARUMÍ, J.L. y OYARZÚN, R.A. (2000): "Las aguas subterráneas en Chile", en: *Boletín Geológico y Minero* (Nº 117 (1), pp. 37-45.
- BOETTIGER, Camila (2008): "Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de aguas subterráneas en Chile", en: *Actualidad Jurídica* (Nº 18), pp. 359-370.
- CARRASCO, Edesio (2007): "Comentarios al nuevo régimen de aguas subterráneas a partir de la reforma al Código de Aguas de 2005", en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Año 14, Nº 2), pp. 53-80.
- FIGUEROA, Luis Simón (2000): "Determinación de aguas disponibles subterráneas", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Vol. II, Nº 2), pp. 343-347.
- GALLARDO, Silvia (2002): "Medidas que limitan la explotación de aguas subterráneas y su aplicación práctica", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Nº 1), pp. 265-270.
- GETCHES, David (2000): "Las leyes de aguas subterráneas en los Estados Unidos", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Vol. II, Nº 2), pp. 349-352.

- GONZÁLEZ, Andrés (1995): "Bases hidrológicas de las aguas subterráneas", en: *Revista de Derecho de Aguas* (Vol. VI), pp. 19-56.
- GUZMÁN ALCALDE, Alberto y RAVERA HERRERA, Ernesto (1998): *Estudio de las aguas en el Derecho chileno* (Santiago, Ediciones Jurídicas Congreso).
- LLAMAS MADURGA, M. Ramón (1982): "Influencia de las aguas subterráneas de Madrid en la política y en la legislación hidráulica de España", en *Actas I Congreso Nacional de Derecho de Aguas. Comunicaciones a la Ponencia II: Aguas Subterráneas*. Murcia, mayo 1982 (Consejo Regional de Murcia, Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia), pp. 1-37.
- LIRA URQUIETA, Pedro y DE LA MAZA, Lorenzo (1940): *Régimen legal de las aguas en Chile* (Santiago, Editorial Nascimento).
- LIRA OVALLE, Samuel (1956): *El Derecho de Aguas ante la cátedra* (Santiago, Colección Manuales Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales Universidad Católica de Chile).
- _____ (1983): "Constitución y transferencia de los derechos de aguas", en: *Nuevo Código de Aguas*, Colección Seminarios N° 3 (Santiago, Ediciones Facultad de Derecho Universidad de Chile), pp. 43-56.
- MUÑOZ, Jaime (1999): "Gestión de acuíferos. Disponibilidad técnica y jurídica de aguas subterráneas", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Vol. I, N° 2), pp. 315-323.
- _____ (2000): "Situación de las aguas subterráneas en Chile: demanda, disponibilidad, caudales concedidos", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales* (Vol. II, N° 1), pp. 203-210.
- _____ (2001): "Gestión de aguas subterráneas, derechos provisionales y recarga artificial de acuíferos", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales* (Vol. III, N° 2), pp. 519-526.
- PERALTA, Fernando (1993): "Aguas subterráneas, un recurso inexplorado y desconocido", en: *Derecho en la Región, Seminario Política Nacional de Aguas, Legislación y Administración de Cuencas*, Universidad de Talca (Año I, N° 1), pp. 37-46.
- PÉREZ, Emilio (1994): "Problemas jurídicos del agua en la agricultura", en: *Revista de Derecho de Aguas* (Vol. V), pp. 41-59.
- PINTO, José (1993): "Política Nacional de Aguas y el agua subterránea", en: *Revista de Derecho de Aguas* (Vol. 4), pp. 173-177.
- RIVERA BRAVO, Daniela (2013): *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste* (Santiago, Thomson Reuters).
- _____ (2015): "Las aguas subterráneas en conflicto: su realidad y líneas jurisprudenciales recientes", en prensa.

- SILVA, Mario (1950): *Régimen legal de las aguas en Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TALA JAPAZ, Alberto (1999): *Derecho de Recursos Naturales. Ambiente, aguas, minas* (Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1997): "El principio de unidad de la corriente en el Derecho de Aguas", en: *Revista de Derecho de Aguas* (Vol. VIII), pp. 41-50.
- _____ (1998a): "Bases y principios del derecho de aguas. En especial de los usos consuetudinarios", en: *Revista Anuario, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta*, (s/n) pp. 119-123.
- _____ (2000): "Reconocimiento ipso iure y ejercicio del especialísimo derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras", en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Actas de las II Jornadas de Derecho de Minería* (s/n), pp. 145-179.
- _____ (2006): "Competencia administrativa para autorizar el uso y construcción de obras hidráulicas en cauces naturales. El caso de los pozos de exploración y explotación de aguas subterráneas", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Nº 16), pp. 167-178.
- _____ (2007): "Potestades administrativas para denegar solicitudes de derechos de aguas subterráneas y retroactividad", en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 34, Nº 1), pp. 153-159.
- _____ (2010): *Instituciones de Derecho Minero* (Santiago, Abeledo Perrot).
- _____ (2013a): "Potestades regulatorias de la Dirección General de Aguas: deferencia judicial e indefensión de los administrados", en: *Actas de Derecho de Aguas* (Nº 1), pp. 253-264.
- _____ (2013b): "Modificación del marco regulatorio de las aguas por medio de actos de orden interno emanados de la Dirección General de Aguas", en: *Actas de Derecho de Aguas* (Nº 2), pp. 253-268.
- _____ (2013c): "Vicios de procedimiento o de forma que no afectan la validez del acto administrativo: las formalidades no esenciales", en: FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (coord.): *La nulidad de los actos administrativos en el Derecho chileno* (Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing), pp. 267-284.
- _____ (2014): *Crisis institucional del agua. Descripción del modelo, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales* (Santiago, LegalPublishing Chile).
- ZAÑARTU, Hipólito (2001): "Aguas subterráneas: ¿necesidad de un nuevo enfoque?", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales* (Vol. III, Nº 2), pp. 539-545.

