

LIMITACIONES O RESTRICCIONES CUANTITATIVAS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

CUANTITATIVE LIMITATIONS OR RESTRICTIONS TO THE EXERCISE OF WATER RIGHTS

*Camila Boettiger Philipps**

RESUMEN: Los derechos de aprovechamiento de aguas son el título por el cual se permite el uso de un cierto caudal de aguas terrestres, que se permite extraer de fuentes naturales. Por regla general, el caudal establecido en el derecho de aprovechamiento es un elemento esencial que fija el máximo que el titular puede utilizar. Una menor cantidad de agua disponible puede determinar que los usuarios tengan que disminuir el volumen a extraer, dentro del ejercicio normal del derecho. Pero adicionalmente, en el nuevo *Código de Aguas* existen una serie de situaciones en las que la autoridad puede restringir el volumen que los titulares de los derechos de aprovechamiento pueden utilizar. Este trabajo busca analizar estas medidas, proponiendo una sistematización de ellas, identificando su justificación, efectos y características.

PALABRAS CLAVES: derechos de agua, restricciones, limitaciones, caudal.

ABSTRACT: Water rights are the title which authorizes the use of a certain volume of water extracted from natural sources. In general, the volume established in the water right is an essential element that fixes the maximum volume of extraction. A lower quantity of available water may determine that the users have to diminish the volume to extract, within the normal exercise of the water right. But additionally, the new Chilean Water Code considers a serious of situations in which the authority may curtail the authorized volume of the

* Doctora en Derecho. Magíster en Ciencia Jurídica. Abogada PUC. Profesora de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: cboettiger@udd.cl

water rights. This work seeks to analyze these measures, proposing a systematization of them identifying their justification, effects and characteristics.

KEYWORDS: Water rights, restrictions, limitations, volume.

INTRODUCCIÓN

Dada su naturaleza de bienes públicos, la utilización de las aguas terrestres, más allá del “derecho a la sed”, o el uso común que tienen todos los habitantes, requiere de un título habilitante otorgado por la autoridad competente¹. Aunque han variado las nomenclaturas, requisitos o procedimientos a través de los cuales se permite el uso privativo de las aguas, hay un elemento que es esencial a ese derecho concesional: la determinación, expresa o determinable, del volumen máximo que dicho título habilita a extraer.

Este volumen podrá extraerse en su totalidad o en parte, dependiendo por regla general de la disponibilidad del recurso que presente la fuente, de acuerdo con la distribución que realizan los mismos titulares a través de las organizaciones de usuarios. En efecto, una de las características del modelo del *Código de Aguas* de 1981 era la amplia autonomía que tenían los titulares de derechos de aprovechamiento para decidir sobre su ejercicio: desde la libre destinación o cambio en el uso de las aguas, a la falta de sanciones por su no ejercicio, hasta la falta de prelación o preferencia entre los posibles usos de las aguas².

De hecho, una de las críticas más fuertes y recurrentes al sistema instaurado en 1981, era respecto del limitado papel de la autoridad administrativa respecto del ejercicio de los derechos de aprovechamiento; las pocas atribuciones que se mantuvieron en dicho *Código* tenían más que ver con el otorgamiento de derechos o su registro, más que con la posibilidad de intervenir en las facultades de los titulares de ellos, sobre todo en situaciones de escasez o por los efectos negativos en las fuentes de agua, agravado con una sequía extensa y cambios hidrológicos muy fuerte, por efecto del cambio climático³.

Por eso no es de extrañar que este sea uno de los mayores cambios que se introdujeron mediante las sucesivas modificaciones al *Código de Aguas* en 2005 y 2018⁴, y que culminaron con la reciente reforma publicada el 6 de

¹ NEUMANN (2003), pp. 398-400.

² VERGARA (1998), tomo I, pp. 266-271 y tomo II, pp. 314-318.

³ CELUME (2015), pp. 39-49; JAEGER y PEÑA (2015), p. 93; BAUER (2015), pp. 115-116.

⁴ Ley n.º 20017, modifica el *Código de Aguas* (2005) y Ley n.º 21064, introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones (2018).

abril de 2022⁵. Considerando la historia, entidad y profundidad de los cambios que esta ley contiene, puede considerarse que tenemos un nuevo *Código de Aguas (CdA)*, con un modelo distinto del anterior dado que se abandonan o modifican varias de las características o lineamientos propios del *Código* de 1981⁶; uno de ellos, es el papel de la autoridad y sus facultades de intervención en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas.

En ese contexto, este trabajo busca identificar las diversas situaciones que actualmente existen en el nuevo *Código de Aguas* en las que la autoridad puede restringir el volumen que los titulares de los derechos de aprovechamiento pueden utilizar. Sobre la base de su regulación legal, se analizarán estas medidas, proponiendo una sistematización de ellas, exponiendo su justificación, efectos y características.

I. RESTRICCIONES AL EJERCICIO ORDINARIO

DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Los derechos de aprovechamiento de aguas configuran el título en virtud del cual las personas pueden aprovechar privativamente este recurso natural. Estos derechos otorgan las facultades de acceder, extraer y usar una determinada cantidad de agua⁷. Como explicamos, todos los derechos de aprovechamiento debieran tener como elemento esencial una dotación determinada o, al menos, determinable como volumen máximo que puede extraerse de la fuente natural por su titular en el ejercicio normal de su derecho⁸. Decimos determinada o determinable, ya que, aunque el artículo 7 del *CdA* explicita que este volumen debe expresarse en “volumen por unidad de tiempo” (litros o metros cúbicos, por segundo, día, hora, etc.) es un dato conocido que en el sistema chileno que muchos derechos de aprovechamiento otorgados bajo legislaciones anteriores o inscritos hace mucho tiempo pueden no presentar de manera explícita esta cantidad, como es el caso de los derechos que se expresan en unidades de medida como “regadores” o “acciones”⁹.

Específicamente, además, de acuerdo con la tipología de cada derecho, el titular del mismo podrá ejercer su facultad de extracción en la forma y tiempos que establezca su título. Podrá destinar las aguas a un uso u otro, según el derecho sea consuntivo o no consuntivo; podrá extraer el recurso en forma

⁵ Ley n.º 21435, reforma el *Código de Aguas* (2022).

⁶ BOETTIGER y CROCCO (2022, en prensa).

⁷ FIGUEROA (2003), p. 19.

⁸ MUÑOZ (1999), pp. 39-40.

⁹ ARÉVALO (2011), p. 31.

continua o en determinados periodos, según sea continuo, discontinuo o alternado; y podrá tener un mayor o menor acceso a las aguas disponibles en la fuente natural de acuerdo con la prelación que su derecho tenga en ella con otros usuarios, según sea de ejercicio permanente o eventual¹⁰. En suma, el tipo de derecho determina las condiciones y reglas aplicables al ejercicio normal u ordinario de un derecho de aprovechamiento de aguas.

Pero existen situaciones en las cuales la cantidad de agua que puede extraerse en virtud del derecho será menor que la autorizada en su título, por otras razones. En ciertas circunstancias, los titulares de los derechos de aprovechamiento no pueden extraer el volumen total que permite dicho derecho y deben ejercerlo de manera limitada, reduciendo la cantidad de agua que pueden aprovechar. En el *CdA* es posible identificar varias de estas situaciones, en las que la autoridad impone a los usuarios una restricción en cuanto al volumen que se puede extraer y aprovechar. Estas son las limitaciones cuantitativas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas; impuestas mediante medidas administrativas que restringen el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en cuanto al caudal a extraer, y que configuran restricciones distintas del ejercicio normal u ordinario dado por la tipología del derecho.

