ECO-REFLEXIONES

PROGRAMA EN DERECHO, AMBIENTE Y CAMBIO CLIMÁTICO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Vol. 1 - N° 4 / Julio 2021 ISSN 2735-6736

Autora

Dra. Verónica Delgado Schneider

Abogada de la Universidad de Concepción. Doctora en Derecho por la Università Tor Vergata (Roma-Italia). Directora del Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático (DACC), de la Universidad de Concepción.
vedelgado@udec.cl

Increíble pero cierto: La medida de reducción temporal de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas sigue como "letra muerta" en el Código de Aguas en Chile

Resumen

En el Código de Aguas existen varias medidas específicas que constituyen restricciones o limitaciones a la explotación de aguas subterráneas en nuestro país. La presente reflexión se centrará únicamente en la medida de reducción temporal de los derechos de aprovechamiento, por dos razones: La primera, pues es la única que realmente podría "afectar" al ejercicio de derechos de aprovechamiento constituidos sobre aguas subterráneas, dado que las otras medidas (áreas de restricción y zonas de prohibición), sólo implican que la autoridad no puede otorgar nuevos derechos. Y, en segundo lugar, porque si bien ella existe desde el año 2005, fue objeto de una reforma el año 2018 para hacerla operativa, pues nunca se había podido aplicar. A tres años de dicha reforma, ella todavía es "letra muerta". El problema no era la ley.

I. Introducción

Ad portas de la redacción de una Nueva Constitución en Chile, uno de los temas más relevantes es el del agua. Si se revisan las propuestas de los convencionales constituyentes y de distintos centros de estudios, existe consenso en que ambiente y agua deben tener una nueva regulación, pues la actual ha sido insuficiente. Coincido con dicha conclusión y he propuesto varios cambios para superar esta situación, para lo que resulta fundamental reflexionar en torno a que, en los últimos 40 años, bajo el amparo de la Constitución de 1980 y el Código de Aguas de 1981, si bien el agua es reconocida como un bien nacional de uso público, sobre ella, el Estado puede otorgar a quien lo solicite un derecho de aprovechamiento de aguas para extraerla de manera exclusiva, gratuita y perpetua, pudiendo también disponer

de dicho derecho con plena libertad (para venderlo, arrendarlo, etc.), y ejercitarlo también con plena libertad, sin mayores limitaciones, ni siquiera respetando usos prioritarios, cuando el agua escasea.

Y aquí el punto que estas líneas quieren abordar ¿Realmente no existen limitaciones u obligaciones al ejercicio de estos derechos de aprovechamiento ya otorgados? ¿Ni siquiera en el contexto de escasez y sequía que afecta a varias zonas del país?

Pero antes, partamos por una primera pregunta esencial ¿Se pueden imponer legalmente limitaciones, obligaciones o restricciones a estos derechos? Y si ello es así, ¿cuáles son?

La primera pregunta se contesta afirmativamente. En efecto, si bien es cierto la Constitución garantiza la "propiedad" privada de estos derechos, lo que significa que no se pueden afectar en su esencia sin indemnización al afectado; no es menos cierto que la misma Constitución permite que, por ley (en el Congreso Nacional) se puedan imponer limitaciones, obligaciones o restricciones al dominio de cualquier cosa (corporal o incorporal) para proteger el medio ambiente (art. 19 nº 8 inciso 2º), o derivada de la función social implícita en toda propiedad, cuando se quiera conservar el patrimonio ambiental (art. 19 nº 24 inciso 2º). Demás está decir que el agua es parte del medio ambiente y, en consecuencia, resulta constitucional imponer —por ley— limitaciones, obligaciones o restricciones en el ejercicio de los derechos de agua.

De esta manera, la primera pregunta ha sido contestada: se puede. Entonces pasemos a la segunda: ¿Cuáles son estas obligaciones, limitaciones o restricciones? Muy pocas. En estos 40 años no hemos sido capaces de dictar en el Congreso Nacional, leyes que se hagan cargo de los problemas hídricos que nos afectan, salvo contadas excepciones. Si nos centramos en las aguas subterráneas, en el año 1992 se prohibió extraer aguas subterráneas de ciertos ecosistemas valiosos del norte del país.[1] En la discutida reforma del año 2005,[2] se introdujeron algunos cambios menores para la sostenibilidad de las aguas subterráneas que veremos a continuación. Y en la reforma del 2018[3] recién se lograron obligaciones a los privados dueños de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas para medir cuánto extraen, información esencial para cualquier planificación y gestión adecuada de una cuenca, medida que aún no está operativa en la mayor parte del país. En fin, el año 2020 se votó la reforma constitucional para reconocer el derecho humano al agua y se rechazó la idea de legislar.[4] Y todavía está pendiente reforma al Código que pretende imponer límites temporales, obligaciones ambientales, etc.

