

# El Derecho de Aguas Chileno desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente

## *Chilean Water Law from the Perspective of the International Human Rights and Environmental Law*

Oscar Recabarren Santibáñez

Profesor Universidad Academia de Humanismo Cristiano

Abogado Unidad Jurídica, Subsecretaría de Obras Públicas

Master en Derecho Ambiental

Universitat Rovira i Virgili

Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Universidad Diego Portales

recabarrenoscar@gmail.com

### RESUMEN

Este trabajo persigue someter nuestro Derecho de Aguas al estándar fijado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente. Así, se analizan los aspectos más significativos del Derecho de Aguas chileno, así como sus principales obstáculos para dar cumplimiento a la pauta internacional. Finalmente se desarrollan los criterios considerados como imprescindibles para respetar el Derecho Internacional.

**Palabras clave:** Derecho de Aguas; Derecho Humano al Agua y al Saneamiento; Derecho Ambiental; Derechos Humanos.

## ABSTRACT

This paper aims to subject our Chilean Water Law to the standard stated by the International Law of Human Rights and Environment. In this way, it analyzes the most significant aspects of the Water Law, as well as its main obstacles to fulfill the International standards. Finally, it develops the criteria considered as essential to respect the International Law.

**Key words:** Water Law; Human Right to Water and Sanitation; Environmental Law; Human Rights.

## Introducción

El presente estudio tiene por objeto el análisis del Derecho de Aguas chileno bajo el estándar internacional en materia de derechos humanos y medio ambiente, con la finalidad de proponer los criterios mínimos que deban encaminar a toda reforma que pretenda ajustar nuestro ordenamiento jurídico a los parámetros internacionales.

En la primera sección se examina el reconocimiento que la legislación chilena hace del derecho humano al agua y al saneamiento, para posteriormente abordar algunos temas claves de nuestro Derecho de Aguas, tales como la calificación jurídica de los recursos hídricos, el uso privativo de las aguas y la gestión hidrológica.

La segunda sección, por su parte, examina los problemas del sistema de uso de las aguas en Chile, poniendo especial énfasis en los impactos ambientales y sociales, como la sobreexplotación de los recursos hídricos, y la inequidad social. Posteriormente, se hace un análisis de las debilidades más importantes del sistema de uso de aguas desde la perspectiva del Derecho Internacional del Medio Ambiente.

Por último, la tercera sección desarrolla los criterios generales y específicos que deben marcar la pauta para la adecuación de nuestro Derecho de Aguas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente.

## I. Las Aguas en el Derecho Chileno

### I.1. El derecho humano al agua y al saneamiento en el derecho nacional

A diferencia del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado, la Constitución Política de 1980 no reconoce el derecho humano al agua y al saneamiento. Sin embargo, la legislación chilena consagra una serie de normas que, sin significar un reconocimiento expreso de este derecho, están destinadas a garantizar el acceso al agua para el consumo humano y para su uso sanitario.

En primer lugar, la Ley General de Servicios Sanitarios de 1989<sup>1</sup> y su Reglamento de 2005<sup>2</sup>, establecen un régimen concesional para la prestación de los servicios públicos

1 CHILE. DFL N° 382 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas. Ley General de Servicios Sanitarios. *Diario Oficial*, 21 de junio de 1989.

2 CHILE. DS N° 1.199 de 2004, del Ministerio de Obras Públicas. Aprueba el reglamento de las concesiones sanitarias de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas y de las normas sobre calidad de atención a los usuarios de estos servicios. *Diario Oficial*, 09 de noviembre de 2005.

sanitarios referentes a la producción y distribución de agua potable, y a la recolección y disposición de las aguas servidas<sup>3</sup>. Además, se contempla un beneficio para los titulares de proyectos de viviendas sociales de hasta 750 unidades de fomento, a quienes se les exime del pago de los costos de conexión de los servicios de alcantarillado<sup>4</sup>. A su vez, esta normativa se ve complementada por el DFL N° 70 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, a través del cual se fijan las tarifas de servicios de agua potable y alcantarillado, las cuales tienen el carácter de precios máximos, calculándose mediante la aplicación de fórmulas determinadas por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, de acuerdo al Reglamento establecido en el Decreto N° 453 de 1989, del Ministerio de Economía<sup>5</sup>.

