



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

PDAE UC

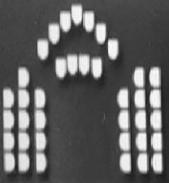
Programa de Derecho Administrativo Económico  
[www.derechoadministrativoeconomico.cl](http://www.derechoadministrativoeconomico.cl)



## Reforma al Código de Aguas: Crónica de una propuesta novedosa: Agencia independiente y tribunales especiales de aguas

COMISIÓN DE AGRICULTURA

Nº BOLETÍN 7.543 - 12



SESIÓN DE COMISIONES

# REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS

Mirada Administrativa es una publicación del  
Programa de Derecho Administrativo Económico UC (PDAE)  
[www.derechoadministrativoeconomico.uc.cl](http://www.derechoadministrativoeconomico.uc.cl)

1

Mirada Administrativa N°7  
Julio 2018



Senado

Comisión de Agricultura.

## “Continuar con el estudio del proyecto de ley que reforma el Código de Aguas (Boletín N° 7.543-12).”



El día 11 de junio de 2018, la Comisión de Agricultura del Senado, convocó, entre otros expositores, al Profesor Alejandro Vergara Blanco –Director del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Chile-, a fin de escuchar su opinión como especialista en la materia, respecto del proyecto de ley que reforma el actual Código de Aguas.

De los proyectos de ley que tienen como objetivo reformar las disposiciones de dicho Código, el que cuenta con mayor incidencia en la regulación de fondo de las aguas del país, es aquél cuyo Boletín es el N°7543-12, ingresado el 17 de marzo de 2011.

Mirada Administrativa es una publicación del  
Programa de Derecho Administrativo Económico UC (PDAE)  
[www.derechoadministrativoeconomico.uc.cl](http://www.derechoadministrativoeconomico.uc.cl)

El proyecto se encuentra en su segundo trámite constitucional, luego de haber sido aprobado, en general y en particular, el día 22 de noviembre de 2016 por la Cámara de Diputados.

Actualmente, el proyecto ha sido aprobado en general por el Senado y se encuentra en discusión en particular en la Comisión de Agricultura de la Cámara Alta, desde el 22 de agosto de 2017, asignándosele urgencia simple desde el 3 de octubre del mismo año.

A continuación se transcribe la presentación del Director del PDAE, así como también las opiniones de los Senadores en relación con la misma.

## Contenido

- I. Presentación del profesor Alejandro Vergara Blanco en calidad de especialista en Derecho de Aguas.
  1. *Las autoridades o agencias administrativas independientes.*
  2. *Cambia el paradigma centralista.*
  3. *Una nueva separación de poderes.*
  4. *Lo más relevante: la autonomía.*
  5. *La propuesta de crear una agencia autónoma para las aguas.*
  6. *La propuesta de un tribunal especial de aguas.*
  7. *Cambios institucionales cambiarían el tono de la discusión del proyecto de modificación del Código de Aguas.*
  
- II. Comentarios de los Senadores miembros de la Comisión.
  1. Senadora Carmen Aravena Acuña
  2. Senador Juan Castro Prieto
  3. Senadora Ximena Rincón González
  4. Senador Álvaro Elizalde Soto
  5. Profesor Alejandro Vergara Blanco
  6. Senadora Carmen Aravena Acuña
  7. Senadora Ximena Rincón González
  8. Senadora Carmen Aravena Acuña



## I. Propuesta del profesor Alejandro Vergara Blanco



### “TRANSFORMACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS EN UNA AGENCIA INDEPENDIENTE, Y ENTREGA DE COMPETENCIA DE LOS CONFLICTOS DE AGUAS A LOS TRIBUNALES AMBIENTALES”

Profesor de Derecho Administrativo y Derecho de Aguas Pontificia Universidad Católica de Chile,

Director del Programa de Derecho Administrativo Económico UC.

Investigador del Centro de Derecho y Gestión de Aguas UC.