Pues bien, en el recientemente publicado libro titulado "El modelo chileno de regulación de las aguas subterráneas: críticas desde el derecho ambiental y las ciencias ambientales" he

[1] Mediante la Ley N° 19.145, 1992.
[2] Mediante la Ley N° 20.017, 2005.
[3] Mediante la Ley N° 21.064, 2018.
[4] Proyecto de Ley, Boletín N° 6124-09.

dedicado un capítulo completo[5] al análisis de las medidas que constituyen restricciones o limitaciones a la explotación de aguas subterráneas en nuestro país, incluyendo la declaración de sequía extraordinaria que afecta a las aguas terrestres en general. La presente reflexión se centrará únicamente en la medida de reducción temporal de los derechos de aprovechamiento, por dos razones: La primera, pues es la única que realmente podría "afectar" al ejercicio de derechos de aprovechamiento constituidos sobre aguas subterráneas, dado que las otras medidas (áreas de restricción y zonas de prohibición), sólo implican que la autoridad no puede otorgar nuevos derechos; y el área de protección de las captaciones implica sólo que otro no pueda extraer agua en ella y es incluso renunciable. Y, en segundo lugar, porque si bien ella existe desde el año 2005, fue objeto de una reforma el año 2018 para hacerla operativa, pues nunca se había podido aplicar.

II. La reducción temporal del ejercicio de derechos de aguas subterráneas y la reforma de 2018

La reducción temporal del ejercicio de los DAA subterráneos, está regulada en el art. 62 del CA, desde la versión original del Código de 1981. Y dicha regulación, se complementa con el art. 29 del actual Reglamento. Ella consiste, en síntesis, que en determinadas causales, la Dirección General de Aguas, puede establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos. En otras palabras, los titulares no podrán seguir ejerciendo sus derechos en la cantidad que lo hacían, pues mediante un esfuerzo colectivo, la autoridad podrá reducir, de manera temporal (mientras exista el problema) el ejercicio de estos derechos.

Pues bien, esta norma desde el año 1981 no se aplicó nunca.[6] Y por ello fue modificada en enero de 2018 mediante la ley N°21.064, introduciendo cambios —según se aprecian en la tabla siguiente— que esperábamos permitieran que la medida se aplicara realmente en la práctica y que, además, ella mire no sólo para resguardar el aprovechamiento del agua como objeto de derechos de los particulares, sino más bien, como un bien de aprovechamiento común, cuya gestión debe asegurar su sustentabilidad:

[5] DELGADO Verónica, "Restricciones o limitaciones a la explotación de las aguas subterráneas en Chile: un modelo ambiental insuficiente en un contexto de cambio climático", en: DELGADO, Verónica; ARUMÍ, José Luis, *El modelo chileno de regulación de las aguas subterráneas: críticas desde el derecho ambiental y las ciencias ambientales,* Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, Capítulo IV, pp. 153-198.

[6] Solicitud Ley de Transparencia, N° DGANC-1309, de 5 de septiembre de 2019. Respuesta a la consulta de fecha 25 de septiembre de 2019. Expresamente la DGA informó lo siguiente "en relación a su requerimiento, informo a usted que a la fecha, no se ha utilizado la facultad consultada, razón por la cual no es posible enviar antecedentes relacionados al mismo".

Texto anterior (vigente desde 1981)	Texto reformado (Ley N° 21.064)
Artículo 62. Si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos. Esta medida quedará sin efecto cuando los solicitantes reconsideren su petición o cuando a juicio de dicha Dirección hubieren cesado las causas que la originaron.	Artículo 62. Si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios **afectare la sustentabilidad del acuífero u** ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, **de oficio** o a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos, **mediante resolución fundada**. Esta medida quedará sin efecto cuando los solicitantes reconsideren su petición o cuando a juicio de dicha Dirección hubieren cesado las causas que la originaron.

Fuente: elaboración propia

De lo transcrito se evidencian claramente los tres cambios incorporados en la norma: en primer lugar, se agrega que esta medida puede ser decretada "de oficio" por la DGA, y no solamente a petición de parte, que era seguramente una razón importante, o "la razón", para no haberle dado aplicación hasta ahora;[7] y, en segundo lugar, a la causal de procedencia de ocasionar perjuicios a otros titulares de DAA, se agrega otra: que la explotación de algunos usuarios afecte la "sustentabilidad del acuífero". Por último, el tercer cambio es que la resolución de la autoridad debe ser fundada.