Por su parte, la Ley N° 18.778 de 1989, establece un subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas, en favor de usuarios residenciales de escasos recursos. Así, en su artículo 2 se dispone que el subsidio se aplica tanto a los cargos fijos como variables que correspondan a las residencias permanentes de los beneficiarios<sup>6</sup>. Asimismo, el Código Sanitario de 1968<sup>7</sup> y su Reglamento de 1969<sup>8</sup>, contienen importantes normas referentes al consumo humano, a la protección de las aguas y a su uso sanitario<sup>9</sup>.

A su vez, el Código de Aguas de 1981<sup>10</sup> contiene diversas normas destinadas a garantizar el consumo humano<sup>11</sup>, destacando el artículo 56 inciso 1º, que faculta a cualquier persona para sacar de suelo propio agua para “la bebida y el uso doméstico”, entendiéndose por tal el “...aprovechamiento que una persona o una familia hace del agua que ella misma extrae de un pozo, con el fin de utilizarla para satisfacer sus necesidades de bebida, aseo

---

3 En todo caso, esta normativa se aplica únicamente a los servicios sanitarios prestados dentro de los límites urbanos y, por ende, no a los sistemas de agua potable rural, con excepción de las normas sobre continuidad y calidad de los servicios sanitarios. CHILE. DFL N° 382 de 1988, norma cit., artículos 1º, 35 inciso 2, y 1º transitorio.

4 Siempre que se financien total o parcialmente con subsidios del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y lleven a cabo dentro de la zona urbana pero fuera del territorio operacional. CHILE. DFL N° 382 de 1988, norma cit., artículos 33 inciso 2º, 33 C y 33 D.

5 Además, se contempla la posibilidad excepcionalísima de suspender temporalmente la aplicación de las mencionadas fórmulas tarifarias, estableciendo en su lugar otras fórmulas que signifiquen la aplicación de tarifas inferiores. CHILE. DFL N° 70 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas. Sin título. *Diario Oficial*, 30 de diciembre de 1988, artículo 3.

6 Para postular al subsidio, los interesados deben solicitarlo por escrito a la Municipalidad correspondiente, y acreditar que las personas que habitan la vivienda se encuentren imposibilitadas socioeconómicamente de pagar el monto total del valor de los servicios, y que se encuentren al día en el pago de las prestaciones. CHILE. Ley N° 18.778 de 1989, del Ministerio de Hacienda. Ley que establece subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas. *Diario Oficial*, de 2 de febrero de 1989, artículo 3.

7 CHILE. DFL N° 725 de 1967, Ministerio de Salud Pública. Código Sanitario. *Diario Oficial*, 31 de enero de 1968.

8 CHILE. DS N° 735 de 1969, Ministerio de Salud Pública. Reglamento de los servicios de agua destinados al consumo humano. *Diario Oficial*, 19 de diciembre de 1969.

9 Véase CHILE. DFL N° 725 de 1967, norma cit., artículos 1 y 71; y CHILE. DS N° 735 de 1969, norma cit., artículo 2.

10 CHILE. DFL N° 1.122 de 1981, del Ministerio de Justicia. Fija el texto del Código de Aguas. *Diario Oficial*, 13 de agosto de 1981.

11 Igualmente, destacan los artículos 27, 281, y 314 inciso 4.

personal y cultivo de productos hortofrutícolas indispensables para su subsistencia, sin fines económicos o comerciales”<sup>12</sup>.

Igualmente, el artículo 147 bis inciso 3 del Código de Aguas faculta al Presidente de la República para denegar parcialmente una petición de derecho de aprovechamiento cuando sea necesario reservar los recursos hídricos para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener agua<sup>13</sup>. Pudiendo igualmente denegar las solicitudes de derechos de aprovechamiento de uso no consuntivo, cuando concurren circunstancias excepcionales y de interés nacional.

