

Foro de Actualidad

Latinoamérica

LA FUNCIÓN DE SUBSISTENCIA DE LAS AGUAS COMO UNO DE LOS NUEVOS EJES DEL CÓDIGO DE AGUAS CHILENO

Sergio Jaque

Asociado Grupo Recursos Hídricos de Chile

La función de subsistencia de las aguas como uno de los nuevos ejes del Código de Aguas chileno

El Código de Aguas ("CA") históricamente reguló cuestiones de índole sectorial, sin adentrarse mayormente en temas asociados al consumo humano, al saneamiento y al uso doméstico de subsistencia (función de subsistencia), siendo catalogado como una norma jurídica de orden productivista, desarrollada en gran parte al alero de la agricultura, con un foco principalmente destinado al otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) y a cómo estos se podían ejercer adecuadamente por parte de sus titulares. Producto de la reciente reforma al CA se introdujo en dicho cuerpo legal un completo estatuto jurídico asociado a la función de subsistencia de las aguas, asignándole —desde luego— una prioridad sobre las otras funciones de las aguas, como la ecosistémica y la productiva.

PALABRAS CLAVE:

CÓDIGO DE AGUAS CHILENO, DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS, AGUAS SUBTERRÁNEAS, AGUAS SUPERFICIALES.

The role of water subsistence as a new central feature of the Chilean Water Code

The Water Code historically regulated industry sector matters, avoiding major issues associated with human consumption, sanitation and subsistence domestic use (subsistence function). It was classed as a productivist regulation, developed largely under the auspices of agriculture and focused mainly on granting and exercising water use rights.

KEYWORDS:

CHILEAN WATER CODE, WATER USE RIGHTS, GROUNDWATER, SURFACE WATER.

FECHA DE RECEPCIÓN: 11-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15-9-2023

Jaque, Sergio (2023). La función de subsistencia de las aguas como uno de los nuevos ejes del Código de Aguas chileno. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 189-194 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El Código de Aguas (“CA”) históricamente reguló cuestiones de índole sectorial, sin adentrarse mayormente en temas asociados al consumo humano, al saneamiento y al uso doméstico de subsistencia (función de subsistencia). Fue catalogado como una norma jurídica de orden productivista, desarrollada en gran parte al alero de la agricultura, con un foco principalmente destinado al otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) y a cómo estos se podían ejercer adecuadamente por parte de sus titulares (incluida su protección frente a terceros). El Código contemplaba figuras como el traslado del ejercicio de los DAA, la imposición de servidumbres de acueducto, la posibilidad de cambiar el uso de los DAA sin que mediara una autorización administrativa, la existencia de instrumentos de gestión hídrica como las áreas de restricción y zonas de prohibición (aguas subterráneas) y declaraciones de agotamiento (aguas superficiales), etc.

Solo algunas normas abordaban la función de subsistencia de las aguas, sin que existiese un tratamiento orgánico y sistematizado que le diera un sustento legal a la mencionada función, ni mucho menos un principio general que la reconociera. En la práctica, esto significó que fuesen los Tribunales Superiores de Justicia los encargados de ir configurando la mencionada función, principalmente a propósito del derecho humano al agua, ampliamente reconocido a nivel internacional.

Producto de la reciente reforma al CA (Ley N.º 21.435 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile* de 6 de abril de 2022 [“Reforma”]) se introdujo en dicho cuerpo legal un completo estatuto jurídico asociado a la función de subsistencia de las aguas, asignándole —desde luego— una prioridad sobre las otras funciones de las aguas, como la ecosistémica y la productiva. Se reforzaron, además, las normas preexistentes y se reguló en detalle el modo de asegurarlas.

En el presente foro se expondrán las normas que existían antes de la Reforma y aquellas que configuran el mencionado estatuto, relevando la importancia de estas en un escenario de extrema sequía que afecta hace más de una década al país.

2. Normativa previa a la reforma

Como se mencionó, antes de la Reforma existían solo algunas normas que podían asociarse a la función de subsistencia de las aguas, relacionadas con:

- i. La expropiación de derechos de aprovechamiento de aguas para satisfacer menesteres domésticos de una población, por no existir otros medios para obtener el agua (art. 27).