Las reformas fueron importantes. Respecto a la nueva causal referida a la afectación de la sustentabilidad del acuífero, el avance en protección ambiental es evidente, pues se trata de una causal amplia, general y anclada en la consideración del agua como bien común y no sólo de interés particular de quienes tienen derecho a extraer agua de él. Y por ello, coherentemente, la autoridad puede actuar de oficio. De esta manera, aunque nadie alegue un perjuicio privado a la explotación de las aguas, la autoridad podrá decretarla, de oficio, fundada

[7] Posterior a la reforma, RIVERA en una columna de opinión señala que: "Ahora, la reducción temporal puede ser declarada de oficio por la Dirección General de Aguas (DGA). Antes de la reforma de enero de 2018 sólo procedía ante la petición de uno o más afectados. Eso hizo que nunca se implementara esta medida, pues también el peticionario sería alcanzado por la reducción determinada por la DGA, lo que evidentemente desincentivaba toda posibilidad de uso de esta herramienta. Con las nuevas reglas esta situación podría variar, aplicándose esta especie de prorrateo en la utilización de aguas subterráneas".
RIVERA, Daniela, "¿Qué hay de nuevo en la regulación de aguas subterráneas? Reforzamiento de la potestad de la DGA de reducir temporalmente el ejercicio de derechos de aprovechamiento", El Mercurio Legal, http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/06/14/que-hay-de-nuevo-en-la-regulacion-de-aguas-subterraneas-reforzamiento-de-la-potestad-de-la-dga-de-reducir-temporalmente-el-ejercicio-de-derechos-de-aprovechamiento.aspx, consultada el 6 de julio de 2019.

en que la explotación de algunos está afectando la sustentabilidad del acuífero. El cambio era necesario pues si decretar la medida implica una reducción en el ejercicio de los derechos que se están ejercitando, difícilmente ello será solicitado por esos mismos titulares.

Así, la norma vigente considera dos causales que son desarrolladas por el Reglamento, que pasamos a revisar:

1. Primera causal: Que la explotación de algunos usuarios cause perjuicios a otros usuarios.

El Reglamento,[8] en su art. 29, precisa que "se causa perjuicio a otros usuarios" cuando:

> a) Se demuestre que la explotación de derechos de aguas subterráneas en un Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común impide la extracción de al menos un 15% del caudal instantáneo constituido, considerando para ello el indicado en los títulos de los derechos de aprovechamiento de aguas.
>
> b) Se demuestre que dos o más extracciones de aguas subterráneas producen interferencia[9] de tal magnitud que afecten directamente a dos o más derechos de aprovechamiento de aguas, generando con ello una disminución de su capacidad de extracción en relación al caudal instantáneo señalado en sus títulos, en una proporción igual o superior al 15%.
>
> c) Se compruebe que la explotación de algunos usuarios "está produciendo contaminación o una alteración significativa de la calidad de las aguas" en parte o todo el SHAC.

Como se advierte de la norma legal y su par reglamentaria, el "perjuicio" a los otros titulares de derechos es un requisito fundamental para aplicar la medida de reducción temporal de los derechos. Revisados los casos que considera el Reglamento, es evidente que este perjuicio se asocia básicamente a la "disponibilidad" del agua. La tercera hipótesis del Reglamento (relacionada a la calidad del agua), que había sido tildada de ilegal por abarcar un aspecto que el Código no consideraba, puede entonces ahora asociarse más bien a la nueva causal agregada en la reforma del año 2018, esto es, que se "afecte la sustentabilidad del acuífero".

Si analizamos aquí entonces sólo los dos primeros casos, se trata pues de problemas de disponibilidad (de cantidad de agua) que la explotación de algunos titulares causa a otros pozos vecinos relacionados. La explotación de algunos provoca que haya menos caudal disponible o interferencia y, por ello, la doctrina los califica como problemas "locales"[10] entre titulares de

[8] Decreto Supremo N°203, Aprueba Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas, 2014.

[9] Artículo 54 del Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas, 2014: "Para todos los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: (…) c) Interferencia: Efecto sobre los patrones de flujo de una interacción o interrelación entre dos fuentes de agua, producto de la explotación de una de las fuentes.

[10] Autores que destacan lo local, por ejemplo, ARÉVALO indicaba que podía advertirse de que la reducción temporal del ejercicio de los DAA era una medida que se "encuentra referida a situaciones de carácter local y su finalidad es la de resguardar el interés general comprometido en la conservación de los recursos hídricos subterráneos

derechos de agua cercanos. Y ante estos problemas, la autoridad ordena la reducción, por un tiempo, a prorrata, del ejercicio de estos derechos.