De este modo, el ordenamiento jurídico chileno consagra una serie de instrumentos destinados a garantizar el consumo humano de agua para la bebida y el uso sanitario. No obstante, dichas normas no constituyen un derecho subjetivo claramente definido que permita a las personas acceder a la justicia en casos de vulneración del mismo. Así, el Derecho nacional opta por un sistema asistencialista, en donde las personas con mayores dificultades económicas, son consideradas como beneficiarias de algún mecanismo legal que les permita acceder al agua y a los servicios de saneamiento, pero no los reconoce como titulares de derechos. Finalmente, una cuestión importante es que el régimen de concesión de producción de agua potable queda supeditado al marco legal del derecho privativo de aprovechamiento de los recursos hídricos, toda vez que los interesados solicitantes de la concesión deben acreditar la propiedad o al menos el uso de derechos de aprovechamiento de agua, que por regla general, deben ser de carácter consuntivo, permanentes y continuos<sup>14</sup>.

## I.II. El dominio de las aguas y su titularidad estatal

Una gestión sustentable de los recursos hídricos no requiere la titularidad de los mismos, pero su titularidad no es ajena a las decisiones concernientes a dicha gestión. De esta manera, la titularidad de las aguas, y de los derechos sobre ellas, siempre ha tenido una utilidad funcional relativa al manejo de las mismas<sup>15</sup>. Así, mientras más severa sea la escasez que padezca un país, mayor será la necesidad de una titularidad pública que habilite a la

12 CHILE. DS N° 203 de 2013, del Ministerio de Obras Públicas. Aprueba Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas. *Diario Oficial*, 7 de marzo de 2014, artículo 51.

13 Debe mencionarse que esta facultad tiene lugar únicamente en los casos de solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, por tanto no opera respecto de derechos ya otorgados.

14 Excepcionalmente la Superintendencia de Servicios Sanitarios, mediante resolución fundada, y basada exclusivamente en aspectos técnicos, puede considerar derechos de aprovechamiento eventuales que alimenten embalses o estanques de regulación. DFL N° 382 de 1988, norma cit., artículo 12 N° 3.

15 LUGARESI, Nicola. "La situación en Italia". En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.), *Gestión del agua y descentralización política. Conferencia internacional de gestión del agua en países federales y semejantes a los federales*. Zaragoza: Aranzadi, 2009, pp. 26 y 27.

Administración para ejercer un control sobre los usos del recurso<sup>16</sup>.

En el Derecho chileno, aun cuando el Código Civil (artículo 595) y el Código de Aguas (artículo 5) califican jurídicamente a las aguas como bienes nacionales de uso público, la doctrina no es unánime en cuanto a la titularidad estatal de las mismas. Para algunos autores, que las aguas sean bienes nacionales de uso público, significa que son de "dominio exclusivo del Estado"<sup>17</sup>. Serviría de apoyo a esta posición la opinión referente a que es la propia Administración pública quien detenta la titularidad de la Nación, y por ende la de los bienes nacionales de uso público<sup>18</sup>. Sin embargo, para otros, los bienes nacionales de uso público, por pertenecer a la Nación, se alejan de cualquier tipo de titularidad Estatal<sup>19</sup>. Siguiendo esta corriente, se sostiene que la calificación de las aguas como bienes públicos, consiste en que la intervención del Estado no es la de dueño o propietario, sino la de un administrador que ejerce potestades frente a los recursos hídricos, con el propósito de que estos cumplan con la función pública que justifica su inclusión en la categoría de bien público<sup>20</sup>.