- ii. La posibilidad de cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque de ello resultara menoscabarse el agua de que se alimentara algún otro pozo (art. 56). Es importante hacer presente que esta norma se refiere a las aguas subterráneas y que no existía una norma similar para las aguas superficiales.
- iii. La posibilidad de reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua, mediante la denegación de solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas en trámite, facultad radicada en el presidente de la República, con informe de la Dirección General de Aguas ("DGA") (art. 147 bis).
- iv. La declaración de zonas de escasez hídrica por parte del presidente de la República, que permitía a la DGA redistribuir las aguas de una determinada fuente hídrica con el objeto de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía, en caso de que las organizaciones de usuarios no hubieran llegado a un acuerdo. Si bien esta norma estaba concebida de manera general, en algunos casos se aplicó para asegurar el suministro de agua potable y consumo humano para parte importante de la población de la zona central de Chile (art. 314).
- v. La distribución de aguas en cauces en que no se hubieran constituido organizaciones de usuarios (art. 315).

Cabe destacar que muchas de estas normas se aplicaron en contados casos en que, producto de la extrema sequía, se recurrió a ellas. Además, se generaron algunas discusiones sobre su alcance e interpretación, lo que puede explicar que la autoridad las aplicara con cierto recelo y en pocas ocasiones, pese a su evidente necesidad.

3. Normativa post reforma

Como antes de la Reforma solo existían un puñado de normas que directa o indirectamente podían asociarse a la denominada función de subsistencia de las aguas, sin que se contara con un principio general que reflejara su importancia, ni tampoco con instrumentos de gestión hídrica que la privilegiarían —principalmente— frente a los usos productivos del agua, tanto en el otorgamiento de nuevos DAA como al momento de limitarlos, fue necesario incluir en el CA un completo estatuto jurídico sobre la materia (reforzando algunas de las normas preexistentes), que es el que a continuación revisamos.

Como principio general se incluyó en el CA que las aguas cumplen diversas funciones (subsistencia, que incluye el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia; preservación ecosistémica; y productivas), y se declaró que siempre prevalecerá, tanto en el otorgamiento como en la limitación de DAA, la de subsistencia (artículo 5 bis).

Enseguida se define usos domésticos de subsistencia como *"el aprovechamiento que una persona o una familia hace del agua que ella misma extrae, con el fin de utilizarla para satisfacer sus necesidades de bebida, aseo personal, la bebida de sus animales y cultivo de productos hortofrutícolas"*.

Sobre este punto la Reforma introduce una novedosa norma al ordenamiento de aguas chileno, consistente en que cualquier persona —con la finalidad de satisfacer las necesidades humanas de bebida y usos domésticos— podrá extraer aguas provenientes de las vertientes, de las nacientes cordilleranas o de cualquier forma de recarga natural que aflore superficialmente, sin que esta extracción reporte utilidad económica alguna, en la medida que no exista un tercero que le provea el servicio (art. 20). Una norma análoga existía para aguas subterráneas, como ya se indicó.

Por otro lado, el CA reformado incluye una serie de hipótesis normativas que pueden significar la pérdida de DAA, sea por caducidad, extinción, renuncia, o término de la concesión (en este último caso respecto a los nuevos DAA que se otorguen, mientras que los antiguos mantienen su naturaleza de derecho real con plena propiedad e indefinidos en el tiempo), las que de gatillarse provocarán como efecto que las aguas quedarán libres para ser reservadas por el Estado para asegurar la función en comento, pudiendo ser entregadas a prestadores de servicios sanitarios (art. 5 ter).

A su vez, las aguas quedarán disponibles para la constitución de nuevos DAA, priorizando el uso de subsistencia, cuando un juez cancele la inscripción de dominio, por no pago del precio de la subasta de un derecho adjudicado en un remate por no pago de patentes (art. 129 bis 13).

En lo que respecta a la limitación de DAA existentes y que se encuentren en ejercicio, el CA instauró entre otras medidas la reducción temporal de aguas superficiales (art. 17) y subterráneas (art. 62), que se gatilla si la explotación de las aguas por algunos usuarios ocasiona perjuicio a otros titulares de derechos, y la limitación de DAA subterráneos, en el evento de que su explotación produzca una degradación del acuífero o de una parte de él al punto de afectar su sustentabilidad, con el fin de evitar un riesgo de afectación de una determinada fuente, o bien habiéndose materializado (si estas medidas son ineficaces, la DGA suspenderá el ejercicio de todos los DAA involucrados).