2. Segunda causal (nueva): Que la explotación de algunos usuarios afecte la sustentabilidad del acuífero

Se trata de una causal amplísima, que deberá desarrollarse en una nueva versión del Reglamento. Por ahora, como mínimo, procederá la medida cuando se compruebe que la explotación de algunos usuarios "está produciendo contaminación o una alteración significativa de la calidad de las aguas" en parte o todo el Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común (art. 29 letra C, del Reglamento).

Debemos entender que existe contaminación en Chile, cuando se supera una determinada norma de calidad, pero si ella no se ha dictado aún, también habrá contaminación cuando haya presencia de un contaminante que sea gravemente nocivo o que implique riesgos ciertos a la vida, salud, conservación de los ecosistemas, etc.[11]

Sin embargo, según el tenor literal de la norma reglamentaria, también podría decretarse la medida de reducción temporal de los derechos, cuando la explotación del agua por algunos, "altere" de manera "significativa" la calidad de las aguas, aún cuando no pueda hablarse de contaminación.

El contenido concreto de esta causa debiera por cierto ser desarrollada de mejor forma en una actualización del Reglamento para determinar qué otras hipótesis cubre, sin perjuicio que esta omisión no debiera impedir su aplicación práctica.

III. El escenario actual: la norma ha mejorado, pero siguen problemas en su aplicación

Si a esta nueva causal, de corte ambiental, agregamos que la nueva redacción de la norma, permite a la autoridad actuar "de oficio", vemos que el modelo avanza hacia la dirección correcta, donde el Estado debe velar por la gestión sustentable de un bien nacional de uso público, como son nuestras aguas subterráneas. También aquí, entonces, la reforma del año

existentes en un determinado sector". ARÉVALO, "Reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento", en: VERGARA, Alejandro (dir.), *Código de Aguas Comentado, Doctrina y Jurisprudencia*, Legal Publishing, 2011, 237. En el mismo sentido MUÑOZ que asevera que esta limitación se refiere a "situaciones de carácter local". MUÑOZ, Jaime, "Gestión de acuíferos. Disponibilidad técnica y jurídica de aguas subterráneas", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 1999, N°2, p. 321. Asimismo, GALLARDO para quien "esta medida constituye un reconocimiento legal del carácter sistémico de los acuíferos, y de la influencia entre captaciones vecinas, lo que permite definirla como una medida de carácter local". GALLARDO, Silvia, "Medidas que limitan la explotación de aguas subterráneas y su aplicación práctica", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2002, N° 1, p.265.

[11] En este punto, es importante considerar la sentencia del Tribunal Constitucional, en virtud del cual, mientras el país no cuente con normas de calidad, existen dos casos en que igual se podría sostener que hay contaminación siempre que: a) se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o a la preservación de la naturaleza, o bien; b) que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante. Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 26 de abril de 2007, Rol Nº577-06, considerando decimotercero.

2018, fortalece el rol del Estado y es coherente con otros cambios realizados especialmente en las atribuciones y deberes de la autoridad.[12] Por lo demás, la autoridad puede, de oficio, decretar medidas más estrictas, como lo son las áreas de restricción y zonas de prohibición.

En suma, y si bien hemos criticado fuertemente la redacción actual en otros aspectos (por ser sólo una facultad, por no tener dimensión preventiva etc.), lo cierto es que indiscutiblemente implica un avance a la regulación que existía desde 1981.

Sin embargo, no se comprende lo que ha pasado tras la reforma. Es increíble pero cierto: la medida de reducción temporal de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, la única que impone limitaciones, sigue como "letra muerta". Transcurridos varios años desde la reforma del año 2018, esta facultad a la fecha todavía no ha sido aplicada por la autoridad, así lo logramos constatar en base a información solicitada por la Ley de Transparencia, en julio de 2021, en que la propia DGA señaló: "...podemos informar que a la fecha no se ha utilizado esta facultad".[13]

IV. Conclusiones

Si el Ejecutivo puede ahora actuar de oficio, para reducir derechos de aprovechamiento por razones ambientales, y existen tantos casos de acuíferos con problemas de sustentabilidad en el país, en lo que resulta ser la peor sequía de los últimos años por la que atravesamos, cabe preguntarse entonces ¿Cuál es el problema "ahora" para que no se aplique la norma? ¿O estamos, en realidad, frente al mismo problema de siempre?

Pareciera ser que ha primado el no afectar el derecho de propiedad de unos pocos, en desmedro del bien común, pese a que existe claramente hoy un mandato del legislador de custodiar la sustentabilidad de los acuíferos para que no se agoten y contaminen. Existe, pues, un abandono de los deberes de la administración y de la función pública que, aparentemente, por cuestiones políticas o ideológicas, se abstiene de ejercer su labor.