Con la venia de la Sra. Presidenta, doy inicio a mi presentación. Se me ha solicitado que participe en esta discusión de la modificación de la legislación de agua. El Programa de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica, en conjunto con el Centro de Derecho y Gestión de Aguas de la misma Universidad, ha participado ampliamente en la discusión de la reforma del Código de Aguas y ha aportado diversos documentos tanto en la discusión en la Cámara como en el Senado.

Mirada Administrativa es una publicación del  
Programa de Derecho Administrativo Económico UC (PDAE)  
[www.derechoadministrativoeconomico.uc.cl](http://www.derechoadministrativoeconomico.uc.cl)

He querido traer ante ustedes una propuesta y visión complementaria que sería importante tenerla a la vista a nuestro juicio, para iluminar o para tener una visión desde el punto de vista institucional, de cómo puede operar un sistema de regulación de los derechos de aprovechamiento de aguas, bajo un esquema tradicional chileno en que se produce desde el punto de vista administrativo, institucional, un gran centralismo, hacia una situación en que pudiese transformarse a la Dirección General de Aguas en un organismo distinto al actual.

La discusión de la modificación de las aguas sería muy distinta y todos los incumbentes tendrían una posición acorde con esa institucionalidad. Mi primera propuesta es mostrar lo que es un órgano administrativo independiente, una agencia autónoma, que podría ser un modelo a seguir en nuestro país y quizás como complemento a la modificación actual sería muy útil tenerla a la vista.

[1. Las autoridades o agencias administrativas independientes]. En primer lugar, las autoridades administrativas independientes surgen en medio de un debate normal de las administraciones, es una alternativa de autonomía administrativa que tiene por finalidad mitigar el centralismo y sobre todo, y lo más importante, para las regulaciones económicas.

Todas las democracias más modernas, en las últimas décadas, en las que se ha consolidado una cierta autonomía del gobierno con las tareas administrativas más técnicas, ofrecen, en su panorama institucional, muchas de las instituciones de este estilo, que ya les mostraré.

¿Cuáles son las finalidades de una organización o administración autónoma? la finalidad es lograr mostrar un ejercicio de la democracia distinto, ya no sólo una democracia de origen electoral sino de ejercicio, en al cual hay importantes actores de la sociedad que aportan no solo desde el punto de vista de la política estricta, sino que también desde la ciencia, desde los usuarios, para poder incorporarlo a las decisiones importantes. Eso implica que en los sectores de alta relevancia, como es el tema de las aguas, se requiere un análisis de gran tecnicismo y la incorporación de racionalidad técnica; y a veces eso es difícil en estos casos en que impera otra racionalidad que es importante para la sociedad, pero para otros ámbitos que en que no hay un insumo como éste.

[2. Cambia el paradigma centralista]. Estas organizaciones administrativas por cierto implican cambiar un paradigma en nuestro país en que casi todos los modelos de administración son centralizados o al menos medianamente centralizado, en que se produce una autonomía de las decisiones. Por cierto entre medio hay una gran generosidad democrática de parte de todos los sectores políticos y sociales.

Si ustedes ven la división de poderes en nuestro país, es muy tradicional. En el Poder Legislativo, que es el autor de las leyes ante quien estoy hoy día, y el Poder Judicial, se suceden

*(...) “mi primera propuesta es mostrar lo que es un órgano administrativo independiente, una agencia autónoma (...)”*

algunas divisiones, pero es el Poder Ejecutivo en el que hay una escisión muy más relevante. Todos la vemos pero no advertimos que una cosa es gobernar y otra administrar.

[3. Una nueva separación de poderes]. En las democracias que se ha intentado consolidar decisiones técnicas relevantes, se ha ido producido esta nueva separación de poderes, porque es una verdadera nueva separación de poderes, en que todo el gobierno y la co-legislación se deja al Poder Legislativo con el Poder Ejecutivo en su función de gobierno, pero en la administración, que son tareas distintas, comienzan a producirse la creación de estas agencias independientes y se comienzan a poblar de órganos que son autónomo, alguno de estos casos nosotros conocemos y luego mencionaré más adelante.

