



SEQUÍA: UNA PROBLEMÁTICA ACTUAL Y SU TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Drought: A current problema and its treatment in the chilean legal order

MAURICIO FIGUEROA MENDOZA ¹, CAROLINA OLIVARES GONZÁLEZ ²

¹Universidad Santo Tomás, Chile

²Universidad del Alba, Chile

KEYWORDS

Drought
Water Code
General Directorate of Water
Priority uses of water
Right to water and sanitation
Human right to water
water market

ABSTRACT

The objective of this work will be to answer if the powers of the DGA are suitable to alleviate the effects of drought, through three sections: first, Identification of drought as a multifactorial factual phenomenon and its treatment in the CAG; second, review of the powers of the DGA in accordance with article 314 CAG; third, review of the regulations that incorporate the priority uses of water and the human right to water, whose methodology will be mainly descriptive, through the dogmatic method based on legislation and doctrine, as well as the exegetical method to establish the meaning of technical concepts.

PALABRAS CLAVE

Sequía
Código de Aguas
Dirección General de Aguas
Uso prioritario de aguas
Derecho de Agua y saneamiento
Derecho humano al agua
Mercado del agua

RESUMEN

El objetivo de este trabajo será responder si las potestades de la DGA son idóneas para paliar los efectos de la sequía, a través de tres secciones: primera, Identificación de la sequía como fenómeno fáctico multifactorial y su tratamiento en el CAG; segunda, revisión de las potestades de la DGA de acuerdo al artículo 314 CAG; tercera, revisión de la normativa que incorpora el usos prioritario del aguas y derecho humano al agua, cuya metodología será principalmente descriptiva, a través del método dogmático basado en la legislación y la doctrina, igualmente el método exegetico para establecer el sentido de conceptos técnicos.

Recibido: 11/ 08 / 2022

Aceptado: 30/ 10 / 2022

1. Aspectos introductorios

Es un lugar casi común partir señalando que el agua es un elemento esencial para la vida de los seres humanos, imprescindible para procesos vitales y fisiológicos; asimismo, es fundamental para el desarrollo de la agricultura, diferentes industrias y trascendental como fuente de obtención de energía. Por lo que, no cabe duda de que el agua ha sido la base del desarrollo de las civilizaciones a lo largo de la historia (Rojas, 2016, p. 7). Sin embargo, a pesar de la importancia que representa, poco se ha considerado y estudiado su escasez y las graves consecuencias que ello acarrea, que se puede denominar con un término que será el eje de este trabajo: la Sequía.

Entonces, la gran problemática en torno al agua está representada por su cantidad disponible a nivel mundial, pues, aunque la Tierra se compone de 71% de agua, sólo el 2,5% de ella es dulce, de la cual apenas el 0,62% puede ser destinada para los fines señalados anteriormente, quedando de manifiesto la insuficiencia del recurso y los complejos escenarios de sequía o escasez hídrica que se repiten alrededor del planeta (DGA, Dirección General de Aguas, 2016, p. 5). Tal es el caso de Chile, que desde hace más de 10 años se ha vuelto en una situación de carácter estructural.

1.1. Planteamiento del problema

En este sentido, resulta esencial analizar cómo se está tratando la sequía en nuestro ordenamiento jurídico y si su tratamiento es capaz de hacer frente a sus gravísimas consecuencias, especialmente a la luz de la reciente entrada en vigencia de la Ley 21.435 de 06 de abril de 2022, sobre “Reformas al Código de Aguas” (en adelante CAg), que trae consigo profundas modificaciones en esta materia como el reconocimiento del Derecho Humano al agua, la incorporación de la figura de los usos prioritarios de las aguas, pero principalmente el importante cambio realizado al Art. 314, que corresponde a la principal norma en que se hace cargo de la sequía cuando reviste el carácter de severa, la que será revisada en detalle para comprender el rol que juega la principal autoridad del rubro, esta es, la Dirección General de Aguas (en adelante DGA), que le atribuye un conjunto de potestades tendientes a paliar los efectos que la sequía puede causar en la población.

De lo anterior, será natural preguntarnos qué tan adecuadas o idóneas son las referidas potestades de la DGA a la hora de actuar ante un escenario de escasez y si en virtud de ellas, logra satisfacer las necesidades del sector más afectado por sus consecuencias, es decir, la población, la que dentro del contexto del CAg siempre se ha visto desplazada en razón de la noción de mercado que está detrás de él, pero que, con las referidas incorporaciones de la nueva ley, debiese cambiar.

Para arribar a estas respuestas, será necesario partir por entender el sentido y alcance de la sequía como fenómeno multifactorial y su regulación en el CAg que nos llevará a la clasificación de sequía ordinaria y severa, que encuentra su sustento en el Art. 314 CAg y cuyo análisis, necesariamente nos conducirá al examen del Derecho Humano al agua y saneamiento, y los usos prioritarios de las aguas, todo esto en el marco de la reforma al Código del ramo que promete introducir una dimensión social y medioambiental a su normativa.

1.2. Metodología

La Metodología que se aplicará al presente trabajo, consistirá en una descripción de las reformas realizada en el mes de abril del año 2022 al Código de Aguas chileno, por lo tanto, tendrá como eje fundamental la descripción de aquellas normas pertinentes que se correspondan con el problema planteado en torno a la sequía.

A su vez, la descripción se realizará bajo el método dogmático, propio de la ciencia del Derecho, el que nos permitirá hacer la descripción de la propia norma, y obtener las conclusiones a partir de la lectura de la misma, que en estricto rigor busca implementar una solución al fenómeno de la sequía. En consecuencia, buscaremos verificar, si la norma o en su defecto su implementación permite controlar el tema de las aguas en tiempo de sequía en Chile. Por lo tanto, nuestro insumo directo de información será la norma, además de la doctrina especializada en el tema, la que nos permitirá darle una interpretación sistemática y armónica a la norma.

2. La sequía como fenómeno y su regulación jurídica

Hablar de sequía podemos evocar un conjunto de definiciones, que van más allá de la ausencia de precipitaciones, pues la sequía no solo obedece a factores naturales o científicos, sino que a otros de distinta naturaleza, lo que da cuenta de que la sequía constituye todo un fenómeno multifactorial que en la actualidad se está dejando sentir en las más diversas zonas o localidades del planeta, transformándose en muchas de ellas -como en Chile- en una situación estructural, lo que exige una adecuada regulación, que será analizada en esta sección.

2.1. El concepto de sequía y sus consecuencias

Una manera lógica para intentar responder el problema planteado es examinar a la sequía como un fenómeno fáctico en el cual confluyen un conjunto de factores y que puede ser conceptualizada de distintas maneras, así, una primera aproximación es aquella que permite identificarla como aquel estado de un déficit natural, de carácter temporal, en la magnitud de una variable hidrológica relevante, respecto de lo que se considera como la

condición normal o promedio (Núñez, 2013, p. 3). Igualmente, se ha entendido como una situación de déficit de agua, suficiente para afectar adversamente a la vegetación, los animales o el hombre y su actividad en una región determinada, y que surge como resultado de un proceso complejo en el que intervienen tanto la oferta como la demanda (Fernández, 1999, p. 35). Por su parte, la RAE nos ha señalado simplemente que la sequía es un “tiempo seco de larga duración”¹.

A pesar de estos conceptos, entender qué es la sequía no resulta una tarea fácil, por cuanto se trata de un fenómeno que no puede ser entendido como algo exclusivamente natural, hidrográfico o climatológico vinculado solo a la ausencia de precipitaciones o escurrimiento de caudales (Martin, 2015, p. 149), sino que va más allá, pues se trata también de un verdadero fenómeno cultural, ya que dependerá de la percepción que pueda tener una sociedad sobre la ausencia o disminución de lluvias en un período determinado (Antón, 2000, p. 9). Sin embargo, de su sola lectura se desprende la existencia de un elemento común, éste es, la temporalidad, es decir, este fenómeno acaece dentro de un período, el que cada vez es más extenso, ya que se ha instalado para quedarse como una situación estructural, más que circunstancial o meramente coyuntural (Núñez, 2013, p. 3), especialmente en Chile que ha estado y estará siempre a merced de las oscilaciones conocidas como el fenómeno de “La niña”, donde domina la sequía y “El niño”, asociado a excesivas precipitaciones, sumado a que gran parte de la actividad agrícola, se sitúa en la zona árida y semiárida de nuestro país (Bonilla, 1999, p. 302).

Siguiendo esta línea, Wilhite y Glantz, luego de revisar cerca de 150 definiciones logran clasificar la sequía en cuatro categorías: la sequía meteorológica, sequía agrícola, sequía hidrológica y sequía socioeconómica.