Pues bien, tanto para la aplicación de la reducción temporal como para la ponderación del riesgo o afectación antes indicada (reducción temporal y limitación de DAA), la DGA deberá considerar y aplicar la función de subsistencia, lo que busca asegurar que dichos instrumentos de gestión hídrica efectivamente se enfoquen en el consumo humano, saneamiento y usos domésticos de subsistencia.

Reforzando la función de subsistencia de las aguas y el rol central que esta adquiere en un país que sufre de una fuerte y prolongada sequía, el legislador contempló dos normas excepcionabilísimas que tal vez en otras circunstancias no se hubieran aprobado. Estas normas consisten en la posibilidad de constituir DAA radicada en el presidente de la República, aun cuando no exista disponibilidad, en la medida que exista un informe previo de la DGA que justifique tanto que se constituyen con la sola finalidad de garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, como que no ha sido posible la aplicación de otras normas del CA o que estas no han sido efectivas (art. 147 quáter); y la posibilidad de que la misma autoridad constituya directamente el DAA prescindiendo del procedimiento de constitución consagrado en el CA (art. 148), que contempla etapas de admisibilidad de la solicitud, publicidad, oposiciones de terceros, visitas técnicas, etc.

Finalmente, en materias de redistribución de las aguas en el marco de declaratorias de zonas de escasez hídrica, se facultó a la DGA para exigir a las Juntas de Vigilancia (tipo de organización de usuarios que agrupa a titulares de DAA de un cauce natural) con el objeto especial de garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, la presentación de un acuerdo de redistribución. Dicho acuerdo debe contener las condiciones técnicas mínimas y las obligaciones y limitaciones que aseguren que en la redistribución de las aguas, entre todos los usuarios de la cuenca, prevalezcan los usos para el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, y se precave la comisión de faltas graves o abusos.

Si bien la redistribución de las aguas existía con anterioridad a la Reforma, esta puso el énfasis en la función de subsistencia de las aguas, sin dejar lugar a dudas en la prioridad que esta tiene. Además, aclara que no procederá una indemnización en caso alguno si la menor proporción de aguas que reciba un titular de derechos fuese a consecuencia de la priorización del consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia (art. 314). Este punto generaba discusiones bajo la antigua normativa asociada a la redistribución, inhibiendo en muchos casos a la autoridad de asumir la redistribución de las aguas (en caso de que no hubiera acuerdo entre los usuarios), por el temor a demandas de indemnización de perjuicios.

Respecto a cauces artificiales, la norma en comento dispuso que aquellas asociaciones de canalistas o comunidades de aguas que al interior de sus redes de distribución abastezcan a prestadores de servicios sanitarios deberán adoptar las medidas necesarias para que, con la dotación que les corresponda por la aplicación del acuerdo de distribución, dichos prestadores reciban el caudal o los volúmenes requeridos para garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia.

4. Conclusión

La legislación de aguas chilena logró un gran avance en materia de aseguramiento del consumo humano, saneamiento y uso doméstico del agua, mediante la consagración expresa de la denominada función de subsistencia, la cual es prioritaria frente a cualquier otro uso que requiera dársele a dicho vital elemento.

Lo anterior se ve reflejado en gran parte del sistema regulatorio, ya que incide e influye en diferentes permisos e instrumentos de gestión hídrica, que van desde la constitución de nuevos DAA hasta aquellos relacionados con su ejercicio. Además, se le entregan al presidente de la República potestades extraordinarias, que incluso permiten la constitución de DAA sin disponibilidad.

El desafío que se vislumbra es que tanto la DGA como el presidente de la República apliquen la nueva normativa con apego estricto a la legalidad vigente, evitando la comisión de arbitrariedades y desviaciones de poder. Asimismo, resulta esperable que esta normativa se compatibilice en la mayor medida posible con otras funciones de las aguas, como la ecosistémica e incluso las productivas, de manera tal que los recursos hídricos se aprovechen eficientemente.

En línea con lo anterior, se han levantado algunas voces relativas a que este nuevo estatuto jurídico pueda ser aprovechado por las empresas prestadoras de servicios sanitarios de agua potable y alcantarillado para relajar el cumplimiento de sus obligaciones, relacionadas —especialmente— con la continuidad del servicio (cantidad de aguas), por ejemplo, postergando o simplemente dejando de construir y mejorar la infraestructura sanitaria asociada a dicho servicio (estanques, redes de conducción, etc.). Lo anterior es producto de que el agua está asegurada por ley, con prioridad sobre cualquier otro uso.