La propuesta mía, en este caso, a esta Comisión, es observar si es que este modelo puede ser útil. La discusión doctrinaria se ha dado en algunos casos en relación a estas agencias y se ha dudado de la legitimidad democrática porque pareciera que la administración de los países solo puede realizarse por órganos democráticamente, pero el Ejecutivo está liderado por el presidente de la república, y es el único elegido democráticamente, y todo el resto de la administración tiene una elección indirecta.

Estas organizaciones tienen esa misma cualidad, son creadas por la ley pero tienen un sistema de elección muy parecida al del Banco Central o los jueces, tienen una legitimidad democrática indirecta en ese sentido. Son colegiadas normalmente y tienen ellas a su cargo una serie de casos.

En palabras sencillas, lo que remedia en alguna medida es la intromisión exclusiva o excesiva de los gobiernos en lo técnico, que van cambiando. Es importante por cierto, y nadie podría desconocerlo, que la política se gesta de ese tipo de gobiernos que van cambiando en el tiempo.

[4. Lo más relevante: la autonomía]. Lo más relevante de estas organizaciones técnicas es su autonomía. Esa autonomía es respecto del gobierno. La autonomía no es total en una república, no lo es respecto de la ley. Por cierto, el legislador es el que marca del ámbito de actuación legítimo de estos órganos y están sujetas al control judicial. Ya diré yo cuál es el mejor control judicial en este caso de estas agencias autónomas, pero lo más relevante es que hay una racionalidad técnica muy distinta y no hay grupo políticos luchando tratando de atraerlos a su favor en las próximas elecciones, lo que es lo más dañino en esta administración que es caso de las aguas.

*“Lo más relevante de estas organizaciones técnicas es su autonomía. Esa autonomía es respecto del gobierno”.*

legitimidad democrática administración de los realizarse por órganos democráticamente, pero Ejecutivo está liderado por república, y es el único democráticamente, y todo administración tiene una

organizaciones tienen esa creadas por la ley pero elección muy parecida al jueces, tienen una

En nuestro país casi no hay órganos autónomos: en occidente o entre los países de la OCDE, es uno de los países que menos ofrece de este tipo de órganos que profundizan tanto la democracia. Alcanzan los dedos de la mano, y un sexto, es la CGR el primer órgano autónomo de nuestro país, pero de la década de los 20, el Banco Central, la Comisión Nacional de Televisión, el Ministerio Público Fiscal, el Consejo para la Transparencia, el Servel y dos casos más que se agregan y que podemos discutir.

La discusión de la autonomía en nuestro país no se ha dado. En esta casa de fábrica de las leyes, casi no se ha dado o se ha dado en otros términos. En primer lugar, en el año 1985 se creó el Banco Central como una autonomía, después se pensó que se seguía el modelo norteamericano con la creación de las Superintendencias, pero eso es un gran engaño desde un punto de vista institucional. Las Superintendencias no son autónomas lo sabemos, vasta un

(...) “traigo ante esta Comisión la propuesta de incorporar a la discusión del Código de Aguas, la creación de una nueva agencia autónoma independiente y transformar a la Dirección General de Aguas en este tipo de agencia”.

hecho muy claro: normalmente el cambio de los superintendentes se va produciendo a medida que cambian los gobiernos. Esa autonomía es lo que permitiría una cierta regularidad.

Hay algunos órganos autónomos desde el 2010, con la creación del Consejo para la Transparencia. Luego comienza a debatirse en doctrina de derecho administrativo chileno, a raíz de

varias experiencias. Hace 2 años se discutió de un modo muy pasajero, a propósito del Coordinador “independiente”, (curiosamente es la denominación), del Sistema Eléctrico Nacional y de la Comisión para el Mercado Financiero, pero son órganos cuya autonomía es limitada, por eso no los he puesto en la lista.

Hay propuestas desde el punto de vista doctrinario de transformar a la Dirección de Compras Públicas en un órgano administrativo independiente. Y a partir de ahora el gobierno ha presentado un proyecto de ley para un Consejo Fiscal Autónomo como una agencia independiente.