La primera de ellas alude únicamente al grado de sequedad y la duración del período seco en un lugar o región determinado, pero que aplicada en otra zona generaría inconvenientes, ya que las condiciones meteorológicas son diversas alrededor del mundo, así como su percepción. El segundo tipo, incluye el aspecto meteorológico, ya que se refiere al impacto de este último en la agricultura, esto es, la susceptibilidad variable de los cultivos en las diferentes etapas de su desarrollo, es decir, si la escasez afectará el rendimiento de la actividad agrícola en su etapa más temprana o durante el crecimiento. El tercer tipo relativo a la sequía hidrológica se refiere a la escasez de caudales superficiales y subterráneos; la severidad de la sequía hidrológica se mide generalmente sobre la base de su influencia en las cuencas hidrográficas, lo que significa que si el volumen de un caudal baja de cierto umbral estaríamos frente a una sequía de este tipo. Finalmente, la cuarta tipología de sequía socioeconómica se vincula a la oferta y demanda de algún bien económico; de tal manera que se presenta cuando la escasez es perjudicial para alguna actividad del hombre, y asimismo cuando la población crea una mayor demanda del agua disponible (Wilhite, 1985, p. 9).

Cierto es que estas categorías nos ofrecen características y elementos para entender la sequía y luego, abordarla desde un punto de vista jurídico, pero el problema es que ninguna de ellas aborda correcta y adecuadamente los verdaderos impactos de la sequía (Wilhite, 1985, p. 9) para proceder a su adecuada regulación.

En síntesis, según lo expresado, la sequía no puede circunscribirse a un solo elemento o factor, ya que depende de algunos de tipo naturales, como hidrológicos y meteorológicos y de otros de carácter antropológicos, como económicos y sociales. Lo que, si queda claro, es que se halla estrechamente vinculada con la escasez (Martin, 2015, p. 148).

2.2. Regulación jurídica de la sequía: diferenciación entre escasez ordinaria y severa sequía

Después de analizar la sequía como concepto y a nuestros fines, resulta necesario conocer el tratamiento que ha recibido en nuestro ordenamiento jurídico, en particular en el CAg y con especial atención a la reciente entrada en vigencia de la Ley 21.435.

Teniendo como base lo expresado, en cuanto a que la sequía se encuentra estrechamente vinculada a la escasez y siguiendo a Vergara, el Derecho de Aguas es en realidad el derecho de la escasez del agua, pues su estructura dice relación con el reparto de las aguas que ofrece la naturaleza, la que, cada vez, suele ser insuficiente para sus distintos usos (Vergara, 1999, p. 361), pese a ello, se puede apreciar que el legislador regula la sequía como una situación excepcional, con normas destinadas a superar una emergencia (Martin, 2015, p. 149), como se desprende del CAg, que en esta materia encuentra su regulación más significativa y reconocible en el artículo 314 CAg profundamente modificado por la reforma.

De acuerdo al CAg, pueden existir periodos de normalidad hídrica, escasez ordinaria y severa sequía, esta última más radical, que debe ser técnicamente declarada por la DGA, en virtud de los criterios fijados en la resolución D.G.A. N° 1674 de 12 de junio de 2012, y decretada por el presidente de la República; sobre lo cual nos referiremos más adelante.

Contextualmente, cabe señalar que los actores que participan activamente en este sistema con un rol de gestión de las aguas son las asociaciones de canalistas, comunidades de aguas y las juntas de vigilancias de ríos, siendo estas últimas las que -por sus características, naturaleza jurídica, atribuciones y funciones-, tienen un

papel esencial dentro del esquema planteado de la sequía, ya que su objeto principal es administrar y distribuir las aguas a que tiene derechos sus miembros (Rojas, 2016, p. 221).

Por tanto, en el análisis conviene tener presente que la función de administración de las aguas -en tanto bien público-, en Chile se ha separado de los poderes públicos habituales, para entregarle a este tipo de organizaciones las potestades y competencias para la distribución de las aguas, clara manifestación del ejercicio de una función pública por particulares; lo que le otorga a las juntas de vigilancia una naturaleza jurídica dual o mixta, dado que en lo que dice relación con su organización interna asumen formas privadas y se encuentra sujeta claramente a las prescripciones del Derecho privado, mientras que en las funciones eminentemente públicas y los poderes de que están investidas -las potestades administrativas sobre el agua como bien público- y que le han sido directamente atribuida por la ley, está sujeta a prescripciones de Derecho público (Rojas, 2016, p. 221).

Volviendo a la clasificación ya anunciada que se desprende del CAg, es posible distinguir diversos escenarios:

2.3. Período de normalidad y sequía ordinaria

El período de normalidad es aquel propio de la escurrentía y abastecimiento de cantidades suficientes para abastecer la totalidad de usos constituidos en aguas de los ríos. Por defecto la sequía ordinaria, es aquella en que no hay agua suficiente para abastecer en su totalidad dichos usos, pero se abastece en menor medida (un porcentaje del total) y no se ha decretado zona de escasez, que será la que da lugar a la sequía severa.

Durante estos periodos, es la junta de vigilancia la encargada de distribuir el agua a los titulares de derechos de aprovechamiento sea en su totalidad, sea en forma porcentualmente rebajada, conocido como “desmarque”, (Vergara, 2015, p. 152).

El reparto o la distribución debe ser entendida como “la entrega física del agua a los respectivos titulares de derechos de aprovechamiento, en la cantidad o en la proporción, en su caso, en la oportunidad y con las demás características o condiciones especificadas en los respectivos estatutos de la organización de usuarios” (Rojas, 2003, p. 319), función que emana del propio objeto de las juntas de conformidad al CAg, pero que se refieren solo a la distribución en períodos de normalidad o sequía ordinaria (Rojas, 2003, pp. 322-323).

La clasificación señalada, se funda en el artículo 12 del CAg, que reconoce -entre otros- los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente y los de ejercicio eventual, regulados en los artículos 16, 17 y 18 del mismo cuerpo legal.

Los derechos de ejercicio permanente son los que facultan a su dueño a extraer agua siempre, según la dotación íntegra que les corresponda, esto en el caso de período de normalidad; mientras que, en caso de sequía ordinaria, deberán recibir repartos alcuotas o por turnos que realizarán las juntas de vigilancia, para poder satisfacer a todos los titulares de estos derechos de manera equitativa (Vergara, 1999, p. 368). Por su parte, los de ejercicio eventual corresponden a aquellos constituidos y ejercidos con agua sobrante después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente, por lo tanto, su ejercicio dependerá de que exista agua suficiente en el cauce natural y, además, están subordinados al orden de prioridad entre los titulares de estos derechos, siendo evidente que en período de sequía no tendrán lugar, ya que no se puede hablar de sobrante (Vergara, 2015, pp. 152-153), y no tienen derecho a obtener agua durante la distribución turnal o alcuota (Vergara, 1999, p. 365).

En síntesis, tratándose de períodos de normalidad, cuando existe suficiente recurso hídrico en los ríos, serán las juntas de vigilancias las que manejarán la gestión de ellos, otorgando el agua en la dotación que corresponda a los titulares de derechos permanentes y una vez abastecidos, el sobrante será distribuido a los titulares de derechos eventuales, según el orden de prioridad y siempre que haya disponibilidad.

En tanto, en el evento de escasez ordinaria, igualmente las juntas de vigilancias serán las que harán la distribución, pero solo entre los titulares de derechos permanentes, de manera turnal o alcuota equitativamente, sin que haya lugar a sobrantes.

2.4. Sequía Severa

Antes de la Ley 21.435 sobre reformas al Código de Aguas, la denominación que se daba a este grave fenómeno de escasez hídrica era “sequía extraordinaria o extrema”, con ello, se pretendía expresar que se trataba de un evento excepcional, sin embargo, frente a la sequía prácticamente estructural que ha afectado a Chile en los últimos años, sería incorrecto hablar de extraordinario, como algo fuera de lo común, pero sí estaría enmarcada dentro de un período de escasez y por eso revestiría el carácter de severa, entendida como una condición rigurosa, áspera, de connotación más bien cualitativa, a diferencia de lo extraordinario, que supone un aspecto cuantitativo. De esta

forma, el término severa sequía engloba de mejor los efectos del déficit de agua y permite declarar con mayor regularidad una sequía, en la medida que se cumpla con la calificación previa que corresponda.²

3. Regulación legal

Señalado lo anterior, es evidente que, la situación cambia dramáticamente en caso de sequía severa, donde debemos hablar de redistribución, según se desprende del artículo 314 CAg, norma clave en esta materia -que examinaremos en un próximo apartado-, que otorga un preponderante rol a la DGA.