DOCUMENTOS CITADOS

Informe final N° 27/2013, División de Infraestructura y Regulación, Subdivisión de Auditoría, Contraloría General de la República, sobre auditoría a los derechos de aguas otorgados y denegados, en la Dirección General de Aguas, del Ministerio de Obras Públicas (23 de abril de 2014).

JURISPRUDENCIA CITADA

1. Sentencias Tribunales Ordinarios de Justicia

Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad (2011): Corte Suprema, Rol N° 5826-2011, de 28 de octubre de 2011. Derecho de aguas halladas en labores mineras. Daño ambiental (recurso de casación en el fondo y sentencia de reemplazo).

Zúñiga Devia, Jorge con DGA (2012): Corte Suprema, Rol N° 1652-2010, de 25 de septiembre de 2012, Identificador Legal Publishing: CL/JUR/2101/2012. Constitución de derechos de aguas subterráneas (recurso de casación en el fondo).

Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Negreros con Dirección General de Aguas (2013): Corte Suprema, Rol N° 10951-2011, de 21 de marzo de 2013. Plazo de interposición de recursos de reconsideración y reclamación en materia de aguas es de días hábiles. Aplicación supletoria de Ley N° 19.880 (recurso de casación en el fondo).

Dirección General de Aguas con Sociedad Legal Minera NX Uno de Peine (2013): Corte Suprema, Rol N° 4914-2011, de 2 de abril de 2013, Identificador Legal Publishing: CL/JUR/718/2013. Aguas subterráneas y derecho de aprovechamiento del minero (recurso de casación en el fondo).

Sociedad Copefrut S.A. con Dirección General de Aguas (2013): Corte Suprema, Rol N° 2762-2011, de 5 de junio de 2013. Plazos establecidos en Código de Aguas son de días hábiles. Aplicación supletoria de Ley N° 19.880 (recurso de casación en el fondo).

Guzmán Alcalde, Alberto con Dirección General de Aguas (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1042-2013, de 5 de agosto de 2013 (recurso de reclamación).

De la Fuente Valenzuela Felipe con DGA (2013): Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 119-2013, de 1 de octubre de 2013, Identificador Legal Publishing: CL/JUR/2168/2013. Exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales de uso público (recurso de reclamación).

- Minera Los Pelambres con Dirección General de Aguas* (2013): Corte Suprema, Rol N° 6997-2012, de 12 de noviembre de 2013. Derecho de aguas halladas en labores mineras. Inclusión del concepto de “proyecto minero” en su configuración (recurso de casación en el fondo / sentencia de reemplazo).
- Rodríguez Fredes, Sergio Ramsés con Hernández Duarte, Óscar* (2014): Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 274-2014, de 28 de abril de 2014. Entidad e implicancias del derecho de agua *ipso iure* para bebida y uso doméstico (recurso de apelación).
- Productos de Acero S.A. con Dirección General de Aguas* (2014): Corte Suprema, Rol N° 929-2014, de 31 de julio de 2014. Regularización de derechos de aguas subterráneas en virtud de la Ley 20.017. Efectos de Ley 20.411 (recurso de casación en el fondo/sentencia de reemplazo).

2. Dictámenes Contraloría General de la República

- Dictamen N° 40.961, de 29 de noviembre de 1994. Publicación de solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas. Datos necesarios para su acertada inteligencia.
- Dictamen N° 950, de 11 de enero de 1995. Publicación de solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas. Datos necesarios para su acertada inteligencia.
- Dictamen N° 19.545, de 26 de abril de 2005. Procedimiento constitutivo de derechos de aguas subterráneas.
- Dictamen N° 26.409, de 20 de mayo de 2009. Publicación solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas. Datos necesarios para su acertada inteligencia.
- Dictamen N° 25.837, de 13 de mayo de 2010. Agua para bebida y uso doméstico. Derecho de aprovechamiento por el sólo ministerio de la ley.
- Dictamen N° 66.689, de 21 de octubre de 2011. Formalidades constitución derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas. Entidad de los datos necesarios para acertada inteligencia de la solicitud.
- Dictamen N° 37.298, de 12 de junio de 2013. Requisito adicional para constitución de derecho de aguas subterráneas (art. 147 bis inc. 5° CA).
- Dictamen N° 81.918, de 12 de diciembre de 2013: Construcción e implementación de pozos de emergencia por la DOH en zonas con escasez hídrica.
- Dictamen N° 22.556, de 31 de enero de 2014: Ejecución de obras relativas al abastecimiento humano en período de sequía. Deberes DOH.
- Dictamen N° 40.467, de 6 de junio de 2014. Exención de trámite de toma de razón de resolución que deja sin efecto derechos provisionales de aguas subterráneas.

Dictamen N° 44.799, de 19 de junio de 2014. Exención de trámite de toma de razón de resolución que deja sin efecto derechos provisionales de aguas subterráneas.