Para poder identificar estas medidas debemos distinguir estas limitaciones de las obligaciones o cargas propias del ejercicio regular de un derecho de aprovechamiento. Estas últimas pueden ser generales a todos los derechos de aprovechamiento, tales como obtener los permisos o autorizaciones de la Dirección General de Aguas (DGA) o de otras autoridades sectoriales para usar el derecho en una determinada obra o actividad, o la obligación de instalar medidores y entregar la información a la autoridad¹¹, o pueden derivar de la tipología del derecho mismo. Ejemplos de estas últimas serían la obligación de los derechos no consuntivos de restituir el agua al cauce en igual cantidad y calidad, sin provocar golpes o mermas de agua¹², o la obligación de respetar la distribución de las aguas en corrientes superficiales que realizan las organizaciones de usuarios como juntas de vigilancia o asociaciones de canalistas para derechos de ejercicio permanente y eventual, en que más que una limitación externa, la distribución pasa a ser parte de la forma de ejercer el derecho de aprovechamiento¹³. Lo mismo sucede con el caudal ecológico mínimo que se establece al otorgar

¹⁰ Nos referimos a las tipologías de los derechos de aprovechamiento de aguas establecidas en los artículos 12 a 19 del *CdA*.

¹¹ Artículos 41, 68 y 171 del *CdA*.

¹² Artículo 14 del *CdA*.

¹³ Además, si bien la distribución de aguas puede implicar un aprovechamiento de un caudal menor al autorizado en los derechos que integran la respectiva organización, esta no constituye propiamente una limitación al ejercicio ya que no es aplicada por la autoridad, sino por los propios usuarios.

un derecho de aprovechamiento en aguas superficiales, que constituye una modalidad del mismo que el titular debe respetar dejando pasar ese volumen en su punto de captación independiente del caudal que traiga la fuente¹⁴.

Nuestro interés se enfoca en aquellas medidas o instrumentos a través de los cuales la autoridad puede intervenir en forma directa sobre la cantidad de agua que regularmente puede extraer el titular del derecho, que afectan el ejercicio del derecho de aprovechamiento restringiendo las facultades que este otorga de usar y gozar de las aguas.

II. LIMITACIONES O MEDIDAS RESTRICATIVAS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

A continuación, exponemos, en particular, cada una de las medidas limitativas identificadas en el *CdA*, que restringen el volumen de agua que los titulares de derechos de aprovechamiento pueden extraer. En cada una de ellas revisaremos, como actos de un órgano administrativo, lo siguiente:

- a) Concepto y regulación: Esto explicita las potestades que la normativa entrega a la autoridad para imponer la medida respectiva y la forma de hacerlo, considerando que todas conllevan el ejercicio de una facultad de la autoridad que se impone mediante un acto administrativo, con todo lo que ello implica¹⁵.
- b) Justificación y objetivos: Cada medida contempla ciertos supuestos de hecho o circunstancias que las motivan y que deben presentarse para su dictación, lo que, además, se relaciona con su finalidad: por qué se dictan y el fin que persiguen. En una visión sustancial, las potestades administrativas tienen un tiempo o momento en que se toma una decisión sobre una situación de hecho; un contenido u objeto que debe estar en armonía con dichos motivos y su ejercicio debe cumplir con el fin específico establecido en la ley. Muchas veces estas son potestades discrecionales que requieren una valoración jurídica por parte de la administración de conceptos jurídicos indeterminados, y elección de soluciones dentro de posibles decisiones igualmente legítimas o válidas en la medida que cumplan el fin para el cual se adoptan¹⁶. Identificar

¹⁴ BOETTIGER (2013), pp. 2-3.

¹⁵ Las potestades administrativas son “medios jurídicos de que se dota a los órganos integrantes de la Administración del Estado para el cumplimiento de los cometidos que la Constitución y la ley les han encargado”. MORAGA (2010), p. 26.

¹⁶ MORAGA (2010), pp. 31 y 36-37, 89 y ss. En el mismo sentido, BERMÚDEZ (2011), pp. 111-112.

- los objetivos que persigue la medida a su vez permite evaluar la idoneidad de ella respecto del fin que se pretende lograr con ella.
- c) Efectos y ámbito de aplicación: Configuran el resultado práctico que estas medidas producen en el ámbito jurídico y material, lo que comprende los derechos y obligaciones que producen estos actos sobre los titulares de derechos de aprovechamiento¹⁷. En cuanto a su ámbito de aplicación, desde el punto de vista de la extensión de los efectos del acto administrativo, estos pueden estar dirigidos a una persona en particular (actos singulares), a un grupo determinado de personas (acto plural) o estar dirigidos a una cantidad indeterminada de personas (actos generales)¹⁸.

1. Redistribución por escasez hídrica

a) Concepto y regulación

La declaración de escasez es el acto mediante el cual la autoridad administrativa, ante la situación de hecho de una severa sequía en una zona hidrográfica o cauce determinado, permite la adopción temporal de medidas extraordinarias por parte de la autoridad sectorial (DGA), con el fin de reducir al mínimo los daños generales derivados de ella¹⁹.

Se encuentra regulada en los artículos 314 y 315 del *CdA*. Es el Presidente de la República el que puede emitir esta declaración, mediante un decreto supremo, el que es expedido a través del Ministerio de Obras Públicas; la declaración de escasez puede alcanzar un máximo de un año, prorrogable en forma sucesiva previo informe de la DGA para cada prórroga. El inciso 2.º de la norma citada exige que la DGA, mediante resolución, califique previamente los “criterios que determinan el carácter de severa sequía”; en la actualidad es la resolución DGA n.º 1331 de 2022²⁰ la que establece los criterios para calificarlas, sobre la base de las condiciones hidrometeorológicas, precipitaciones, caudales de los ríos, volúmenes de embalses y capacidad de ex-

¹⁷ El objeto o contenido del acto administrativo que imponga la medida puede afectar positiva o negativamente el ámbito de ejercicio de los derechos de los particulares, según si este otorga un beneficio (actos favorables) o le impone una carga o gravamen (actos desfavorables). Al respecto véase SILVA (1995), pp. 53-54 y 114; BERMÚDEZ (2011), pp. 113-114 y ARÓSTICA (2016), p. 96.

¹⁸ Respecto a esta clasificación véase BERMÚDEZ (2011), pp. 115-116 y ARÓSTICA (2016), pp. 90-92.

¹⁹ Para un análisis más detallado de esta institución véase BOETTIGER (2019).

²⁰ Resolución DGA n.º 1331 (2022), deja sin efecto resolución DGA n.º 1274, de 12 de junio de 2012 y establece criterios que determinan una severa sequía.

tracción de los acuíferos, además de considerar posibles efectos en el abastecimiento de agua para consumo humano.

b) Justificación y objetivos

La situación que justifica la adopción de esta medida es fáctica: una sequía severa, que provoca la disminución anormal del recurso en una fuente natural en un periodo de tiempo. Específicamente, la hipótesis de la norma se da cuando sobre la base de mediciones objetivas y estándares fijados en forma previa, se configura la situación de disminución del recurso en la fuente natural respectiva. Los antecedentes mínimos de los que debe disponer el Presidente de la República para realizar la declaración de escasez deben ser proporcionados por la DGA, organismo administrativo a quien corresponde obtener, procesar e interpretar la información respecto al recurso hídrico en el ámbito nacional²¹. Si de acuerdo con esos parámetros técnicos se da esta situación, la DGA debe informar e instar por la declaración de escasez, y adoptar las medidas que conforme a esos antecedentes sean necesarias para cumplir con la finalidad que la justifica.

En cuanto a los objetivos, el artículo 314 del *CdA* dispone que la finalidad de la declaración de escasez es

“reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía, especialmente para garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia...”.

c) Efectos y ámbito de aplicación

La declaración de escasez es un acto administrativo de efectos generales; su ámbito de aplicación está geográficamente acotado, pero dentro de este pueden verse afectados, por las medidas que adopte la autoridad, todos los derechos de aprovechamiento que se encuentren comprendidos en la zona de escasez, en las fuentes naturales de las zonas geográficas comprendidas en el decreto respectivo²². Estas medidas, enfocadas en la distribución de las aguas disponibles, pueden aplicarse tanto a aguas superficiales como subterráneas.