En efecto, es dicha entidad quien deberá calificar previamente y mediante resolución fundada, los criterios que determinen el carácter de severa sequía; luego en base a esa calificación, a petición y con informe de ella, el presidente de la República declarará zonas de escasez a través de un decreto de declaración de zona de escasez hídrica, por un periodo máximo de un año, prorrogables sucesivamente. Desde el año 2018 a la fecha se han dictado 117 decretos, lo que da cuenta de la mega sequía que nos está azotando. La redacción anterior de la norma fijaba un plazo de 6 meses no prorrogables para la duración de estos decretos. Con este cambio lo que se pretende es reconocer que la sequía es cada vez es más extensa, prácticamente estructural.

Durante el periodo de sequía severa, en principio serán las juntas de vigilancia, las que deberán redistribuir el agua disponible, siempre que exista acuerdo entre los usuarios, el cual, deberá ser revocado y aprobado por la DGA, conforme a normas técnicas contenidas en una Resolución DGA, de lo contrario será ésta quien cumpla dicha función. En caso de redistribución de común acuerdo o administrativa, deben respetarse las reglas de distribución equitativa del agua, pudiendo establecerse turnos o repartición alícuota. La ley dispone que los titulares que reciban una menor porción de aguas que las que les correspondería de acuerdo con las disponibilidades existentes o simplemente no recibieran, tendrán derecho a ser indemnizados, con las importantes salvedades que analizaremos más adelante, en consecuencia, no se configurará si las organizaciones de usuarios o la autoridad respetan un equitativo reparto proporcional o turnal (Vergara, 1999, p. 368). Hasta antes de la reforma, esto podía resultar muy costoso ante cualquier error cometido por la DGA al ejercer su función de intervención en la cuenca y de redistribución de los derechos de aprovechamiento, lo que en definitiva provocaba que el órgano administrativo evitara intervenir (Aranda, 2013, p. 122).

Como se anticipó, en caso de conflictos entre los miembros de las juntas y que, por tanto, no haya acuerdo, se desprende del inciso 6º del artículo 314 CAg, que tendrá lugar una actividad interventora administrativa directa de la DGA (Vergara, 1999, pp. 366-367), para reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía, ello una vez dictada la resolución correspondiente por la DGA, en virtud de la cual, se suspenderán las atribuciones de las juntas de vigilancia, y se designará un interventor.

Adicionalmente, en el evento de que no existan organizaciones constituidas, el artículo 315 CAg dispone que, la DGA de oficio o a petición de parte, podrá atribuir a los usuarios la redistribución o asumir la distribución de las aguas, con las mismas atribuciones que la ley otorga a esas organizaciones. En este caso se habla de “distribución” y no de redistribución”, pues no existía en ese caso actividad anterior por organizaciones de usuarios, sino más bien extracciones independientes (Vergara, 1999, p. 368).

3.1. Resolución DGA Nº 1.674 de 12 de junio de 2012, sobre criterios para calificar épocas de severa sequía

La calificación previa de las épocas de sequía que revistan el carácter de severa está entregada a la DGA, en base a los criterios técnicos contenidos en la Resolución DGA Nº 1.674 de 12 de junio de 2012, que establece parámetros que se ajusten a las características propias de cada zona del país de acuerdo a sus particularidades; y como consecuencia del desarrollo de tecnologías y avances científicos, además de nuevos instrumentos y metodologías para fijar condiciones hidrometeorológicas y así determinar las épocas que revistan carácter de severas.

Esta regulación técnica, toma como base para fijar las condiciones que revistan periodos de sequía las precipitaciones, caudales de ríos, volúmenes de embalse y las condiciones de los acuíferos, para cada zona del país, según sus propios rasgos. Además, se fija como tarea la división de hidrología a cargo de la DGA, la que debe confeccionar los informes de calificación de las condiciones de cada comuna, provincia o cuenca del país; y finalmente la obligación de revisar la Resolución en un plazo no superior a un año.

Para finalizar esta sección, cabe destacar, que pese a los importantes cambios que incorpora la Ley 21.435, que permite avanzar de una idea de excepcionalidad de la sequía a otra de carácter más permanente, determinada cualitativamente, aún no se puede desconocer que sigue siendo una de las dificultades que se generan a la hora de enfrentar la sequía -principalmente severa-, que se activan las acciones y mecanismos para enfrentarla una vez que ésta se ha producido, en lugar de tomar medidas preventivas y prepararse antes de que las consecuencias sean extremas.

2 Senado. 21 de agosto, 2017. Sesión Nº 52, Legislatura Nº 369, Informe de Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado, pp. 1-129. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelay/fileadmin/file_ley/7988/HLD_7988_945b0386b5606586f2796c50a8775bc3.pdf [fecha de visita 29 de mayo de 2022] p. 182-183.

Es en este contexto donde el actuar las DGA es fundamental para hacer frente a la escasez hídrica, en virtud de las potestades y atribuciones que le otorga el ordenamiento jurídico, particularmente el artículo 314 CAg, que será materia de la siguiente sección.

4. Potestades administrativas de la DGA y su rol en épocas de sequía

4.1. Generalidades

El órgano estatal encargado de actuar activamente una vez declarada la sequía severa, por medio del correspondiente decreto de zona de escasez, es la Dirección General de Aguas, que se levanta como la autoridad pública del agua en Chile con las principales potestades y competencias sobre este recurso.

La DGA es un servicio dotado de personalidad jurídica de Derecho público, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, que encuentra su reconocimiento legal en el CAg, principalmente en su Título II, del Libro III, Artículos 298 y siguientes, y D.F.L. N° 850 DE 1997 del Ministerio de Obras Públicas.

Sus potestades y atribuciones encuentran su fundamento jurídico en la propia Constitución Política y en el CAg, en consecuencia, el ejercicio de ellas debe someterse al ordenamiento jurídico y ser ajustado a Derecho.

Dado que forma parte de la Administración del Estado, los actos que ejerce y que implican una decisión unilateral, por ejemplo, otorgar derechos de aprovechamiento de agua a un particular o autorizar una obra en un cauce natural, corresponden a actos administrativos, que en virtud de la Ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, gozan de presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente sus destinatarios. Es decir, se entenderán que son legales, mientras un juez o la propia DGA no estime lo contrario y podrán ejecutarse desde su dictación aun en contra la voluntad del particular (Bermúdez, 2014, p. 155).

En particular, podemos resumir las potestades de la DGA en la gestión y administración del recurso hídrico en un marco de sustentabilidad, interés público y asignación eficiente, también proporcionar y difundir la información generada por su red hidrométrica y la contenida en el Censo Público de Aguas para contribuir a la competitividad del país y mejorar la calidad de vida de las personas. Asimismo, administra la constitución de derechos de aguas, y genera políticas de cuidado y gestión de las aguas.

De ellas, resultan esenciales la constitución y regularización de derechos de aprovechamiento de agua, es decir, un rol de asignación que cobró su máxima relevancia desde la entrada en vigor del CAg de 1981, donde la DGA debe conceder estos derechos siempre que proceda desde un punto de vista legal, esto es, cuando exista disponibilidad de recurso y no se afecten derechos de terceros, constituidos previamente (Aranda, 2013, p. 110) y que no afecte la sustentabilidad de la fuente.

Sin embargo, resulta relevante destacar que este órgano no tiene asignada como una actividad normal la distribución de las aguas -que es esencial en materia de sequía-, pues aquella ha sido entregada a las juntas de vigilancia de ríos, como particulares que ejercen funciones públicas (Rojas, 2016, p. 144), quedando impedida la DGA de invadir las atribuciones que tienen las juntas en cuanto a la extracción, reparto y ordenación que se hacen de las aguas de un cauce (Vergara, 2015, p. 2), salvo en caso de severa sequía, que exige un decreto que así lo declare y solo en caso de ausencia de acuerdo entre los miembros de las juntas. Ello, evidentemente, significa que su ámbito de competencias se encuentra limitado y restringido por la propia ley.

Consideramos que una de las razones de ello -sino la directamente la principal-, es el propio modelo adoptado por el CAg de 1981, es decir, un modelo de mercado, donde subyace el principio filosófico de libertad de emprender, lo que rompe con el paradigma de que el Estado debe proteger y velar por la óptima asignación de los recursos (Donoso, 2003, p. 225) o, mejor aún, un modelo antiestatal, simple reflejo de la ideología neoliberal que se encuentra detrás de la Constitución Política de la República de 1980 que fomenta la propiedad, la iniciativa privada y la libertad de empresa (Celume, 2011, p. 246), generándose una fuerte limitación al actuar de la DGA y la privatización relativa a la gestión del agua (Jaeger, 2003, p. 225), que como consecuencia desplaza al órgano administrativo.