Por su parte, la Constitución de 1980 en su artículo 19 N° 23, garantiza a todas las personas "[l]a libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así [...] sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución". Así, para Vergara la norma constitucional sigue una tradicional clasificación de los bienes, distinguiendo entre: a) bienes comunes a todos los hombres (aire y alta mar); b) bienes públicos o nacionales (entre ellos las aguas y minas); c) y bienes apropiables o privados. El autor afirma que los bienes nacionales de uso público están sujetos a un régimen distinto, que se caracteriza por estar fuera del comercio y por ser inapropiables e inalienables. Razón por la cual no podrían ser adquiridos en propiedad por ninguna persona (natural o jurídica, de derecho público o de derecho privado), salvo que una ley así lo establezca, señalando como única excepción el caso de las minas<sup>21</sup>, por estar contenida en la propia Carta Fundamental<sup>22</sup>. En virtud de ello, el autor concluye que las aguas, como

16 MADRAZO, Enrique. "La regulación internacional de los ríos: el carácter axial del concepto de cuenca fluvial". En: UTRERA, Sebastián (Dir.), *Agua, trasvases y medio ambiente. Las cuencas fluviales y el nuevo plan hidrológico nacional*. Madrid: Dykinson, 2013, p. 53.

17 GUZMÁN, Alberto y RAVERA, Ernesto. *Estudio de las Aguas*. 2ª ed. Santiago: Congreso, 1998, p. 34.

18 MONTT, Santiago. *El Dominio Público: Estudio de su régimen especial de protección y utilización*. 2ª. ed. Santiago: Legal Publishing, 2009, p. 139 y ss.

19 VERGARA, Alejandro. "La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980". *Ius Publicum*. Universidad Santo Tomás, 2004, N° 12, pp. 110 y 124.

20 ROJAS, Christian. "Las Organizaciones de Usuarios de aguas en España y Chile". En: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Comp.), *Nuevo Derecho de Aguas*. 1ª ed, Madrid: Thomson Civitas, 2007, pp. 701 y 702.

21 VERGARA (2004), ob. cit. (20), p. 112.

22 Artículo 19 N° 24, inciso 6 de la Constitución.

bienes nacionales de uso público, deben pertenecer a la “Nación toda”, noción homologable a “pueblo”<sup>23</sup>, siendo ésta la razón por la cual los bienes nacionales de uso público se alejarían de toda titularidad estatal<sup>24</sup>.

Ahora bien, una cosa es la susceptibilidad de apropiación de las aguas como bienes nacionales de uso público y otra cosa es la titularidad de las mismas. Así, es posible estar de acuerdo con que las aguas, en razón de la estructura de la Constitución, no son susceptibles de ser objeto de propiedad por los particulares ni por el Estado. No obstante, lo anterior no significa necesariamente que el Estado carezca de toda titularidad sobre las aguas. Cabe recordar que desde el Derecho Romano, la preocupación por la delimitación de la titularidad de las aguas obedece a su afectación a un uso público, destacando el interés de las autoridades por la protección de las mismas<sup>25</sup>. Es decir, son los fines públicos los que justifican la afectación de las aguas y permiten la protección del patrimonio hídrico. Incluso el régimen de las aguas públicas no obedece tanto al problema de la titularidad como al de la gestión, por lo que no es tan importante que el agua sea pública en la medida que sea propiedad del Estado, como que al Estado se le confíe la regulación de las mismas, para asegurar una gestión racional de los recursos hídricos, así como el acceso a ellos por parte de la ciudadanía<sup>26</sup>. Por su parte, Riquelme deja atrás el enfoque patrimonial del Derecho Civil, y realiza una interpretación de la norma constitucional desde el ámbito del Derecho Administrativo, entendiendo que el único modo de que el Estado pueda destinar dichos bienes al *uso directo del público*, es a través de la figura de la *publicatio*, mediante la cual se entrega al Estado una potestad pública sobre los mismos<sup>27</sup>. Así, para Atria y Salgado la explicación de la calidad de bien nacional de uso público se encuentra en la facultad que el artículo 19 N° 23 de la Constitución le entrega al legislador acerca del mejor modo de servir el interés público<sup>28</sup>.

Para Celume, en cambio, el reconocimiento del carácter público de las aguas encontraría un origen distinto al del Derecho Romano y de los demás sistemas jurídicos europeos continentales<sup>29</sup>. Así la autora concluye que, en el Derecho chileno, ante la falta de la titularidad de la Administración –elemento subjetivo–, la dimensión legal se delimita en

23 Véase artículo 5 de la Constitución.

24 VERGARA (2004), ob. cit. (20), p. 112.

25 GEREZ, Gabriel. *El Derecho de Aguas en Roma*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 225, 226, 242 y 243.