Otra característica de su ámbito de aplicación es que es temporal, ya que el plazo en el cual la autoridad puede ejercer sus facultades extraordinarias es el de vigencia del decreto supremo que declara la zona de escasez, esto es, un máximo de un año desde su dictación. La aplicación de las medidas adoptadas durante este periodo no podría exceder dicho plazo; sin embargo, la nueva redacción de la norma permite la prórroga sucesiva de la declaración,

²¹ El artículo 299 letra b) del *CdA* establece como una de las funciones de la DGA la de “investigar y medir el recurso”.

²² SEGURA (2006), p. 197.

sin límite, siempre y cuando la DGA emita un informe que justifique la mantención de la medida. Como justificación de una situación extraordinaria, nos parece que cada informe de la DGA debería contener información actualizada de las zonas que se mantendrán bajo la declaración de escasez que cumpla con los parámetros que la regulación exige; no cabría la simple prórroga por las mismas condiciones invocadas previamente.

Respecto a la forma en que las potestades que otorga la declaración de escasez a la autoridad administrativa pueden afectar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, dependerá según la atribución que ejerza la DGA, las que tienen un carácter excepcional respecto del régimen normal del aprovechamiento de las aguas. Conforme a los artículos 314 y 315 del *CdA*, la autoridad podría:

- i) Exigir a las juntas de vigilancia un acuerdo de redistribución entre todos los usuarios de la cuenca, dentro del plazo de quince días corridos desde la declaración de escasez, para su aprobación por el servicio, luego de la cual deberá implementarse²³.
- ii) En caso de no presentarse dicho acuerdo, o en caso de incumplimiento del mismo, la DGA podrá suspender las atribuciones de las juntas de vigilancia y ordenar el cumplimiento de las medidas aprobadas o realizar de manera directa la redistribución de las aguas disponibles en la fuente respectiva.
- iii) Si no existieran constituidas organizaciones de usuarios en las zonas de escasez, la DGA podrá instruir a los usuarios la redistribución de las aguas o hacerse cargo directamente de ella.

La potestad que podría restringir las facultades de extracción y aprovechamiento de los derechos de aprovechamiento es la de redistribución de caudales. En la práctica, la DGA podría asignar volúmenes reducidos para los distintos titulares de derechos de aprovechamiento, según el uso o destinación que se les den a los derechos, en vista de la priorización del consumo humano que establece el artículo 5 bis inciso 5.º del *CdA*.

2. Reducción temporal

a) Concepto y regulación

La reducción temporal del ejercicio es una medida por la que la autoridad puede establecer una limitación a la extracción de aguas a ciertos titulares de derechos de aprovechamiento, para evitar perjuicios a la fuente del recurso y a los que la explotan. Con la reforma de 2022 esta medida, que estaba contemplada desde

²³ La DGA especificó las condiciones técnicas y contenido mínimo que deben contemplar estos acuerdos de redistribución mediante resolución DGA n.º 1104 de fecha 11 de mayo de 2022.

1981 solo para aguas subterráneas, pasó a ser aplicable, también, a aguas superficiales, a pesar de la diversa regulación que presenta uno y otro tipo de aguas²⁴.

Para las aguas subterráneas, se encuentran reguladas en el artículo 62 del *CdA*:

“Si la explotación de aguas subterráneas produce una degradación del acuífero o de una parte de él, al punto que afecte su sustentabilidad, la Dirección General de Aguas, si así lo constata, de oficio o a petición de uno o más afectados, deberá limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en la zona degradada, a prorrata de ellos, de conformidad a sus atribuciones legales. Esta medida quedará sin efecto cuando los solicitantes reconsideren su petición o cuando a juicio de dicha Dirección hubieren cesado las causas que la originaron”.

El artículo 29 del Reglamento de Aguas Subterráneas especifica parámetros técnicos en que procede esta medida; se refiere, también, al procedimiento para su dictación²⁵, y detalla las menciones específicas que debe contener la resolución fundada del Director General de Aguas que la decreta, la que, además, debe publicarse en el *Diario Oficial*.

Por su parte, su potencial aplicación a las aguas superficiales fue introducida en el actual *CdA* en el artículo 17, que en su nuevo inciso 3.º especifica:

“Cuando no exista una junta de vigilancia que ejerza la debida jurisdicción y si la explotación de las aguas superficiales por algunos usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, de oficio a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos”.

Debe mencionarse que esta medida no ha tenido aplicación práctica, pues nunca se ha solicitado ni decretado. Esto se ha explicado porque hasta 2018 la autoridad no podía decretarla de oficio²⁶. Solo procedía a petición de

²⁴ Por sus características hidrogeológicas, y dadas las diferencias que presentan con las aguas superficiales para su aprovechamiento, las aguas subterráneas en Chile tienen una regulación especial; de acuerdo con el artículo 58 del *CdA*, además de las normas legales, existe un reglamento especial respecto de ellas, “Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas” contenido en el DS 203 de 2014 del Ministerio de Obras Públicas (en adelante, Reglamento de Aguas Subterráneas).

²⁵ Conforme al citado artículo, a solicitud de reducción temporal del ejercicio se dirige al Director General de Aguas, y se tramita de acuerdo con el procedimiento general establecido en el artículo 130 y siguientes del *CdA*. Debe señalar específicamente el o los derechos afectados, su punto de captación y títulos vigentes.

²⁶ GALLARDO (2002), p. 269.

parte²⁷, del perjudicado por la explotación de aguas subterráneas²⁸, que probablemente sería uno de los titulares de los derechos de aprovechamiento que se verían afectados por la reducción; por lo que era difícil que los usuarios solicitaran una medida restrictiva que también implicaría limitar el ejercicio de sus propios derechos²⁹.

b) Justificación y objetivos

La adopción de esta medida puede estar basada en dos causales, tanto para aguas superficiales como para subterráneas: una es la grave afectación de la fuente natural y, la otra, es el perjuicio de los usuarios que se ven afectados por el ejercicio de ciertos derechos de aprovechamiento.

- i) Grave afectación de la fuente natural: De acuerdo con el artículo 6 inciso 5.º del *CdA*, en caso de existir

“riesgo de que el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas pueda generar una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae, o en caso que el riesgo se haya materializado”,

la DGA podrá aplicar la reducción temporal establecida en los artículos 17 (para aguas superficiales) y 62 (para aguas subterráneas). La grave afectación de la fuente natural puede ser causada por la simple extracción o por un cambio de uso entre actividades productivas de algunos derechos de aprovechamiento de aguas (artículo 6 bis incisos 6 y 7 del *CdA*). Para aguas subterráneas, el artículo 62 inciso 1.º y 2.º del *CdA* contempla como una grave afectación de la fuente “...la degradación del acuífero o una parte de él, que afecte su sustentabilidad”, entendiéndose que esto se produce cuando “el volumen de extracción produce un descenso sostenido o abrupto de los niveles freáticos”. Por otra parte, el inciso 6.º del artículo 6 del *CdA* ordena que para ponderar el riesgo o afectación a la fuente, se debe considerar el resguardo de las funciones de subsistencia y preservación ecosistémica, por lo que aquí nuevamente se prioriza en el nuevo *CdA* estas funciones por sobre las productivas³⁰.

²⁷ La Ley n.º 21064 de 2018 incorporó la posibilidad de que la DGA decretara de oficio esta medida, pero no se ha ejercido esta facultad.

²⁸ ARÉVALO (2011), p. 239.