No obstante, dicha afirmación, no podemos cerrar este apartado sin referirnos brevemente, a qué ha sucedido con el modelo imperante en el CAg de 1981 descrito con la entrada en vigencia de la Ley 21.435, que se caracteriza por introducir una dimensión ambiental y social, principalmente por el reconocimiento expreso en el Art. 5 del derecho humano al agua y saneamiento; también busca imponer limitaciones al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de agua, fijando una categoría jurídica distinta sobre estos derechos, ya que se elimina el título de dueño o propietario y se reemplaza por la de titular (Acuña y Salgado, 2022, p. 3); se establecen nuevas reglas, plazos de duración de la titularidad sobre estos derechos y causales de caducidad por no uso de los mismos; entre otros cambios -que no vienen al objeto de este trabajo- todos ellos cambios positivos -sin duda-, sin embargo, no se tradujo en el fin del modelo de mercado, prueba de ello es el artículo primero transitorio, que deja intactos los derechos de aprovechamiento constituidos con anterioridad a su entrada en vigencia, más aún, establece normas para la regularización de aquellos que no estaban constituidos o inscritos correctamente; asimismo, no se toca la regulación relativa a las juntas de vigilancia de los ríos, que continúa con su rol central de ejercer la

distribución del agua, con lo que no se supera la lógica de un negocio sobre las aguas, siempre favoreciendo sus propios intereses por sobre los comunes. Además, el cambio de terminología de dueño o propietario de derechos a titulares, con limitaciones temporales respecto del ejercicio del derecho, igualmente resulta insuficiente, ya de conformidad al nuevo Art. 6 CAg, puede renovarse sucesivamente y por el solo ministerio de la ley, y en ningún caso se traduce en la solución a los problemas de abastecimiento que genera la sequía (Acuña y Salgado, 2022, p. 3).

4.2. Potestades administrativas específicas en época de sequía extraordinaria

De acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, pudimos observar que la DGA tiene un marco limitado de atribuciones, lo cual resulta coherente con la noción o condicionante del “mercado del agua” presente en el CAg, que no logró ser superado con las recientes reformas.

Sin embargo, tales limitaciones parecen disiparse cuando en épocas de severa sequía se declara zona de escasez, pues a partir de tal declaración la DGA comienza a tener un rol más activo y relevante que emana de una disposición clave, el artículo 314 CAg, que dada su importancia en materia de sequía severa merece un análisis pormenorizado, porque nos permite avanzar a determinar qué tan adecuadas son las potestades de la DGA para enfrentar el complejo escenario de sequía severa, y además porque esta disposición es el fundamento de la actividad interventora de la DGA.

La importancia de la citada disposición radica en ser la norma de la que emanan las potestades que la ley otorga a la DGA para actuar en época de sequía severa, la que por su naturaleza configura la actividad interventora de este órgano que puede entenderse como una actividad limitadora de los derechos y actividades de los particulares que lleva a cabo la Administración Pública, se realiza con la pretensión de posibilitar el normal funcionamiento del sistema económico y social; y en última instancia, se trata con ella de garantizar el orden público y la estabilidad social (Huerta, 2005, p. 139).

En efecto, desde el momento en que la DGA asume un rol interventor y puede ejercer labores de redistribución y suspender las atribuciones de las juntas de vigilancia, que no es otra cosa que limitar los derechos de que son titulares estas organizaciones de usuarios y que se justifica en la necesidad de reducir al mínimo los daños que puede generar la sequía, es decir, garantizar el orden social. Esto es lo que se ha considerado como ejemplo del rol subsidiario del Estado, identificable en el artículo 1 inciso 3 CR, como un principio que incentiva la presencia del Estado en asuntos de relevancia pública que parecen desatendidos o insuficientemente satisfechos por los particulares (Echeverría, 2013, p. 211). En este caso concreto se aplica especialmente a las juntas de vigencias, que no han logrado ponerse de acuerdo en la redistribución del agua.

A pesar de la importancia que puede representar la actividad interventora del Estado como una medida para hacer frente a situaciones complejas, consideramos que a la DGA la ejerce excepcionalmente, esto desde una doble perspectiva, por una parte, el CAg contempla restringidos supuestos de intervención (otro caso se da en materia de aguas subterráneas, Art. 62 CAg) y por otra, siendo uno de estos supuestos la sequía severa, en limitadas ocasiones se han llevado a cabo las medidas contempladas en el artículo 314.

A su vez, se estima que ello obedece a dos tipos de razones: la primera, que solo tendrá lugar si no hay acuerdo entre los usuarios; y la segunda, es que esas actuaciones exigen un actuar equitativo, que en caso de no ser respetado acarrea una indemnización en favor de los afectados, lo que se traduce en un costo muy elevado que debe asumir el Estado por error en que incurra la DGA, que en definitiva se abstiene de ejercer las atribuciones que le entrega la norma. De todas maneras, se estima que, con el reciente reconocimiento del derecho al agua y saneamiento, esta última razón mencionada, se disipa y dé paso a una redistribución fundada en satisfacer las necesidades urgentes de la población, principalmente el consumo, más que respetar un derecho de carácter patrimonial, como lo son los derechos de aprovechamientos de aguas, pues con la nueva redacción de la norma, se libera al Estado de tener que resarcir a los titulares de derechos en caso de priorizaciones.

Lo anterior es una muestra de las debilidades y excepcionales atribuciones de la DGA en este caso, y también un evidente reflejo de la noción de mercado del agua presente en el CAg, que una vez más privilegia a los particulares titulares de derechos de aprovechamiento de agua, incluso ante un escenario tan grave como el de sequía, que a estas alturas está tomando progresivamente el carácter de estructural en todo Chile, problema que no puede ser resultado por privados, sino que se deben fortalecer las políticas e instituciones públicas del agua (Bauer, 2014, pp. 647 y 670).

4.3. Resultados del análisis normativo

4.3.1. Operatividad del artículo 314 CAg

En relación con las potestades específicas que confiere el Art. 314 CAg, para que sean ejercida por la DGA, es necesario la concurrencia de dos requisitos copulativos:

Primero, la dictación por parte del presidente de la República del correspondiente decreto de zona de escasez hídrica.

Segundo, la falta de acuerdo entre los miembros de las juntas de vigilancia de los ríos respecto a la redistribución de las aguas. Sobre este requisito en particular, cabe detenerse a revisar las modificaciones incorporadas por la Ley 21.435, ya que ésta vino a establecer una detallada regulación sobre estos acuerdos, denominados “acuerdos de redistribución”.

Efectivamente, la DGA sin llegar a intervenir directamente en la redistribución, impone especiales exigencias a las juntas de vigilancia a la hora de confeccionar dichos acuerdos, “no bastará que los usuarios se pongan de acuerdo para mantener plenas funciones en esta materia, sino que se requiere que aquél cumpla con determinadas condiciones que aseguren que los resultados de esa redistribución impliquen priorizar los usos para el consumo humano, de subsistencia y saneamiento”³. Entre las exigencias destacan, la imposición de plazos para presentar el convenio y para ponerlo en marcha; el sometimiento del acuerdo a una revisión estricta de la DGA, conforme a las reglas técnicas de la Resolución DGA (Exenta) N° 1104 de 2022 que “Establece condiciones técnicas mínimas, obligaciones y limitaciones, que deben cumplir los acuerdos de redistribución de las aguas y establece procedimiento de revisión, conforme al Art 314 del Código de Aguas”.

Además, cumpliendo con las mismas exigencias, el precepto legal permite que los acuerdos existan con anterioridad a la declaración de sequía severa. Siendo un aspecto muy positivo en aras de avanzar hacia una regulación permanente, no excepcional de la sequía.

Todo lo mencionado aplica de igual manera a las asociaciones de canalistas y comunidades de aguas que abastezcan a empresas sanitarias y con ello, se garantice el consumo humano, saneamiento o usos domésticos.

En caso de que no se presente el acuerdo dentro de plazo o no sea satisfactorio en orden a priorizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, la DGA podrá ordenar el cumplimiento de las medidas relativas a los acuerdos o suspender las atribuciones de las juntas de vigilancia y con ello redistribuir, pero incluso en este caso, ellas podrán pedir a la DGA que considere su acuerdo de redistribución.

De lo expuesto, queda a la vista la relevancia que la nueva normativa le atribuye a los acuerdos entre privados, pues antes de que la DGA entre a redistribuir, da un cúmulo de acciones tendientes a lograr que sean las juntas las que lleven a cabo esta función, incluso cuando la actividad interventora del órgano estatal ya esté en curso, lo que no puede ser otra cosa que un reflejo del modelo de mercado -al cual ya nos hemos referido-, eso sí, atenuado con la observancia del derecho humano al agua y saneamiento, que debe incluir el acuerdo.

4.3.2. Redistribución de las aguas

En esta materia, la regla general es que la distribución de las aguas a los usuarios según su derecho -eventual o permanente-, les corresponde a las juntas de vigilancia en virtud del sistema de autogestión que comienza cuando se extinguen las potestades de la autoridad en la constitución de derechos de aprovechamiento (Vergara, 2011, p. 78).