26 MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. *Derecho de Aguas*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 122 y 123.

27 RIQUELME, Carolina. “La regulación de los recursos hídricos como bienes nacionales de uso público. Eventuales efectos de su incorporación a la Constitución Política de la República”. En: *VII Acta de las Jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 282.

28 ATRIA y SALGADO. *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*. 1ª ed. Santiago: Thomson Reuters, 2015, p. 62.

29 CELUME, Tatiana. *Régimen público de las aguas*. 1ª ed. Santiago: Thomson Reuters, 2013, p. 159.

razón de la finalidad de la *publicatio* que estaría dada, de acuerdo al elemento normativo, por el *uso de los administrados*<sup>30</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, la Constitución en su artículo 19 N° 8, establece el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, permitiéndose al legislador establecer "...restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente". Es decir, estamos ante una norma constitucional que le impone al Estado la obligación de preservar y proteger los recursos hídricos, como elemento del bien jurídico protegido medio ambiente. A su vez, el artículo 19 N° 24 inciso 2 consagra, como obligación y limitación al derecho de propiedad, la función social que deriva de ese derecho, lo que "...comprende cuanto exijan, los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental". De este modo, la Constitución no sólo le impone al Estado el deber de preservar el medio ambiente, sino también le concede los instrumentos básicos como para poder cumplir dicha función. Siguiendo la doctrina española, la calificación de dominio público constituye un mecanismo destinado a garantizar la disponibilidad de ciertos recursos primordiales, por medio de una gestión y administración controlada de los mismos. Igualmente, permite asegurar el fin público constitucional que justifica su consagración, mediante la protección y utilización racional de los recursos hídricos<sup>31</sup>. Igualmente, debe añadirse que si bien el artículo 5 de la Constitución asimila el concepto de *Nación* al de *pueblo*, también lo equipara al de *autoridades*.

De esta manera, se adhiere a la idea de que el dominio público de las aguas queda vinculado al Estado por la norma del artículo 19 N° 8 de la Constitución de 1980, que consagra la tutela ambiental. Así, desde la perspectiva conceptual, el sustrato material del bien es superado por el elemento funcional, que viene a constituir el nexo existente entre la legislación ambiental y el dominio público. Sin embargo, es el componente material del demanio el que constituye el ámbito originario de protección y del ejercicio de la garantía constitucional de disfrutar de un medio ambiente adecuado<sup>32</sup>. En concreto, en el Derecho chileno si bien el Estado tiene la titularidad de los recursos hídricos, en razón del modelo liberal de la Constitución desarrollado por la legislación de aguas, la Administración actúa como un repartidor de los recursos, que si bien persigue el cumplimiento de fines de *interés público*, estos son asimilados al libre y gratuito acceso de los particulares a la

---

30 Ibid. pp. 213 - 214.

31 GARCÍA, María Jesús. *Técnicas preventivas de protección ambiental en el régimen de uso y utilización del dominio público hidráulico*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 37 - 38.

32 Ibid. pp. 40 - 41.



explotación de las aguas, lo que se ve complementado con las débiles facultades que posee la Administración para la gestión de las mismas.

### I.III. El acceso de los particulares a las aguas: el derecho de aprovechamiento

El Código de Aguas de 1981 permite, en ciertos casos, la utilización de los recursos hídricos sin que sea necesario obtener previamente un derecho de aprovechamiento de aguas. Así, por ejemplo, toda persona puede cavar en suelo propio pozos para la bebida y uso doméstico (artículo 56 inciso 1)<sup>33</sup>. Sin embargo, es importante destacar que los casos de autorización legal para usar las aguas, en ningún caso constituyen para el particular un derecho de aprovechamiento. Este alcance no es de menor relevancia, ya que el titular del derecho de aprovechamiento de aguas tiene las facultades de uso, goce y disposición de aquel derecho, lo que le permite enajenarlo o gravarlo. Además de estar garantizado por la Constitución, en virtud del régimen de propiedad privada, toda vez que de acuerdo al artículo 19 N° 24 inciso final “[l]os derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