²⁹ ARÉVALO (2011), pp. 240-241; RIVERA (2015), pp. 245-246.

³⁰ La priorización del consumo humano y la valoración ecosistémica de las aguas como elemento ambiental son dos de los nuevos ejes del *CdA* resultante de la reforma de la Ley n.º 21435. Para más detalle sobre estos cambios véase BOETTIGER y CROCCO (2022, en prensa).

- ii) Perjuicio a titulares de derechos de aprovechamiento: La otra causal legal para que proceda esta limitación, común a aguas subterráneas y superficiales, requiere comprobar el perjuicio que produce a uno o más titulares de derechos de aprovechamiento de aguas la explotación que otros usuarios realizan en la misma fuente (artículo 17 incisos 3.º al 5.º y artículo 62 inciso 3.º del *CdA*). Esta causal reconoce el carácter sistémico de las aguas terrestres y la interacción que tienen, constatando la influencia que pueden producir captaciones individuales en la fuente común que aprovechan titulares de derechos de aprovechamiento, las que pueden llegar a provocar un perjuicio a los titulares de dichos derechos. En el caso de las aguas subterráneas, el artículo 29 del Reglamento de Aguas Subterráneas especifica los casos en que se considera que se produce esta situación: en sus dos primeros literales se enfoca en la afectación de la facultad de extracción del recurso, al establecer el rango de disminución de la cantidad de agua que pueden extraer los titulares de derechos de aprovechamiento afectados, en al menos un 15 % respecto del caudal señalado en sus títulos³¹. El otro caso se refiere a la afectación de la calidad de las aguas por su alteración significativa o contaminación de estas³². Esta incide en la facultad de uso de las aguas de los derechos de aprovechamiento, ya que no solo la cantidad del recurso es importante para su utilización; la calidad de las aguas determina en buena parte la aptitud de las mismas para servir a un uso otro.

Esta especificación da parámetros más concretos a la autoridad y los particulares para verificar la ocurrencia de este concepto indeterminado, comprendiendo situaciones de afectación tanto de la cantidad como de la calidad de las aguas subterráneas a nivel de fuente. Permiten objetivar la ocurrencia del perjuicio a los titulares de derechos de aprovechamiento, enfocándose en los efectos que una explotación produce a nivel de fuente del recurso, con la consecuente afectación de usuarios del mismo, evitando la discusión de si se ha producido o no perjuicio a los titulares de dichos derechos en términos jurídicos³³; si se confirma que la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios produce alguna de las situacio-

³¹ Artículo 29 letras a) y b) del Reglamento de Aguas Subterráneas (2014).

³² Artículo 29 letra c) del Reglamento de Aguas Subterráneas (2014).

³³ Si se atendiera a lo que se entiende tradicionalmente por perjuicio, como detrimento o disminución que sufre una persona de sus ventajas patrimoniales o extrapatrimoniales, de acuerdo con lo explicado por ALESSANDRI (1983), p. 210.

nes descritas, se ocasionaría perjuicio a los titulares de derechos de aprovechamiento del acuífero afectado para hacer procedente la reducción temporal. Para la acreditación de los hechos que pueden dar lugar a una reducción temporal, se exige que sea el peticionario de la medida el que aporte los antecedentes para comprobarlos, pudiendo valerse de estudios e investigaciones de la DGA o propios³⁴.

Para las aguas superficiales, no se ha especificado como se configuraría la situación de perjuicio a titulares de derechos de aprovechamiento. Esto es muy relevante, más aún si la causal requiere identificar tanto al causante del perjuicio como a los derechos de aprovechamiento afectados por esta extracción. Dada la dinámica de las aguas superficiales, consideramos difícil la acreditación de esto a la autoridad, más todavía si estos usuarios deben reducir la extracción a prorrata de los todos los derechos de ejercicio permanente de la fuente respectiva cuándo esta no trae el caudal suficiente para abastecerlos a todos³⁵. Tendría que comprobarse ante la autoridad que no se ha respetado ese reparto proporcional o que derechamente se han abastecido algunos derechos de aprovechamiento en vez de otros, sin respetar la prelación entre ellos.

En cuanto a los objetivos, esta medida tiene por finalidad reducir la extracción de aguas subterráneas o superficiales de manera de evitar una sobreexplotación en los recursos de la fuente y la consecuente falta de disponibilidad para los usuarios que ya tienen derechos en ella. Tiene claramente un fin de conservación, de uso racional de un recurso natural renovable y escaso³⁶; estaría destinada a permitir la recuperación de la fuente³⁷, evitando que siga disminuyendo el nivel de la napa subterránea³⁸ (o caudales superficiales, en su

³⁴ El artículo 29 del Reglamento de Aguas Subterráneas exige acompañar a la solicitud de la medida los antecedentes técnicos que demuestren la disminución de la capacidad de extracción de los pozos o la alteración de la calidad de las aguas; adicionalmente, contempla la posibilidad que la DGA pueda requerir antecedentes técnicos adicionales para fundar la reducción solicitada.

³⁵ Artículo 17 del *Cda*: “Los derechos de ejercicio permanente facultan para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuirá en partes alícuotas”.

³⁶ La conservación comprende, de acuerdo con el artículo 2 letra b) de la Ley n.º 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente: “el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos, o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y capacidad de regeneración”.

³⁷ SEGURA (2006), p. 102.

³⁸ FIGUEROA (2003), p. 79.

caso), con los consiguientes efectos negativos que esta situación puede producir en la cantidad y calidad de las aguas existentes en ella. Es una medida que permite a la autoridad proteger el ejercicio de los derechos de aprovechamiento³⁹, y resguardar la fuente en la cual éstos se ejercen:

“...su finalidad es la de resguardar el interés general comprometido en la conservación de los recursos hídricos subterráneos existentes en un determinado sector”⁴⁰.

c) Efectos y ámbito de aplicación

Esta medida permite a la DGA intervenir en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas; es de carácter excepcional, ya que implica una restricción a la explotación de aguas subterráneas o superficiales entre titulares de derechos ya constituidos. La limitación consiste en la reducción de la facultad de extracción, a prorrata, entre todos los derechos afectados por la medida, lo que significa que todos ellos deben rebajar su extracción en la misma proporción⁴¹. Esta proporción debe, según el artículo 29 del Reglamento de Aguas Subterráneas, especificarse en la resolución del Director General de Aguas que ordene la reducción temporal⁴².

En cuanto a su ámbito de aplicación, es una medida de carácter local⁴³, ya que debería afectar solo a los titulares de derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas del acuífero o curso de agua superficial en que se constate la situación de hecho que la justifica. Recae no solo sobre los usuarios que ocasionan el perjuicio con su explotación, sino, también, sobre todos los usuarios del sector⁴⁴. El artículo 29 del Reglamento de Aguas Subterráneas exige que la resolución que la ordena determine específicamente los titulares de derechos afectados por la medida, por lo que sería un acto administrativo de efecto plural, afectando a un grupo de destinatarios, titulares de derechos de aprovechamiento determinados por la autoridad.

En aguas subterráneas hay varios elementos que complejizan la determinación de los derechos afectados por la restricción. En primer lugar, la de-

³⁹ ARÉVALO (1999), p. 24 y GALLARDO (2002), p. 265.

⁴⁰ ARÉVALO (2011), p. 237.

⁴¹ ‘Prorratar’, según la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001), tomo II, pp. 1846-1847, significa: “Repartir una cantidad entre varias personas, según la parte que proporcionalmente toca a cada una”; ‘proporción’, por su parte, se refiere a la: “Disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí”.

⁴² Según ARÉVALO (2011), p. 239 corresponde a la DGA sobre la base de estudios técnicos “la determinación de los porcentajes a que debe reducirse la explotación de los pozos del sector”.