Esta figura cambia en época de sequía severa, en que se debe hablar de redistribución, pues será imposible seguir repartiendo la misma dotación de agua que, en épocas de normalidad, por lo que se entregarán cantidades rebajadas a los usuarios, ya sea de manera prorrateada o en turnos (Rojas, 2016, p. 188).

Que la redistribución sea prorrateada o a cuota, significa que se debe entregar agua en proporción al derecho que tiene cada titular; mientras que la redistribución por turnos consiste en que el total de los caudales de una fuente natural se reparten por tiempo de captación a bocatomas de un subtramo determinado de la fuente, cumplido ese lapso, entonces se sigue la captación a otro subtramo y así sucesivamente. Con ello se reducen las pérdidas que significan repartir caudales muy pequeños a cada usuario (Brown, 2005, p. 17).

Cuando existe acuerdo entre los usuarios, serán ellos quienes realicen la redistribución, sin embargo, si tal acuerdo no se produce esta función pasará directamente a la DGA, para redistribuir las aguas superficiales o subterráneas disponibles, siendo esto es un claro reflejo de la actividad interventora de este órgano administrativo. Para ejercer esta labor, el actual Art. 314 impone a los usuarios la carga de esta redistribución, pues se faculta a la DGA a liquidar y cobrar mensualmente los costos que genere esta actividad, lo que constituye una sanción para las juntas como consecuencia de la falta de acuerdo, quedando claro una vez más, la importancia que estos acuerdos revisan para el legislador, que fija una sanción con el objeto de forzar o inducir a que los usuarios logren ponerse de acuerdo.

Sumado a la importancia que se da a los acuerdos, está el hecho de que la DGA no puede actuar arbitrariamente al ejercer la redistribución, ya que se le exige un estándar mínimo que debe respetar, el de redistribución equitativa, es decir, que los usuarios no reciban menor proporción de agua que la que les corresponda según su derecho. En caso de no respetarse aquello, la consecuencia que trae aparejada esta falta de equidad en el reparto es la indemnización al titular del derecho que recibió proporcionalmente menos, ya sea por parte de quien corresponda o por parte del Fisco.

3 Senado. Informe de Comisión de Constitución. 02 de junio de 2021. Sesión 52. Legislatura N° 369. Pp. 1-203. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7988/HLD_7988_364bb9fc4d9e8db1636e2c3f70f9819c.pdf [fecha de visita 04 de junio de 2022] p. 24.

4.3.3. Indemnización en caso de redistribución inequitativa

Resulta necesario detenernos en este aspecto, debido a la profunda modificación que trajo consigo la Ley 21.435, la que no estuvo exenta de discusión en el Congreso Nacional.

Efectivamente, en el anterior Art. 314, el CAg consagraba ilimitadamente este resarcimiento a los titulares de derechos de aprovechamiento que recibían proporcionalmente menos agua, incluso si ello hubiere sucedido porque la autoridad fijó usos prioritarios en el reparto (Vergara Blanco, 1999), amparado por el derecho de propiedad consagrado en el Art. 19 N° 24 de la CPR, y ante la falta de reconocimiento expreso del derecho al agua y abastecimiento. En otras palabras, la DGA debía esforzarse en respetar los derechos de los particulares para que no se generara una indemnización, más que apuntar hacia donde está el verdadero peligro de una sequía, esto es, la afectación de la población, lo que en definitiva se traducía en la inactividad de la DGA, por los altos costos para el Fisco que significaría una redistribución inequitativa.

Con la nueva norma, se produce un giro en el enfoque que debe tener la DGA al momento de redistribuir -coherente con la nueva dimensión social y ambiental del CAg-, ya que señala textualmente “En ningún caso procederá indemnización si dicha menor proporción fuere a consecuencia de la priorización del consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia”, así, se entregan nuevas herramientas a la DGA en materia de redistribución, que la libera de esta carga de respetar la redistribución equitativa a todo evento, lo que sin duda significa un gran avance y fortalecimiento de este órgano, y en el fondo, una atenuación a la noción del mercado de las aguas, sobre el que ya hemos ahondado, pues claramente prima la satisfacción de las necesidades de la población, por sobre el interés particular.

Para entender el sentido de la norma, podemos decir que, en el contexto del proyecto de ley de reforma el CAg, se cuestionó la procedencia de una indemnización por parte del fisco, debido a que esta supone un daño patrimonial efectivo, lo que no se produce en este caso, ya que no ha habido disposición patrimonial por tratarse de derechos que se han adquirido sin mediar pago alguno⁴. Siguiendo esta línea, el gobierno de la época presentó indicaciones al proyecto, entre ellas, se buscó modificar el Art 314 en el sentido de eliminar todo tipo de indemnización en el ejercicio de la redistribución por parte de la DGA, la norma original rezaba “Los efectos ocasionados con la redistribución, no darán derecho a indemnización alguna”⁵ si bien, dicha disposición fue bien recibida por un sector, en general causó controversia, pues las limitaciones en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en caso de intervención del Estado, podrían significar una afectación al derecho en su esencia⁶, además, el objetivo de la indemnización, para este caso excepcional de redistribución de la DGA, sería resarcir cuando exista un error y éste beneficiara a un titular en desmedro de otros, no por el mero hecho de asegurar la subsistencia⁷.

Algunas posturas más extremas, apuntaron a que con la redistribución de la DGA, los usuarios de las juntas de vigilancias pasarían a ser meros espectadores y sin derecho a indemnización, sería como declarar al río en un estado de sitio⁸, cuestionándose de esa forma la constitucionalidad de la norma, pues todas las limitaciones al derecho de propiedad deben ser resarcidas.

Finalmente, se optó por mantener la figura de la indemnización, evidentemente para evitar conflictos de constitucionalidad y además, porque la finalidad del artículo 314 es salvaguardar el derecho humano al agua, pero si una vez que ello se ha logrado, no se hace un reparto equitativo beneficiando a un titular por sobre otro, se producirá un problema que el que se perjudicó a demandar una indemnización⁹. La DGA debe defender el consumo humano, pero si su ejercicio es negligente y causa perjuicio, podrá tener lugar una indemnización¹⁰.

Por lo tanto, en el supuesto del artículo 314, la indemnización no tendría lugar por una privación del derecho, entendida como expropiación de éste, sino que por defectos en la función de redistribución que siempre debe obedecer el mandato de la ley que consagra el derecho humano al agua¹¹.

De acuerdo con lo analizado y al tenor del propio artículo 314, la operatividad de la esta norma se traduciría en que, no procede indemnización alguna del Fisco cuando se haga una menor entrega de agua que la que le corresponda a cada usuario como consecuencia de haber priorizado el consumo humano, saneamiento y uso doméstico de subsistencia. Por el contrario, si la redistribución busca otros fines o bien, habiendo hecho la

4 Cámara de Diputados. Moción parlamentaria. 17 de marzo de 2011. Sesión 4ª, Legislatura 359ª, pp. 1-11. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7988/HLD_7988_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf [fecha de visita 06 de junio de 2022] p. 5.

5 Cámara de Diputados. Indicación Sustitutiva del Ejecutivo. 08 de septiembre de 2014. Oficio en Sesión 78. Legislatura 362ª, pp. 1-14. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7988/HLD_7988_f8ac76fb64482b83f173cc982789c184.pdf [fecha de visita 06 de junio de 2022] p. 12.

6 Cámara de Diputados. Informe de Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación. 20 de octubre de 2015. Sesión 87. Legislatura 363ª, pp. 1-15. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7988/HLD_7988_f1a0ad63af56380b5233d77bd3d1270e.pdf [fecha de visita 06 de junio de 2022] p. 148.

7 Cámara de Diputados (2015) 104.

8 Cámara de Diputados. Informe de Comisión de Agricultura. 21 de junio de 2016. Sesión 39. Legislatura 364ª, pp. 1-91. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7988/HLD_7988_d1ef0a5e8adaea66a33cc04b987d5ce2.pdf [fecha de visita 06 de junio de 2022] p. 31.

9 Senado. Informe de Comisión de Constitución. 02 de julio de 2021. Sesión 52. Legislatura 369ª, pp. 1-230. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7988/HLD_7988_364bb9fc4d9e8db1636e2c3f70f9819c.pdf [fecha de visita 06 de junio de 2022] p. 145.

10 Senado (2021) 155.

11 Senado (2021) 155.

priorización, respecto de la diferencia se entrega una proporción menor a cada usuario según su derecho, aquello sí haría al Fisco responsable de los daños causados en su actuar.

4.3.4. Suspensión de las atribuciones de las juntas de vigilancia y de los seccionamientos de las corrientes naturales

Llegado el punto en que no se produce acuerdo de redistribución, la DGA tomará el control de las aguas de cauces naturales, ella ejercerá la función que esencialmente les corresponde a las juntas de vigilancia, las que consecuentemente cesarán en sus funciones durante el periodo que dure la declaración de zona de escasez, pues carece de sentido que ellas sigan funcionando si no cumplen su principal rol.