[12] De acuerdo a VALENZUELA y SILVA tras la reforma, estas "facultades extraordinarias" de la DGA serían armónicas, con la modificación del artículo 299 del Código de Aguas, que faculta a la DGA para impedir las extracciones ilegales, aun cuando estén dentro de la jurisdicción de una Junta de Vigilancia. Véase en VALENZUELA, Christian; SILVA, Agustín, "Mercados de aguas para la sustentabilidad: una oportunidad para desencadenar necesarias reformas legales y políticas públicas pro reasignación del recurso", en: COSTA, Ezio; MONTENEGRO, Sergio; BELEMMI, Victoria (eds.), *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas,* DER Ediciones, 2019, p. 84. El nuevo rol de la DGA en las extracciones ilegales de agua es un capítulo especial de este libro.

[13] Solicitud por ley de transparencia a la DGA (AM006T0003149), con fecha 25 de junio de 2021: "Solicito información sobre lo siguiente: 1.¿Ha utilizado la Dirección General de Aguas la facultad del artículo 62 del Código de Aguas, para establecer la reducción temporal del ejercicio de derechos de aprovechamientos? 2. Si ha utilizado la facultad de art. 62 ¿Cuántos casos han sido y cuáles? 3. De existir resoluciones que ordenen la reducción temporal, solicito el envío de ellas". La respuesta fue enviada con fecha 1 de julio de 2021, he indica: "En relación a su requerimiento, podemos informar que a la fecha no se ha utilizado esta facultad".

Finalmente, se debe advertir que esta norma sufre cambios importantes en el proyecto de reforma al Código de Aguas que actualmente se discute en el Congreso Nacional, pero no necesariamente estos cambios aseguren su aplicación futura.

Bibliografía

ARÉVALO, "Reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento", en: VERGARA, Alejandro (dir.), *Código de Aguas Comentado, Doctrina y Jurisprudencia*, Legal Publishing, 2011.

DELGADO Verónica, "Restricciones o limitaciones a la explotación de las aguas subterráneas en Chile: un modelo ambiental insuficiente en un contexto de cambio climático", en: DELGADO, Verónica; ARUMÍ, José Luis, *El modelo chileno de regulación de las aguas subterráneas: críticas desde el derecho ambiental y las ciencias ambientales,* Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, Capítulo IV, pp. 153-198.

GALLARDO, Silvia, "Medidas que limitan la explotación de aguas subterráneas y su aplicación práctica", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2002, N° 1, p.265.

MUÑOZ, Jaime, "Gestión de acuíferos. Disponibilidad técnica y jurídica de aguas subterráneas", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 1999, N°2, p. 321.

RIVERA, Daniela, "¿Qué hay de nuevo en la regulación de aguas subterráneas? Reforzamiento de la potestad de la DGA de reducir temporalmente el ejercicio de derechos de aprovechamiento", El Mercurio Legal, http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/06/14/que-hay-de-nuevo-en-la-regulacion-de-aguas-subterraneas-reforzamiento-de-la-potestad-de-la-dga-de-reducir-temporalmente-el-ejercicio-de-derechos-de-aprovechamiento.aspx, consultada el 6 de julio de 2019.

VALENZUELA, Christian; SILVA, Agustín, "Mercados de aguas para la sustentabilidad: una oportunidad para desencadenar necesarias reformas legales y políticas públicas pro reasignación del recurso", en: COSTA, Ezio; MONTENEGRO, Sergio; BELEMMI, Victoria (eds.), *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas,* DER Ediciones, 2019.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional, Sentencia de fecha 26 de abril de 2007, Rol Nº577-06.

Otros documentos

Respuesta a Solicitud por Ley de Transparencia N° DGANC-1309, 25 de septiembre de 2019.

Respuesta a Solicitud por Ley de Transparencia N°AM006T0003149, 1 de julio de 2021.

Solicitud por Ley de Transparencia, N° DGANC-1309, 5 de septiembre de 2019.

Solicitud por Ley de Transparencia, N°AM006T0003149, 25 de junio de 2021.

Eco-Reflexiones
Vol.1 - N°4

ISSN 2735-6736

Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático
Universidad de Concepción

Julio 2021
Concepción, Chile.

Cómo citar esta publicación:
DELGADO SCHNEIDER, Verónica, "Increíble pero cierto: La medida de reducción temporal de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas sigue como 'letra muerta' en el Código de Aguas en Chile", *Eco-Reflexiones,* Vol.1, N°4, 2021.