⁴³ ARÉVALO (1999), p. 24; MUÑOZ (1999), p. 321; GALLARDO (2002), p. 265.

⁴⁴ ARÉVALO (2011), p. 237.

fnición de “sector hidrogeológico de aprovechamiento común” del artículo 54 del Reglamento de Aguas Subterráneas lo define como

“el acuífero o parte del mismo que presenta características hidrogeológicas espacio-temporales que posibilitan su delimitación para fines de evaluación o gestión independiente”.

Esta posibilidad de subdividir la fuente subterránea en sectores manejados independientemente ha sido criticada por las dificultades para su establecimiento y las consecuencias que tiene para el manejo de los recursos de la fuente común⁴⁵. Si se considera el acuífero como la fuente subterránea del recurso, como una unidad que puede estar formada por distintos sectores hidrogeológicos que tienen un comportamiento diferente y particular, se da una relación de género-especie entre el acuífero y sus sectores⁴⁶. La delimitación en “sectores” dentro del mismo acuífero podría llevar a una fragmentación de las fuentes de aguas subterráneas, dividiéndolas y dificultando la implementación de una gestión integrada o colectiva de las mismas, con los graves efectos que esto puede tener en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento y su ejercicio⁴⁷. Por esto, la sectorización de los acuíferos debe darse solo cuando se reconocen sectores hidrogeológicos con características particulares cuya administración queda a cargo de una comunidad independiente del resto que pueda coexistir en el mismo acuífero, de manera que “la forma y modalidades de uso de las aguas que se produzca en un área determinada no afecte lo que suceda en las contiguas”⁴⁸.

Esto tiene importancia para la aplicación de la medida de la reducción temporal, pues es el comportamiento del acuífero o sector hidrogeológico delimitado dentro de este el que se mide y observa para decretar la medida, y solo podría afectar derechos de aprovechamiento establecidos en él. Sin embargo, por la interacción que se produce en la explotación de las aguas subterráneas podría darse el caso que algunos titulares dentro del acuífero, pero de otro sector, queden sin restricción alguna a pesar de que su extracción repercute a largo plazo en el resto de la fuente⁴⁹. En esta situación se harían necesarias medi-

⁴⁵ ARÉVALO (2013), p. 187 resalta las dificultades que se derivan de la determinación de los límites o extensión del acuífero o sector acuífero, unidad que determina la jurisdicción de la comunidad de aguas subterráneas. RIVERA (2016), pp. 332-335 lo critica, además de por la extensión literal del concepto, por la falta de información sobre los acuíferos para definir sus límites, y falta de definición de requisitos y formalidades apropiadas para dividir los acuíferos administrativamente.

⁴⁶ ARÉVALO (2013), p. 188.

⁴⁷ RIVERA (2016), p. 332.

⁴⁸ ARÉVALO (2013), p. 189.

⁴⁹ ARÉVALO (2011), p. 240.

das generales que comprendan el acuífero en su integridad y no por sectores, sobre todo si el mismo Reglamento reconoce cómo la extracción de un sector puede afectar otro, cuando la contempla como una causa para decretar un área de restricción para nuevos derechos⁵⁰.

En segundo lugar, también debe tenerse en cuenta que en las fuentes de aguas subterráneas pueden existir derechos definitivos y provisionales, lo que es relevante para determinar el tipo de derechos de aprovechamiento que pueden ser afectados por la medida, que podría ser progresiva. Los derechos provisionales son los que pueden otorgarse por la DGA después de la declaración de área de restricción del sector⁵¹, medida preventiva que tiene por objeto, justamente, limitar el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento. No se cierra en forma total la explotación de la fuente subterránea, pero los derechos que pueden otorgarse después de declarada el área de restricción son derechos precarios, que pueden ser limitados prudencialmente por la DGA o dejados sin efecto si se constata perjuicio a derechos preexistentes⁵². Dado que para decretar la reducción temporal del ejercicio se requiere un riesgo de afectación a la sustentabilidad del acuífero o la comprobación de perjuicio a derechos de aprovechamiento, una interpretación armónica de estas normas implicaría que los derechos provisionales deberían ser limitados o dejados sin efecto por la DGA⁵³, antes o junto con la imposición de la restricción de extracción a los derechos definitivos del acuífero. Esto impediría que los derechos provisionales puedan seguir ejerciéndose y se interrumpiría el plazo de cinco años de uso efectivo que se requiere para solicitar transformarlos a definitivos, durante los cuales no debe haberse comprobado daño a titulares de derechos ya constituidos⁵⁴, situación que es la base para decretar la reducción temporal. En consecuencia, por su naturaleza y precariedad, los derechos provisionales no podrían mantenerse a expensas de restringir el ejercicio de los derechos

⁵⁰ Artículo 30 letra e) del Reglamento de Aguas Subterráneas (2014).

⁵¹ Según el artículo 65 del *CdA* las áreas de restricción son “aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él”.

⁵² Artículo 66 del *CdA* y 34 del Reglamento de Aguas Subterráneas (2014).

⁵³ El artículo 34 del Reglamento de Aguas Subterráneas (2014) prescribe que la limitación de los derechos provisionales procederá cuando se constate descenso sostenido de los niveles del sector hidrogeológico, o que la explotación de los derechos provisionales haya afectado la conservación y protección de otros componentes de los sistemas hidrológicos que dependen de dichas aguas, como vegas, bofedales, salares y humedales; y que dichos derechos se dejarán sin efecto “en caso de constatar la afección a derechos de aprovechamiento ya constituidos” en dicho sector.

⁵⁴ Artículo 67 del *CdA*.

previamente otorgados como definitivos en la misma fuente⁵⁵. Consideramos nos parece que este tipo de derechos deberían ser limitados o dejados sin efecto antes de afectar los derechos permanentes constituidos en la misma fuente por medio de una reducción temporal, salvo los asociados a recarga artificial, que se excluyen expresamente⁵⁶.

Otra de las dificultades para hacer efectiva la reducción de las extracciones es que, dada la forma de explotación de aguas subterráneas, a diferencia de la distribución física que se realiza en el reparto proporcional de aguas superficiales, la aplicación de esta medida en cada pozo se basaría en controles e información de extracciones, imponiéndolas, incluso de forma coercitiva en caso que sea necesario, para lo que pueden requerir el auxilio de la fuerza pública. En las aguas superficiales, el reparto, prorrateo o turno en la extracción de aguas disponibles es una forma de distribución que ya se encuentra en operación en muchas fuentes superficiales, y los usuarios están familiarizados con ese tipo de restricciones. La diferencia es que aquí la reducción de extracción sería ordenada por la autoridad en vez de por las organizaciones de usuarios.

Por último, hay otra variable que justifica que sea la autoridad la que intervenga y amplía esta medida a aguas superficiales: la priorización de usos o prevalencia de las funciones de subsistencia y preservación ecosistémica de las aguas al ordenar la reducción temporal. Hasta abril de 2022 la DGA solo podía imponer la restricción a la extracción, sin importar el uso al cual se destinen los derechos de aprovechamiento afectados por la medida; todos se sujetaban a la misma limitación en la cantidad de agua a extraer. Sin embargo, el nuevo *CdA* introduce la priorización de usos de las aguas, que de acuerdo con el artículo 5 bis, el uso para consumo humano, doméstico de subsistencia y de saneamiento prevalecerían sobre otros usos al decretarse la reducción temporal, debiendo la DGA sujetarse a esta priorización al decretar la medida, considerando además “la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y la situación de cada cuenca hidrográfica”.

⁵⁵ RIVERA (2015), p. 249 observa que esta medida está contemplada para periodos de escasez hídrica, “circunstancia ante la cual lo más equitativo es que “todos” los usuarios ajusten sus derechos a la disponibilidad existente”.