En cuanto a los seccionamientos, sin quebrantar el principio de unidad de corriente que reconoce la continuidad de las corrientes naturales como un todo indivisible, desde su nacimiento hasta su desembocadura (Vergara, 1999, p. 362), el CAg los contempla con el solo fin de facilitar la administración del agua por parte de las juntas de vigilancias (en ningún caso constituir derechos sobre estos seccionamientos), para llevar a cabo su distribución, la que desaparece con la declaración de sequía severa, pues tendrá lugar la redistribución por parte de la DGA, entonces carece de sentido mantener vigente estas secciones, debido a esto, la DGA cuenta con esta atribución para suspenderlas.

4.3.5. Autorización de extracciones de aguas superficiales y subterráneas y ejecución de obras en sus cauces

En relación con la extracción de aguas, en principio, es una facultad que gozan exclusivamente los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas y en la cantidad que les corresponde según sus derechos, obtenidos en un procedimiento administrativo concesional, ya sea respecto de aguas superficiales o subterráneas.

Sin embargo, en época de sequía severa nuestro legislador otorga a la DGA con el poder para autorizar extracciones sin la necesidad de cumplir con mayores requisitos o respetar limitaciones, esto es, no se requiere contar con derechos de aprovechamientos constituidos, así como tampoco se exige respetar la figura del caudal ecológico mínimo de una fuente superficial para que los usuarios extraigan agua, en la medida que ésta se destine preferentemente a los usos de consumo humano, saneamiento o al uso doméstico de subsistencia, como pauta de acción que ha surgido con la nueva normativa.

Estas situaciones en periodo de normalidad o de sequía ordinaria serían contrarias a la ley y generarían graves consecuencias, incluso penales como la configuración del delito de usurpación de aguas (Art. 459 Código Penal) o la infracción administrativa de extracción ilegal de aguas, pero que atendidas las circunstancias extremas, resulta razonable conceder estas liberalidades, ya que la sequía severa supone un actuar rápido de la autoridad, incompatible con el tiempo que toma la ejecución de un procedimiento de concesión de derechos de aprovechamiento aguas.

Asimismo, los caudales mínimos regulados en el Art. 129 Bis 1 del CAg, constituyen instrumentos de gestión ambiental que fija una cantidad mínima de agua que debe fluir en la fuente superficial para asegurar la subsistencia de un ecosistema acuático, impone por ley una restricción a los derechos de aprovechamiento de agua, pues los usuarios no tienen permitido extraer agua de ese mínimo (Boettiger, 2013, p. 3), pero con ocasión de la sequía severa podría ser de suma necesidad utilizarlos, resultando una traba innecesaria ante el grave escenario.

De igual manera, para poder llevar a cabo las extracciones necesarias para satisfacer los usos prioritarios de las aguas, se permitirá ejecutar las obras que sean pertinentes para alcanzar estos fines, sin que para ello se requiera de las autorizaciones señaladas en el Título I del Libro II CAg, que establece normas que deben observarse para llevar a cabo procedimientos administrativos, en que los usuarios solicitan el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones. En concreto solicitudes de derechos de aprovechamientos, solicitud de construcción, entre otras.

Sin embargo, en época de sequía extraordinarias se atribuye a la DGA la potestad para conceder las autorizaciones que correspondan sin la necesidad de cumplir tales normas de procedimiento, en atención a la premisa con que debe fundar sus actuaciones, ya que aplicar estrictamente las normas de procedimiento podría conllevar demasiado tiempo, con las negativas consecuencias que ello puede significar.

4. Consideraciones finales del apartado

Del análisis hecho al artículo 314 CAg, podemos reconocer que las limitadas potestades de la DGA que observamos a propósito del mercado del agua, experimentan un considerable aumento en épocas de sequía severa, así lo ha dejado demostrado el catálogo de facultades que establece esta norma y que son una clara manifestación de intervención de la administración del Estado en una actividad privada y que en virtud de la Ley 21.435 le ha dado un sello social, al fijar como guía de actuación para la DGA el derecho humano al agua, significando un gran avance o herramienta para paliar los efectos de la sequía, marcado principalmente por las nuevas reglas de indemnización que liberan de una pesada carga al órgano administrativo, ya que antes, era precisamente la

indemnización surgida por una redistribución inequitativa, lo que constituía el gran obstáculo al momento de redistribuir o que derechamente significó la escasa aplicación de las potestades atribuidas por la norma.

Dicho de otra manera, era el gran defecto que adolecía esta disposición en comento, junto con la ausencia de reconocimiento de usos prioritarios, situaciones que vino a corregir la Ley 21.435 y que esperamos sea la puerta de entrada para que la DGA ejerza en plenitud las facultades que otorga el Art. 314, que es la norma que regula la sequía severa, y que dado a que se ha convertido en una situación estructural en nuestro país, no puede seguir existiendo en el código del ramo sin aplicación alguna. Sin embargo, admitimos que este optimismo puede verse frenado por la noción de mercado que no fue desechada por la nueva ley, que sigue privilegiando los acuerdos de los miembros de las juntas de vigilancia de los ríos, cuyos derechos ya constituidos, no han sido tocados.

5. Reconocimiento de los usos prioritarios del agua y Derecho Humano al agua y saneamiento

5.1. Usos prioritarios de las aguas y su incorporación al CAg

Como hemos podido constatar, el agua está destinada a ser utilizada en distintos ámbitos y para diversas acciones, siendo en algunos casos el empleo del agua irremplazable por otros elementos o componentes (Candival, 2015, p. 150). Todos estos usos pueden ser satisfechos en la medida que el agua es abundante, entonces, el problema se presenta en época de sequía en que se debe elegir a qué fin destinarla, naciendo así la necesidad de fijar reglas que establezcan el orden o prioridad en que se utilizará, es decir, establecer los usos prioritarios del agua, que pueden entenderse como aquellos que buscan como objetivo principal la satisfacción de necesidades indispensables para la vida y que por su naturaleza disminuyen mínimamente los caudales de agua (Martín y Pinto, 2015, p. 153).

Qué duda cabe que dentro de los referidos usos el que tiene mayor relevancia es el que dice relación con el consumo humano y saneamiento por sobre usos industriales o productivos, tal es su importancia que ha sido reconocido expresamente como un Derecho Humano. En concreto la Asamblea General de la ONU en el año 2010, recogiendo numerosos instrumentos sobre la materia, consagró que el "derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos"¹², materia que será profundizada en el siguiente apartado.

En nuestro país, la reciente entrada en vigencia de la Ley 21.435, incorporó expresamente en el 5 bis del CAg la figura de los usos prioritarios.

Téngase presente, que esto no es nuevo en Chile, pues existían norma de esta naturaleza en los Códigos de Agua de 1951 y 1969 que establecían un orden de preferencia a propósito de la multiplicidad de solicitudes de merced (antecedente de los derechos de aprovechamiento), es decir, cuando se presentaban varias solicitudes de concesión de merced respecto de unas mismas aguas, se otorgaba en atención al siguiente orden de prioridad: 1º Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales; 2º Usos domésticos y saneamiento de poblaciones; 3º Abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre; 4º Regadío; 5º Plantas generadoras de fuerza motriz o eléctricas; 6º Industrias, molinos y fábricas y; 7º Otros usos. En el CAg de 1969, este listado se redujo a los numerales 1º, 2º y 7º¹³ pero todo esto fue derechamente eliminado en el CAg de 1981, evidentemente por las limitaciones que significan a los derechos de aprovechamientos, contraria a la noción de mercado de este cuerpo legal.

Como un paliativo a la ausencia de normas que fijaran preferencias, con las modificaciones al CAg del año 2005, se incorporó el artículo 17 bis, que facultó al presidente de la República para denegar parcialmente una solicitud de concesión de derecho de aprovechamiento cuando ello resulte necesario para reservar el agua y destinarla al abastecimiento de la población (norma que sigue vigente, pero con ciertas modificaciones, especialmente, la facultad de denegar totalmente la solicitud). El problema se seguía produciendo cuando, una vez otorgada la concesión, no existía norma alguna que garantizara tal prioridad, ni siquiera como principio general en virtud del carácter público del agua (Martín y Pinto, 2015, p. 153).

De todas maneras, el artículo 27 CAg reconocía -y sigue reconociendo, incluso de forma más reglada- la posibilidad de expropiar derechos de aprovechamiento para satisfacer necesidades domésticas de la población, cuando no existan otros medios para obtener agua; pero la dificultad viene dada por los propios requisitos y presupuestos que deben observarse en materia de expropiación, que supone una indemnización, que como ya hemos venido analizando, se traduce en un límite para la autoridad al no disponer de recursos económicos, motivo por el cual, a la fecha, de acuerdo a la revisión pormenorizada de antecedentes públicos de la DGA y Ministerio de Obras Públicas, nunca se ha llevado a cabo una expropiación para estos fines.