[5. La propuesta de crear una agencia autónoma para las aguas]. En medio de esta discusión es que yo traigo ante esta Comisión la propuesta de incorporar a la discusión del Código de Aguas, la creación de una nueva agencia autónoma independiente; transformar a la Dirección General de Aguas en este tipo de agencia.

Si ustedes observan a la Dirección General de Aguas, tiene el típico modelo de la agencia independiente que pueden observar en Norteamérica o Europa, su estructura actual intenta llevar adelante las mismas tareas que en otros sitios se lleva adelante con alta racionalidad técnica, con alta independencia, con seguridad en cuanto a las posibilidad de incorporar políticas

permanentes que no estén cambiando de acuerdo a ciclos políticos, o que dichos ciclos tengan una incidencia no definitiva.

Si bien la estructura de la Dirección General de Aguas fácilmente podría ser trasformada en este tipo de agencias, tiene por objeto tareas tan relevante como todos sabemos, relacionadas con las aguas, incorporar también en la promoción de la buena gestión y administración del recurso hídricos los criterios de sustentabilidad, de interés público, de asignación eficiente, con una lógica distinta a la actual.

Si ustedes observan, además, todas las competencias de la Dirección General de Aguas, dicen relación con el agua que es el gran insumo de la productividad y del medioambiente; está interconectado con todos los temas: minería, agricultura, industria, hidroelectricidad. Las conexiones están en todos los sitios en relación con el agua. No tengo para que extenderme, eso es bastante importante. Y para qué decir en un escenario tan crítico como este en que la posición política puede ser relevante, pero la racionalidad técnica es la que se va a imponer, en conjunto con la anterior, en un escenario de cambio climático o de una crisis institucional como la actual en la que no sabemos si avanzamos hacia una democracia más profunda, lo que significa decisiones técnicamente más racionales, o en estos casos nos quedamos con decisiones, como las que normalmente observamos, que son muy zigzagueantes en relación a los ciclos políticos.

***“El gran complemento, y con esto terminaré, es por cierto un Tribunal hiperespecializado”.***

[6. La propuesta de un tribunal especial de aguas]. El gran complemento, y con esto terminaré, es por cierto un Tribunal hiperespecializado para las aguas. Es notorio que en nuestro país las grandes discusiones que hay en contra de muchas decisiones de la Corte Suprema, es a raíz de la incomprensión de esas decisiones, por la incorporación, a veces, de racionalidad técnica que no están en las leyes, porque los jueces tienen que ir muchas veces más allá de ellas a través de los principios. Por otra parte se cree que los jueces no entienden profundamente las materias en las que fallan como ser el caso de las aguas.

Pues bien, el parlamento, ha realizado o ha llevado adelante desde los años 2000 en adelante, una de las políticas institucionales más notorias que hay desde el punto de vista de la jurisdicción. Ha ido creando una serie de tribunales hiperespecializados y ellos han llenado un vacío, dado el hecho que nunca se han creado en nuestro país los tribunales de lo contencioso administrativo. Se han creado tribunales especiales desde esa fecha en materia de contratación pública, el que ha sido muy relevante, en materia de electricidad el Panel de Expertos, en materia de impuestos, de tributos ordinarios como aduaneros, en materia de transparencia, el Consejo de la Transparencia es un verdadero tribunal de primera instancia que heterocompone los conflictos de transparencia entre un órgano administrativo y un particular. Y luego se sumaron los importantes tribunales de medio ambiente.

Pues incorporo también en esta propuesta, la revisión por esta Comisión de la posibilidad de crear unos tribunales especiales, paralelamente a la transformación de la Dirección General de Aguas en una agencia autónoma e independiente.