⁵⁶ El artículo 41 del Reglamento de Aguas Subterráneas contiene dicha excepción: dice que la reducción temporal no afectará los derechos concedidos provisionalmente derivados de obras de recarga artificial de acuíferos. Esta exención solo podría entenderse por la asociación directa entre la recarga de la fuente subterránea y el caudal que el derecho provisional permite extraer, tanto en su cantidad como en su mantención, ya que dichos derechos mantienen su calidad de provisionales mientras persista la recarga, no pudiendo transformarse en definitivos por expresa norma legal (artículo 67 del *CdA* parte final).

El nivel de afectación o los efectos de la medida en los titulares de derechos de aprovechamiento identificados en ella son la restricción de la facultad de extracción respecto del volumen autorizado en el título respectivo, en una prorrata o proporción común a todos los afectados. Esta prorrata debe ser determinada en la resolución que la ordene, así como los derechos a los que afecta. Es importante enfatizar que, tal como lo señala su nombre, la medida permite reducir o restringir el ejercicio de los derechos de aprovechamiento respecto de la facultad de extracción, pero no contempla la posibilidad que la autoridad no permita extracción alguna. Los titulares mantendrán, entonces, el ejercicio de sus derechos respecto del resto del caudal autorizado, de acuerdo con sus títulos (usos y características). En cuanto a la duración de la medida, esta restricción es de carácter transitoria⁵⁷, debiendo la autoridad dejarla sin efecto cuando a su juicio hubieren cesado las causas que la originaron.

3. *Suspensión del ejercicio*

a) Concepto y regulación

Esta medida fue introducida por el nuevo texto del *CdA* de 2022; a diferencia de las dos anteriores, que fueron modificadas por la reforma, pero tenían una base de aplicación o, al menos, regulación previa en nuestro sistema, esta es enteramente nueva. Por lo anterior, el análisis que se puede hacer sobre ella es, hasta el momento, más teórico que práctico.

Esta medida presenta algunas similitudes con la reducción temporal del ejercicio, al menos en la causal que la justificaría. De acuerdo con el nuevo inciso 5.º del artículo 6 del *CdA*, de persistir la situación de afectación al acuífero o fuente superficial, la DGA “suspenderá el ejercicio de todos aquellos derechos que provocan el riesgo o afectación...”. Por otra parte, el nuevo artículo 6 bis en su inciso 6.º agrega que también puede proceder la reducción temporal o la suspensión del ejercicio cuando se constate

“...que el ejercicio de uno o más derechos de aprovechamiento de aguas, luego de un cambio de uso, causa grave afectación al acuífero o fuente superficial donde se extrae...”.

En suma, la suspensión del ejercicio de derechos de aprovechamiento es una medida extraordinaria por la que la autoridad administrativa ordena la paralización de la extracción de aguas autorizada a ciertos titulares de derechos, con el objetivo de evitar una grave afectación de la fuente superficial respectiva.

⁵⁷ ARÉVALO (1999), p. 24.

b) Justificación y objetivos

De acuerdo con la regulación legal, esta medida debería ser el paso siguiente luego de decretada una reducción temporal, dado que la causal que justifica la suspensión del ejercicio es la misma: la grave afectación de la fuente natural, superficial o subterránea. Sin embargo, a diferencia de la reducción temporal, la suspensión no procede por “riesgo” de afectación, sino que esta debe ser una situación comprobada, actual y no eventual, que haya podido observarse con antecedentes técnicos y fehacientes respecto de la fuente respectiva.

La “grave afectación” es un concepto indeterminado que no se encuentra aún desarrollado por la interpretación administrativa. Sería deseable que, tal como los criterios para la declaración de escasez contenidos en una resolución de la DGA o los casos que para la reducción temporal contempla el Reglamento de Aguas Subterráneas, la autoridad explicita o detalle con algún parámetro objetivo cuando se podría considerar la existencia de la situación fáctica que habilita la medida de suspensión. En todo caso, debe entenderse como una afectación negativa, un detrimento a la fuente superficial que tiene efectos perjudiciales en sus parámetros normales de cantidad o calidad de las aguas que forman parte de ella, u otras variables que hayan sufrido un perjuicio significativo, como lo podrían ser las especies, ecosistemas o actividades que en ellas existen.

Por otra parte, el inciso 6.º del artículo 6 del *CdA* ordena que para ponderar la afectación a la fuente, se debe considerar el resguardo de las funciones de subsistencia y preservación ecosistémica, por lo que la autoridad debería especialmente observar estas variables para justificar o no la existencia de efectos negativos que justifiquen su imposición. Los objetivos de la medida deberían ser, justamente, evitar la extracción de caudales por un periodo determinado para permitir la recuperación o restauración de la fuente subterránea o superficial, esto es, que se reponga a una situación similar a la que tenía antes de la grave afectación. No a un estado ideal, sino al estado anterior a la afectación negativa constatada por la autoridad; y si no se pudiere restaurar a ese estado, al menos permitir que se restablezcan las propiedades básicas de la fuente⁵⁸.

c) Efectos y ámbito de aplicación

Dado que la suspensión del ejercicio de derechos de aprovechamiento sería una medida restrictiva más intensa y que debería ser adoptada en forma poste-

⁵⁸ En esta interpretación de la “grave afectación” de la fuente, nos hemos basado en dos conceptos de la Ley n.º 19300 de Bases Generales del Medio Ambiente que creemos pueden ser aplicables; el de “daño ambiental”, como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o uno de sus componentes” (artículo 2 e)) y el de “reparación” contenido en su artículo 2 letra s): “La acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”.

rior a la de reducción temporal, su ámbito de aplicación, a primera vista, podría ser analizado en forma análoga. En cierta medida tienen aspectos comunes, como la determinación específica de los derechos de aprovechamiento que afectará, o su temporalidad, dado que es una medida restrictiva excepcional que busca la recuperación de la fuente natural afectada, manteniendo la vigencia de los derechos de aprovechamiento existentes en ella.

En cuanto al ámbito de aplicación, la autoridad debería señalar específicamente cuales son los titulares o derechos de aprovechamiento afectados por la medida, dentro de la fuente que se pretende recuperar, habiendo establecido una relación de causalidad entre su ejercicio y la grave afectación de la misma. La suspensión no es una sanción, sino una medida restrictiva de extracción de las aguas con el objetivo de recuperar un equilibrio en el sistema hídrico, por lo que la determinación de los derechos afectados por ella deben tener esa justificación. En eso es similar a la reducción temporal.

Es en el efecto sobre los derechos de aprovechamiento donde se observa la diferencia con la reducción temporal. Como lo indica su nombre, a través de la suspensión del ejercicio la autoridad pausa la posibilidad que ciertos derechos de aprovechamiento puedan extraer aguas de la fuente natural respectiva, por un periodo determinado, en forma total. El efecto en los titulares es que se verán impedidos de ejercer la facultad esencial de sus derechos de aprovechamiento, la de extracción, en forma completa, sin un caudal residual respecto del cual puedan ajustar su utilización.

Es esencial que la limitación impuesta sea temporal, por un plazo determinado y fijado por la autoridad que sea conocido por los usuarios afectados. No sería acorde con la justificación ni objetivos de la medida que esta se prolongue indefinidamente en el tiempo por los efectos que esta tiene en los titulares de derechos. Su eficacia temporal no puede quedar abierta o, al menos, la medida debe tener algún parámetro cuantificable de recuperación de la fuente respectiva, en caudal o nivel, para que todos los interesados puedan, lo más objetivamente posible, observar la evolución y efectos de la limitación y así evaluar su idoneidad y mantención.