En consecuencia, es evidente que la normativa era insuficiente, por ello, se hacía necesario y urgente una nueva regulación ante el crítico escenario de sequía que atravesamos. Entonces, en este punto y luego de más de diez años de discusión, se reconocen y regulan expresamente los usos prioritarios de las aguas, en virtud de las reformas al CAg del año 2022.

12 Asamblea General de las Naciones Unidas (2010). "El derecho humano al agua y el saneamiento". *Resolución 64/292*.

13 Artículo 30 CAg de 1950 y artículo 42 CAg de 1969.

Efectivamente, el Art. 5 bis dispone en el inciso primero: “Las aguas cumplen diversas funciones, principalmente las de subsistencia, que incluyen el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia; las de preservación ecosistémica, y las productivas”. De estos tres grandes grupos, el de subsistencia (Derecho Humano al agua), conforme a la priorización que contempla el inciso segundo de la norma, es el primero que debe asegurarse en caso de escasez, siendo una limitación a los derechos de aprovechamiento, tanto en su constitución como ejercicio, así como también una pauta a la que debe sujetarse la DGA en el ejercicio de la redistribución, una vez declarada la sequía severa, lo que se traduce en un importante herramienta, pues libera a la DGA de la gran carga de respetar exclusivamente el reparto equitativo con la consecuente indemnización, siendo este el quid de la cuestión planteada en esta investigación, como lo hemos venido desarrollando.

En relación las funciones de preservación ecosistémica, destinada a garantizar la biodiversidad y ecosistemas de aguas dulces (González, 2014, p. 36), y las productivas, que en nuestro país destaca la agricultura, minería, generación de energía, entre otras, se impone a la autoridad un actuar equilibrado y armónico entre ellas, pues si bien, en relación con la subsistencia, se encuentran en una menor jerarquía, sigue siendo igualmente importante satisfacerlas.

En síntesis, dentro de los fines a que puede ser destinada el agua, el más relevante es el consumo humano y saneamiento, que prevalece por sobre cualquier otro uso y que configura el derecho humano al agua y saneamiento, cuyo sentido, contenido y reciente reconocimiento expreso pasaremos a examinar a continuación.

5.2. Consagración del Derecho Humano al agua y saneamiento en el CAg y ordenamiento jurídico chileno

El derecho humano al agua y saneamiento –como un derecho social-, tiene su origen y formación especialmente en el ámbito internacional, pues su reconocimiento se ha concretado en diversos textos y declaraciones (Salas, 2011, p. 42), aun cuando no se ha regulado expresamente en una convención o tratado (Recabarren, 2016, p. 321).

A pesar de ello, su desarrollo ha sido vasto a través de un importante número de instrumentos internacionales, dentro de ellos destaca la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas del año 2002, que le dio estructura y contenido a este derecho, esencial para una vida digna y condición para el ejercicio de otros derechos¹⁴.

En relación con el derecho al agua, este contenido viene dado por la disponibilidad, entendida como la continuidad y suficiencia en el abastecimiento del agua; calidad, es decir, agua libre de contaminantes que puedan significar un peligro para la salud de las personas; accesibilidad, esto es que el abastecimiento pueda ser de fácil y económico acceso, sin discriminación (Recabarren, 2016, p. 336).

Además, se visibilizan las diversas dimensiones de este derecho, a saber, una objetiva, relativa al suministro regular de agua, que incluye obras de construcción e infraestructura para lograrlo y que debe ser asumido por el Estado; una subjetiva, que se vincula con la finalidad del derecho, esto es el consumo humano; una material o física, que significa que el agua sea suficiente y de calidad y; su dimensión igualitaria y no discriminatoria del derecho, propia de todos los derechos humanos (Recabarren, 2016, pp. 323-324).

En cuanto al saneamiento, la misma Observación N° 15, dispone que se trata un mecanismo para proteger la calidad de las reservas y recursos de agua potable, imponiendo a los Estados la obligación mantener servicios saludables para zonas rurales y urbanas vulnerables.

Fue en el año 2010 en que la ONU reconoció expresamente el derecho al agua y saneamiento como un verdadero derecho humano de contenido social, en la Resolución 69/292.

Desde una perspectiva nacional, tal como lo revisamos a propósito de los usos prioritarios, no existía un reconocimiento expreso de este derecho, ni en la Constitución, ni el CAg u otras leyes especiales, por lo tanto, la autoridad no tenía la obligación directa de garantizar en consumo humano y saneamiento, ni mucho menos existía una herramienta jurídica que lo garantizara -como el Recurso de Protección- o por lo menos resultaba difícil utilizarla. La única manera de tenerlo por reconocido y protegido era en virtud de interpretaciones a la Constitución, que llevan a sostener su vigencia en Chile por estar contenido en tratados internacionales.

Es decir, se trataba de un derecho consagrado implícitamente en la CPR, en virtud de la cláusula de reenvío contenido en el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, que hace vigentes los derechos contenidos en tratados internacionales que reconocen el Derecho al Agua que se encuentren ratificados y vigentes en nuestro país. Además, se entendía protegido por el artículo 20 CPR, en virtud del derecho a la vida (Art. 19 N° 1 CPR) y limitaba los derechos de aprovechamiento de aguas debido a la función social de la propiedad (Salas, 2011, pp. 48-49). Igualmente, algunos consideraban que estaba protegido al aplicar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Art. 19 N° 8 CPR), el problema es que el juez debía darle un contenido concreto, utilizando normas internas, que no existían o no siempre respondían a estándares internacionales (Ochoa, 2011, p. 222).

Sin lugar a duda, que estas interpretaciones sobre el Derecho Humano al agua fueron muy significativas, especialmente en relación con las posturas adoptadas por los tribunales superiores de justicia en el conocimiento de recursos de protección destinados a garantizar la disponibilidad, calidad y accesibilidad al agua, fundados -eso

sí- en el derecho a la vida. El problema, es que eran solo interpretaciones o posiciones no vinculantes, y en un sistema como el nuestro, donde el agua es un bien nacional de uso público, pero su uso es considerado un recurso económico, protegido por el derecho de propiedad, es una noción totalmente apartada del sentido del derecho humano al agua (Obando, 2011, p. 453).

Ante este escenario de incertidumbre, marcado por la noción de mercado y por la grave sequía que atravesamos, la reforma vino a consagrar expresamente en el inciso cuarto del Art. 5 CAg el derecho humano esencial e irrenunciable de acceso al agua potable y saneamiento, imponiendo al Estado de Chile el deber de garantizarlo.

Es de toda lógica pensar que el reconocimiento de esa titularidad, como derecho de contenido social y prioritario, es un profundo avance -en efecto lo es-, no obstante, queda pendiente la tarea de fijar la parte operativa del sistema, destinada a la satisfacción efectiva y material de ese derecho, de sobremanera en épocas de sequía severa, pero que por ser tan reciente aún no alcanza su pleno desarrollo en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, en lo que dice relación estrictamente con la sequía en su versión más extrema, tal como lo planteamos inicialmente, el reconocimiento del derecho humano al agua, en conjunto con la priorización de los destinos del agua y las profundas modificaciones al Art. 314, se levantan como valiosas herramientas que tendrá la DGA al momento de asumir su rol de interventor, pues ampliará sus facultades de redistribución, una vez que no prosperen los acuerdos de los miembros de las juntas de vigilancia, toda vez que no estará limitada por un reparto equitativo que respete los derechos de aprovechamiento, sino que por el contrario, estará amparada por este nuevo derecho.

6. Conclusiones

A lo largo de esta investigación, se ha hecho una descripción detallada del fenómeno de la sequía, desde sus distintas aristas, conceptualización, regulación jurídica y especialmente la institucionalidad operativa una vez que aquella se declara, así como las herramientas disponibles para enfrentarlas.

En virtud de todo lo anterior, podemos concluir lo siguiente:

1. La sequía es un fenómeno multifactorial que no va unida a la sola idea de ausencia de precipitaciones, esto hace posible la existencia de una gama de definiciones, todas ellas vinculadas con la temporalidad y la escasez, que serán consideradas a la hora de regular jurídicamente este fenómeno.

2. La regulación de la sequía en Chile supone una clasificación entre sequía ordinaria y severa, cada una sometida a un estatuto jurídico diverso, con distinta operatividad y efectos, siendo la sequía severa la que genera un mayor impacto por la gravedad que reviste. Dicha sequía requiere un decreto de zona de escasez que la declare y desde este momento se reactiva el rol del Estado quien, por medio de la DGA, asume una función interventora, en la medida que los usuarios titulares de derechos de aprovechamientos de aguas, no logren llegar a acuerdos de redistribución para el reparto de las aguas.