[7. Cambios institucionales cambiarían el tono de la discusión del proyecto de modificación del Código de Aguas] De ese modo, la institucionalidad cambiaría el tono. Pues la acusación que se realiza a los Tribunales; usualmente, es la deferencia. Los tribunales que conocen la materia, muchas veces, suelen ser deferentes a las decisiones de la autoridad, por temor político quizás; pero desde el punto de vista de los tribunales más especializados esa deferencia no se observa. Es usual que el tribunal especializado tiene más prestancia en el control que realiza de las decisiones de las autoridades de las conductas que pueden observar los particulares.

*En primer lugar, para el estudio actual sobre la regulación futura de las aguas, quizás cabe incorporar la transformación de la Dirección General de Aguas en una verdadera agencia autónoma (...). En segundo lugar, especializar la jurisdicción”*

La creación de un tribunal especial de aguas sería muy importante hoy en día, porque la mayoría de los conflictos en materia de aguas que se dan, son aquellos que han quedado en la indefinición por muchos años y son altamente técnicos y similares a los que suelen fallarse por los tribunales ambientales.

De ahí que mi propuesta es que: o se crean los tribunales especializados que sería institucionalmente más complejo, o se le incorpora a la competencia de los actuales

tribunales medioambientales los temas del agua.

Por lo tanto, lo que está en mi presentación, que dejo por escrito, es lo siguiente: En primer lugar, para el estudio actual sobre la regulación futura de las aguas, quizás cabe incorporar la transformación de la Dirección General de Aguas en una verdadera agencia autónoma. No en una superintendencia, lo digo porque existe por ahí un proyecto al respecto. Las superintendencias no tienen la entidad de una agencia independiente, no se parecen jamás a un Banco Central, a un SERVEL, a una Contraloría. Estos son verdaderas agencias independientes.

En segundo lugar, especializar la jurisdicción, siguiendo la tendencia que este Parlamento inició desde el año 2003, con la creación del Tribunal de la Contratación Pública. Y quizás para no incurrir en gastos con la creación de un nuevo tribunal, cabe la técnica que se ha utilizado en otros casos, incorporar la materia de aguas a la competencia de los Tribunales medioambientales, como se hizo en el Panel de Expertos Eléctricos que se incorporó la materia del gas. Esa misma dualidad se podría dar en este caso.



## II. Comentarios de los Senadores

### 1. Presidenta de la Comisión Senadora Carmen Aravena Acuña (Región de Araucanía).



*“Efectivamente hemos tratado muchos temas y variados sobre el Código de Aguas pero esto viene a incorporar una nueva área que no deja de ser interesante cuando hablamos de modernización del Estado, de independencia y, además, nos incorpora esta sugerencia de no crear un nuevo tribunal, sino incorporarlo a otro ya existente”.*

## 2. Senador Juan Castro Prieto (Región del Maule)



▶ *“Debo Agradecer al Profesor el aporte interesante, la visión que nos entrega. Yo creo que puede resolver un problema futuro bastante bien. Sin duda que me queda claro que por la visita que nos hizo a la Comisión de Recursos Hídricos, le gustan muchos los Tribunales, y me parece bien. Los conflictos de agua se van a ir agudizando y una herramienta como la que usted nos plantea es bastante interesante. No sé si va a ser posible incluir en este Código, porque son dos materias diferentes. Pero la visión que nos entrega me pareció un tremendo aporte. Le agradezco”.*

## 3. Senadora Ximena Rincón González (Región del Maule)

*“Le agradezco al Profesor Vergara su presentación. Creo que es interesante la mirada que él nos aporta, Presidenta, respecto de este concepto de agencia vs. superintendencias y cómo la necesidad de tener organismos de verdad autónomos a la hora de entrar a dirimir en estas materias, que son materias del todo sensibles en las comunidades y en los países, se vuelve tan relevante; y de a rato en la dinámica en la que nos encontramos, pasan demasiado rápidas. Y yo creo que si nos hemos demorado todo lo que nos hemos demorado en esta materia, y escuchando a mi colega Castro del Maule además, no sé si no sea tan loco pensar en que demorarnos un poco más sea bueno y podamos incorporar este tema como un tema más en la discusión”.*