Por esta razón consideramos que la suspensión del ejercicio debería ser utilizada como un recurso de *ultima ratio* frente a la situación de grave afectación de fuentes naturales con derechos de aprovechamiento en ejercicio. El sistema del *CdA* contempla una serie de medidas de intervención respecto de la extracción de aguas que pueden y deberían ser ejercidas en forma previa a la supresión total de los derechos de aprovechamiento, tales como: declaración de áreas de restricción y zonas de prohibición para aguas subterráneas, declaración de agotamiento de fuentes superficiales, declaración de escasez y reducción temporal, además de las reservas de caudal y otros instrumentos para proteger las fuentes naturales de agua y los caudales disponibles en ellas. Para justificar la suspen-

sión total del ejercicio, la autoridad y los usuarios deben haber agotado las opciones que la regulación ofrece para lograr equilibrar la situación de la fuente antes de llegar a una paralización de las extracciones, con las consecuencias que esta medida tiene respecto de las múltiples actividades asociadas a ellas.

III. CARACTERIZACIÓN DE LAS LIMITACIONES CUANTITATIVAS A LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

Luego de analizadas en detalle las medidas restrictivas al ejercicio a los derechos de aprovechamiento de aguas, es posible extraer de su regulación ciertos elementos comunes o características que pueden servir en su interpretación y aplicación.

1. Concepto de limitaciones cuantitativas

Entendemos por limitaciones cuantitativas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento aquellas medidas que se imponen por la autoridad para evitar o disminuir los efectos negativos del aprovechamiento del agua y que restringen el volumen del recurso que el titular del mismo está normalmente autorizado a extraer y usar de la fuente respectiva. Corresponden a restricciones que la autoridad puede imponer a los titulares de los derechos de aprovechamiento, en forma excepcional; no son medidas voluntarias o asociadas a una actividad, ni son parte de las modalidades del ejercicio de un derecho, ni tampoco sanciones por incumpliendo o daño, sino limitaciones al normal ejercicio de los títulos que habilitan el uso de las aguas.

En primer lugar, se deben distinguir estas limitaciones al ejercicio de las restricciones al otorgamiento de derechos de aprovechamiento por falta de disponibilidad en la fuente o por causales de protección ambiental. Este tipo de medidas, por regla general, son declaradas en un instrumento general, que abarca un área o fuente determinada; es el caso de las áreas de restricción⁵⁹ y zonas de prohibición⁶⁰ en aguas subterráneas y la declaración de agotamiento en aguas superficiales⁶¹.

⁵⁹ De acuerdo con el artículo 65 inciso 1.º del *CdA* son áreas de restricción: "aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él".

⁶⁰ La zona de prohibición es el mecanismo mediante el cual la DGA a través de resolución fundada y para la protección del acuífero declara zona de prohibición para nuevas explotaciones (artículo 63 del *CdA*).

⁶¹ De acuerdo con el artículo 282 del *CdA*, el Director General de Aguas podrá declarar en caso justificado el agotamiento de las fuentes naturales de aguas, sea cauces naturales, lagos,

Además, en el procedimiento de otorgamiento de derechos de aprovechamiento se debe respetar el principio de protección o no afectación de derechos de terceros⁶², principio fundamental del derecho de aguas y que puede influir en la determinación de falta de disponibilidad del recurso o de imponer condiciones por la interacción de derechos de aprovechamiento⁶³. Finalmente, otra posibilidad que restringe el otorgamiento de derechos de aprovechamiento es la función ambiental del recurso solicitado, considerando el deber de la DGA de reservar un caudal ecológico mínimo que debería mantenerse en aguas superficiales⁶⁴ o la prohibición de otorgamiento de derechos en áreas que alimenten vegas y bofedales⁶⁵, glaciares, o en áreas protegidas⁶⁶.

2. Características de las limitaciones cuantitativas

Aquí se postulan dos ideas generales. La primera, que aun cuando estas medidas se encuentran tratadas en distintas partes de la legislación de aguas, configuran un conjunto de limitaciones que pueden sistematizarse en función de ciertos elementos o características comunes. La segunda, es que sobre la base de sus objetivos y efectos, identificables a través del estudio de su regulación particular, es posible relacionar estas medidas con finalidades u objetivos del dominio público hídrico, que justifican su imposición, mantención y, por lo tanto, pueden ser evaluadas en su idoneidad y proporcionalidad respecto del efecto que tienen sobre los usuarios del recurso.

lagunas u otros; declarado este agotamiento no pueden otorgarse derechos consuntivos permanentes.

⁶² Artículo 22 del *CdA*: “La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros, y considerando la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas, en conformidad a lo establecido en el artículo 3°”.

⁶³ El artículo 149 n.° 7 del *CdA* admite imponer modalidades al constituir un derecho de aprovechamiento tanto para conservar el medio ambiente como para proteger derechos de terceros.

⁶⁴ Artículo 129 bis 1 del *CdA*.

⁶⁵ La prohibición de otorgar derechos de aprovechamiento en vegas y bofedales de las regiones del norte del país está establecida en el artículo 58 inciso final del *CdA*.

⁶⁶ Los artículos 5 letra e) y 20 letra g) del Reglamento de Aguas Subterráneas exigen presentar un estudio de impacto ambiental y obtener una resolución de calificación ambiental o, en su defecto, que se acompañe un pronunciamiento formal de la oficina respectiva del Servicio de Evaluación Ambiental que desestime la pertinencia de cumplir con este requisito antes de solicitar un permiso de exploración o constituir un derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas en áreas protegidas o colocadas bajo protección oficial de acuerdo con el artículo 10 letra p) de la LBGMA.

Esto configura una base que es necesaria para un estudio más completo de estas restricciones, las que deben integrarse a la sistemática de los derechos de aprovechamiento de aguas. Un adecuado ejercicio de las potestades que tiene la autoridad para cumplir con el deber de conservación y protección ambiental del recurso, requiere que estas restricciones sean justificadas, idóneas y proporcionadas a sus objetivos, de manera que no configuren una privación de hecho del ejercicio de estos derechos.

Sobre la base de lo expuesto en las secciones anteriores, las medidas identificadas en la legislación de aguas como limitaciones cuantitativas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento presentan, en nuestra opinión, los siguientes elementos o características comunes:

- a) Imperativas: Estas medidas son impuestas por la autoridad a los titulares de los derechos de aprovechamiento en ejercicio de potestades públicas que le confiere la ley⁶⁷; no forman parte del régimen de ejercicio normal u ordinario de los derechos de aprovechamiento, o de medidas adoptadas por los propios usuarios. Son parte de las atribuciones o potestades que tiene el Estado sobre un bien nacional de uso público, para cumplir con las finalidades del dominio público hídrico⁶⁸.
- b) Excepcionales: Configuran medidas que se justifican en situaciones de anomalía, que producen efectos negativos en la fuente natural respectiva; no son una modalidad propia del derecho o son parte de su ejercicio ordinario. Por lo tanto, deben aplicarse en forma estricta e interpretarse restrictivamente.
- c) Temporales: El efecto de estas medidas es la reducción del caudal que pueden extraer los titulares de derechos de aprovechamiento; afecta la facultad de extracción asociada a ellos⁶⁹, pero no configura ni busca una supresión total de ella en forma indefinida. Este efecto es transitorio, la limitación es temporal u ocasional; no es una restricción permanente a las facultades del derecho.
- d) Propias del recurso hídrico: Su justificación se basa en situaciones de hecho, basadas en la cantidad disponible del recurso en la fuente como

⁶⁷ BERMÚDEZ (2011), p. 110 identifica como lo esencial de acto administrativo la utilización del poder público, "cuyo ejercicio válido queda determinado por la competencia para desarrollarlo, el cual permite que lo resuelto pueda imponerse a los ciudadanos".

⁶⁸ El interés público asociado a las aguas terrestres se explicita en el actual artículo 5 del Cda: resguardo de consumo humano y saneamiento, función de preservación ecosistémica, disponibilidad de las aguas, sustentabilidad acuifera y promoción de equilibrio entre seguridad y eficiencia en los usos productivos.