3. En relación con la sequía severa, ella encuentra su sustento en el Art. 314 CAg, profundamente modificado por la Ley 21.435, partiendo por la nueva denominación de sequía severa que vino a reemplazar a la llamada sequía extraordinaria, con el objeto de atribuirle un carácter más permanente y cualitativo. Asimismo, establece normas tendientes a regular los acuerdos de redistribución que deben presentar los usuarios para mantener el ejercicio de sus funciones. Si ello no prospera, será la DGA quien ejercerá la redistribución, fundando su actuar en la satisfacción del consumo humano, saneamiento y uso doméstico, es decir, en los denominados usos prioritarios de las aguas, figura recientemente incorporada, de vital relevancia, pues libera a la DGA de la carga de tener que hacer una redistribución equitativa basada exclusivamente en los derechos de aprovechamientos, donde un error o priorización trae como consecuencia el pago de una indemnización por parte del Fisco al usuario afectado, mientras que con la nueva legislación la indemnización solo procederá en caso negligencia cuando el agua sea destinada a otros fines y solo una vez hecha la priorización.

4. Es gracias a los usos prioritarios, en conjunto con el reconocimiento expreso del derecho humano al agua, que podemos dar respuesta a nuestro planteamiento y concluir que, las potestades de la DGA en materia de sequía severa cobran la fuerza que antes carecía, para paliar los nefastos efectos de la sequía, ello como muestra de la dimensión social y medioambiental que incorpora la nueva ley al CAg, donde antes que resguardar los intereses de particulares cuida a la población, principal afectada ante la escasez.

5. Sin embargo, a pesar del gran avance demostrado a lo largo de este trabajo en materia de sequía, no se puede desconocer que la reforma no ha sido capaz de superar la noción de mercado presente en el ordenamiento jurídico de las aguas, pese a su carácter de bien de uso público, lo que queda manifestado en el propio Art. 314 al dar tanta importancia a los acuerdos de privados; la mantención intacta de las normas relativas a las juntas de vigencias y el artículo transitorio segundo, que no toca los derechos de aprovechamiento ya constituidos, que representan casi la totalidad de las fuentes disponibles.

Referencias

- Acuña, A. y Salgado, A. (2022). El nuevo Código de Aguas de Chile: golpe de timón hacia la rectoría del Estado y el cuidado de la vida. *Instituto Mexicano de Tecnología del Agua*, 1-6.
- Antón, D. (2000). La sequía y los nuevos desiertos. En D. Antón y C. Delgado (Eds.), *Sequía en un mundo de agua* (pp. 53-66). Piringuazú Ediciones.
- Aranda Valenzuela, P. (2013). Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile y su marco regulatorio. *Revista de Derecho* (4), 105-122.
- Bauer, C. (2014). ¿La Ley del Péndulo? Conflictos de Agua y Gobernanza en Chile desde 2005. En *VII Jornadas de Derecho Ambiental* (pp. 637-670). Santiago: Thomson Reuters.
- Bermúdez, J. (2014). *Derecho Administrativo General* (3ª ed.). Thomson Reuters-La Ley.
- Boettiger, C. (2013). Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos. En *Actas de Derecho de Aguas*. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1-12.
- Bonilla, C. (1999). Causas, consecuencias y mitigación de sequías en Chile. *Revista de Derecho Administrativo y Económico*, 1 (2), 341-345.
- Brown, E. (2005). Sistema de administración de aguas en Chile. *Administración del agua en América Latina: situación actual y perspectivas*. (90), 13-31. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/10662/6282/1/S053163_es.pdf
- Cámara de Diputados. Moción parlamentaria. 17 de marzo de 2011. Sesión 4ª, Legislatura 359ª, 1-11.
- Cámara de Diputados. Indicación Sustitutiva del Ejecutivo. 08 de septiembre de 2014. Oficio en Sesión 78. Legislatura 362ª, 1-14.
- Cámara de Diputados. Informe de Comisión de Agricultura. 21 de junio de 2016. Sesión 39. Legislatura 364ª, 1-91.
- Cámara de Diputados. Informe de Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación. 20 de octubre de 2015. Sesión 87. Legislatura 363ª, 1-138.
- Celume, T. (2011). *Consideraciones Jurídicas y Económicas en la configuración de la publicación de las aguas en Chile*. [Tesis doctoral]. Universidad de Salamanca. <https://repositorio.usal.es/handle/10366/115573>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002). Observación General N° 15: el derecho al agua. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf>
- Dirección General de Aguas (2016 a). Atlas del agua, capítulo 1. <https://dga.mop.gob.cl/DGADocumentos/Atlas2016parte1-17marzo2016b.pdf>
- Dirección General de Aguas (2016 b). Atlas del agua, capítulo 2. <https://dga.mop.gob.cl/DGADocumentos/Atlas2016parte2-17marzo2016b.pdf>
- Donoso, G. (2003). *Mercados de agua: Estudio de caso del Código de Aguas de Chile de 1981*. Facultad de Agronomía e Ingeniería Forestal, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Echeverría, F. (2013). Autogobierno de las organizaciones de usuarios y Rol subsidiario del Estado. *Actas de Derecho de Aguas*, 201-217.
- Fernández, B. (1999). La sequía desde el punto de vista hidrológico. En A. Norero y C. Bonilla (Eds.), *La sequía de Chile: causas, consecuencias y mitigación* (pp. 35-46). Ediciones Facultad de Agronomía e Ingeniería Forestal, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- González, J. (2014). *El acceso al agua potable como derecho humano*. Editorial Club Universitario.
- Huerta, C. (2005). La intervención administrativa en el Estado contemporáneo. En D. Cienfuegos (Ed.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz: Derecho Administrativo* (pp. 117-148). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Jaeger, P. (2003). Chile. En H. Garduño (Ed.), *Administración de Derechos de Agua. Experiencias, Asuntos relevantes y lineamientos*. (pp. 207-241). Estudios legislativos de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación.
- Martín, L. y Pinto, V. (2015). Escasez extraordinaria y Derecho de aguas. *Revista de Derecho Administrativo y Económico*, 20, 147-164.
- Núñez, J. (2013). *Chile a secas: vulnerabilidad chilena frente a la sequía y déficit hídrico extremo desde el interfaz ciencia-política*. Documentos de Trabajo 15, Instituto de Políticas Públicas UDP. Santiago. shorturl.at/hQW78
- Orlando, L. (2011). El Derecho Humano al Agua desde la Perspectiva del Derecho Internacional y del Derecho Interno. En H. Noguera (Ed.), *Dogmática y Aplicación de los Derechos Sociales* (pp. 439-463). Santiago: Librotecnia.
- Ochoa, F. (2011). Algunas reflexiones en torno al derecho al agua, en especial sobre su recepción y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico chileno. *Derecho y Humanidades, Universidad de Chile*, 20, 213-226.
- Recabarren, O. (2016). El estándar del Derecho de Aguas desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del medio ambiente. *Constitucionales, Universidad de Talca*, 14(2), 305-346.
- Rojas, C. (2003). La distribución de aguas por las juntas de vigilancia. *Revista de Derecho Administrativo y Económico*, 2, 317-326.

- Rojas, C. (2016). *La distribución de las aguas. Ordenación y servicio público en la administración hídrica y en las juntas de vigilancia de ríos*. Thomson Reuters-LegalPublishing.
- Salas, C. (2011). El Derecho Humano al agua: estructura y consecuencias jurídicas. En *Actas de Derecho de Aguas* (Vol. 1, pp. 41-56). Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Sandoval, M. (2015). Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: Propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada. *Revista Justicia Ambiental*, VII (7), 133-162.
- Senado. 21 de agosto, 2017. Sesión N° 52, Legislatura N° 369, Informe de Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado, 1-129.
- Senado. Informe de Comisión de Constitución. 02 de julio de 2021. Sesión 52. Legislatura 369, 1-230.
- Senado. Informe de Comisión de Constitución. 02 de junio de 2021. Sesión 52. Legislatura 369, 1-203.
- Vergara, A. (1999). El Derecho de la sequía: la redistribución de aguas. *Revista de Derecho Administrativo y Económico*, 1(2), 361-379.
- Vergara, A. (2011a). Sistema y autonomía del Derecho de Aguas. En *Actas de Derecho de Aguas* (Vol. 1, pp. 57-78). Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Vergara, A. (2015). *Crisis institucional del Agua. Descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia, necesidad de Tribunales especiales*. Ediciones universitaria Universidad Católica de Chile.
- Wilhite, D. y Glantz, M. (1985). Understanding the Drought Phenomenon: *The Role of Definitions*. Drought Mitigation Center Faculty Publications (20).

RETRACTED ARTICLE