## 4. Senador Álvaro Elizalde Soto (Región del Maule)



▶ *“Debo agradecer la exposición que hemos escuchado. Yo creo que estamos abocados a la discusión del proyecto específico; desafortunadamente, por norma constitucional, si es que quisiéramos modificar la institucionalidad, tengo la duda respecto de la constitucionalidad dado que primero la creación de servicios no se encuentra considerada en el proyecto específico, y eso es iniciativa exclusiva del ejecutivo, y segundo porque erogaría gastos. En el caso de abordar el*

*cambio institucional, no estaría dentro de las atribuciones que tenemos en el marco de la discusión de este proyecto de ley, independientemente que creo que hay que acoger la propuesta y estudiarla en su mérito, ya no en la discusión de este proyecto, sino en un proyecto nuevo, porque insisto, esto sería una iniciativa exclusiva del Ejecutivo”.*

## 5. Profesor Alejandro Vergara Blanco

*“Un breve comentario. Recordarles que en el caso de la modernización de la institucionalidad del medioambiente, atendido a lo que dice el Senador Elizalde que hay una dificultad de incorporarlo a este mismo Proyecto, por necesidad de respetar las ideas matrices del original. Lo que se hizo en ese caso fue tramitar un nuevo proyecto a posteriori. Se aprobó toda la institucionalidad ambiental, se observó que en realidad se necesitaba una jurisdicción distinta a la tradicional y luego de eso se tramitó una nueva ley que en definitiva fue la N° 20.600 en que se aprobaron los tribunales. Eso quería agregar”.*



## 6. Senadora Presidenta Carmen Aravena Acuña (Región de la Araucanía)



*“Yo debo agregar también que en el ámbito de las propuestas que hizo el Presidente Piñera, en su cuenta pública él plantea también el espacio para modernizar la gestión del Estado y probablemente esta pudiera ser una iniciativa que podríamos recoger, obviamente; hay representantes del Ejecutivo, pero creo que podría ser complementaria a una buena Ley”.*

## 7. Senadora Ximena Rincón González (Región del Maule)



▶ *“A mí no me tocó estar en esa legislatura del Gobierno de la presidenta Bachelet 1, pero tiene que ver con la legislación ambiental, quedó consignado como obligación la dictación de esa normativa ambiental, en la normativa que se dictó al efecto. Y en la legislatura del Presidente Sebastián Piñera 1 fue materia de discusión legislativa,*

*Por lo tanto eso sí se puede hacer en esta discusión legislativa, uno sí lo puede consignar. Y creo, hay que revisarlo, no lo puedo decir a ciencia cierta, si nosotros estamos abordando temas institucionales en este proyecto de Ley. Por lo tanto yo si voy a pedir un informe a la Secretaría y a la Biblioteca para ver hasta dónde nos da el marco legislativo y no me cerraría a estudiarlo.*

*Porque creo que lo que peor podemos hacer es casarnos entre nosotros mismos entre lo que podemos o no podemos hacer y bajar la cortina. Porque creo que lo que plantea el profesor es tremendamente relevante y no podemos perder oportunidades cuando las tenemos. A priori, no me cierro, teniendo claro lo que dice el Senador Elizalde como un tema que es obviamente cierto, la potestad reglamentaria está en el Ejecutivo, pero como hay temas institucionales aquí, veamos las ventanas que tenemos para ver dónde podemos introducirlo”.*

## 8. Senadora Presidenta Carmen Aravena Acuña (Región de la Araucanía)

*“Perfecto, totalmente de acuerdo. Muchas gracias profesor por su aporte. Y si es que esto lo seguimos discutiendo, lo volveremos a invitar”.*





Boletín Mirada Administrativa N° 7  
Julio 2018

Av. Libertador Bernardo O'Higgins  
340, Santiago. Chile

Edición general: Programa de Derecho  
Administrativo Económico UC  
(PDAE)

Cada transcripción es responsabilidad  
de su autor y no refleja necesariamente  
la opinión del PDAE