⁶⁹ En este sentido, estas medidas son un acto administrativo desfavorable o de gravamen, de acuerdo con una de las clasificaciones de este tipo de actos. SILVA (1995), pp. 53-54 y p. 114, BERMÚDEZ (2011), pp. 113-114 y ARÓSTICA (2016). p. 96.

- recurso natural renovable y elemento del ambiente. Se basa en el carácter de sistema unitario de recurso de aprovechamiento común que presentan las aguas terrestres, y requiere medición y conocimiento de la fuente natural en la que se ejercen los derechos afectados por la medida.
- e) Finalidad de conservación del recurso o protección ambiental: El objetivo de estas limitaciones son el aprovechamiento o uso racional del recurso o la protección del agua como elemento natural. Un uso excesivo del recurso, o la alteración del equilibrio mínimo para el funcionamiento del sistema hídrico afecta tanto la disponibilidad del recurso por otros usuarios como su función como elemento del ambiente.

CONCLUSIONES

Las medidas a través de las cuales nuestro derecho de aguas permite restringir el ejercicio de las facultades del derecho de aprovechamiento, presentan ciertas características comunes que permiten analizarlas desde un marco teórico de limitaciones al ejercicio ordinario de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Hemos identificado dentro del *Código de Aguas* las limitaciones que presentan estos elementos: la redistribución por escasez, la reducción temporal y la suspensión del ejercicio de los derechos de aprovechamiento. Estas son limitaciones cuantitativas al de los derechos de aprovechamiento de aguas, las que como aquellas medidas que se imponen por la autoridad para evitar o disminuir los posibles efectos negativos del uso del agua y que restringen la cantidad de caudal que el titular del mismo está normalmente autorizado a extraer y usar de la fuente respectiva.

Consideramos que estas limitaciones cuantitativas a los derechos de aprovechamiento deben respetar sus facultades esenciales de extraer y usar una cantidad del recurso conforme a la tipología del derecho. En consecuencia, no pueden hacer imposible el acceso a la fuente, impedir en forma permanente la extracción de agua si hay caudal disponible, o intervenir en el destino o uso que el titular del derecho le dará al recurso.

La utilidad del análisis así propuesto permite una mejor comprensión y control jurídico de estas medidas, al identificar en su regulación la causal y finalidad pública asociada a ellas que la justifica, tanto jurídica como fácticamente. Estas medidas deben expresar los motivos que las justifiquen en su fundamentación, lo que a su vez, determina el grado de restricción que puede imponerse a los derechos afectados por la misma.

Otro aspecto importante que la autoridad debería considerar es que, al ser medidas restrictivas excepcionales, se requiere fundamentar no solo la situa-

ción que justifica su adopción, sino, también, su aplicación a determinados titulares de derechos de aprovechamiento de aguas. Dado que su efecto en el ejercicio de ellos es bastante intenso, pudiendo llegar, incluso, a impedir totalmente su ejercicio, la autoridad debe basarse en información técnica para determinar cuáles, dentro de los usuarios del sistema, serán afectados por la medida; deben existir antecedentes que permitan justificar la idoneidad de la medida tanto respecto de la fuente natural como de los derechos afectados.

Además de estas observaciones, consideramos que es fundamental considerar que estas medidas constituyen limitaciones autorizadas por ley al ejercicio de los derechos de aprovechamiento, por las que, si bien se restringe la extracción y uso de las aguas, su aplicación no podría significar, en la práctica, que los titulares de los derechos afectados se vean privados o impedidos de ejercer sus facultades si hay caudal disponible, o que solo algunos soporten una carga que beneficia a todos los usuarios del recurso.

Finalmente, solo puede recalcar la importancia de la información, monitoreo y evaluación que estas medidas y sus consecuencias requieren. Todas estas consideraciones contribuirán a que, en el evento de su aplicación, los usuarios las acaten y colaboren en su implementación, en vez de discutir su procedencia y efectos a través de recursos e impugnaciones. El objetivo final de un aprovechamiento racional y protección ambiental de las aguas requiere de la acción de todos los actores del sistema, que a la larga se benefician de su equilibrio más que de su disputa; y estas medidas, bien administradas, pueden contribuir a ese fin.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo (1983): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, segunda edición).
- ARÉVALO, Gonzalo (1999): "Apuntes sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. 1, n.º 1: pp. 11-26.
- ARÉVALO, Gonzalo (2011): "Reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento", en Vergara, Alejandro (dir.), *Código de Aguas comentado. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago: AbeledoPerrot): pp. 237-244.
- ARÉVALO, Gonzalo (2013): "Comunidades de aguas subterráneas: dificultades en su organización y ejercicio", *Actas de Derecho de Aguas*, n.º 3: pp. 185-194.
- ARÓSTICA, Iván (2016): "Una clasificación de los actos administrativos", *Actualidad Jurídica* n.º 34: pp. 85-94.
- BAUER, Carl (2015): *Canto de sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales* (Santiago: El Desconcierto, segunda edición).

- BERMÚDEZ, Jorge (2011): *Derecho administrativo general* (Santiago: LegalPublishing, segunda edición).
- BOETTIGER, Camila (2013): “Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos”, *Actas de Derecho de Aguas*, n.º 3: pp. 1-12.
- BOETTIGER, Camila (2019) “Análisis crítico de la declaración de escasez”, en Montenegro, Sergio; Costa, Ezio (dirs.), *La regulación de las aguas: Nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas de régimen jurídico de las aguas* (Santiago: Ediciones DER): pp. 345-376.
- BOETTIGER, Camila y CROCCO, Juan José (2022, en prensa): “Nuevo Código de Aguas 2022: Los ejes del cambio de la regulación de las aguas terrestres en Chile”, *Anuario de Derecho Público 2022* (Santiago: Ediciones UDP).
- CELUME, Tatiana (2015): “Pilares sobre los que se sustenta la reforma al Código de Aguas chileno”, *Actas de Derecho de Aguas*, n.º 5: pp. 39-50.
- FIGUEROA, Luis Simón (2003): *Curso de derecho de aguas* (Santiago: Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales).
- GALLARDO, Silvia (2002): “Medidas que limitan la explotación

n de aguas subterráneas y su aplicación práctica”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 1: pp. 265-270.

JAEGER, Pablo y PEÑA, Humberto (2015): “Del orden neoliberal al régimen de lo público en materia de aguas”, *Actas de Derecho de Aguas*, n.º 5: pp. 91-112.

MORAGA, Claudio (2010): *Tratado de derecho administrativo* (Santiago: LegalPublishing).

MUÑOZ, Gonzalo (1999): “Elementos del derecho de aprovechamiento de aguas”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. I, n.º 1: pp. 37-41.

NEUMANN, Christian (2003): “El derecho a satisfacer la sed en el derecho de aguas”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. II, n.º 2: pp. 397-416.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001): *Diccionario de la lengua española*, 2 tomos (Madrid: Espasa Calpe)

RIVERA, Daniela (2015): “Diagnóstico jurídico de las aguas subterráneas”, *Ius et Praxis*, año 21, n.º 2: pp. 225-266.

RIVERA, Daniela (2016): “Gestión colectiva y conjunta de aguas: perspectiva jurídica de una deuda subterránea”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLVI: pp. 311-246.

SEGURA, Francisco (2006): *Derecho de aguas* (Santiago: LexisNexis, tercera edición).

SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, vol. 5 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

VERGARA, Alejandro (1998): *Derecho de aguas*. Tomos I y II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Normas

Ley n.º 20017, modifica el *Código de Aguas* (2005): *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 16 de junio de 2005.

Ley n.º 21064, introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones (2018): *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 27 de enero de 2018.

Ley n.º 21435, reforma el *Código de Aguas* (2022): *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, de abril de 2022.