El régimen chileno de los derechos de aprovechamiento, con la finalidad de establecer un mercado de aguas, se caracteriza, en primer lugar, por el hecho de que la Dirección General de Aguas (en adelante DGA), siempre que exista disponibilidad del recurso y que la solicitud fuere legalmente procedente, se encuentra obligada a constituir los derechos<sup>34</sup> de manera gratuita, a perpetuidad, y sin considerar –por regla general– algún tipo de preferencia en cuanto al uso que se le vaya a dar a los recursos hídricos, ni siquiera el consumo humano<sup>35</sup>. Lo anterior, constituye una medida de carácter regresivo prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), toda vez que el Código de Aguas de 1951 contemplaba un orden de preferencia en el caso de existir dos o más interesados, considerando en primer lugar a la bebida y el servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales, y en segundo lugar los usos domésticos y el saneamiento de la población<sup>36</sup>. Asimismo, tampoco se considera la tradicional norma del

33 Asimismo, el uso de las aguas pluviales que caen o se recogen en un predio particular corresponde al dueño de éste, mientras corran dentro de su predio y no caigan a cauces naturales de uso público, permitiéndose al propietario almacenarlas dentro del predio por medios adecuados, y siempre que no se perjudiquen derechos de terceros (artículo 10). Por su parte, el dueño de un predio puede usar las aguas pluviales que corren por un camino público y torcer su curso para utilizarlas (artículo 11). Tratándose de los derrames, definidos como las aguas que quedan abandonadas después de su uso a la salida del predio, se permite que mientras escurran en forma natural a predios vecinos podrán ser usados dentro de éstos, sin necesidad de obtener un derecho de aprovechamiento (artículo 43 y 44). CHILE. DFL N° 1.122 de 1981.

34 CHILE. DFL N° 1.122 de 1981, artículo 141 inciso final.

35 Excepción a esta regla la constituye el artículo 147 inciso 3º, véase apartado 1 de esta sección.

36 En tercer lugar se contemplaba el abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre; en cuarto el regadío; en quinto las plantas generadoras de energía; en sexto las industrias, molinos y fábricas; y en séptimo los demás usos. CHILE. Ley N° 9.909 de 1951, del Ministerio de Justicia. Fija textos definitivos del Código de Aguas. *Diario Oficial*, 28 de mayo de 1951, artículo 30.

Derecho Comparado sobre el uso efectivo y beneficioso, de acuerdo a la cual: a) el agua no debe ser desperdiciada ni tampoco obtenida con fines especulativos; b) el uso debe ser reconocido y socialmente aceptado; c) los recursos hídricos deben ser aprovechados de manera eficiente; y d) el uso de las aguas debe de ser más razonable que otros<sup>37</sup>. Esta clásica norma del Derecho de Aguas permite la caducidad de los derechos cuando no existe un uso beneficioso continuo por tres o cinco años, o bien cuando los recursos se utilizan en exceso y de manera no beneficiosa por un período determinado<sup>38</sup>. En Estados Unidos, por ejemplo, la atención más relevante en los sistemas de permisos la constituye el hecho de que los usos de las aguas están orientados hacia un interés público, por lo que las leyes estatales generalmente consagran que la asignación de los recursos hídricos debe estar en congruencia con el bienestar público, supeditándose la apropiación y la cesión de los derechos a determinadas condiciones<sup>39</sup>.

En segundo lugar, la Administración a través de la DGA, se encuentra imposibilitada de imponer algún tipo de condición destinada a un uso social o ecológico de los recursos, que permita caducar o revocar los derechos en caso de incumplimiento<sup>40</sup>. En tercer término, con el especial objeto de sentar las bases para que opere un mercado de aguas, el sistema permite la libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento<sup>41</sup>. Con esto se logra separar el agua de la tierra lo cual genera externalidades, pues las transacciones de los derechos separados de la tierra suponen que las captaciones se pueden realizar en otro sitio, pudiendo afectarse negativamente al medio ambiente<sup>42</sup>. En cuarto lugar, destaca el hecho de que por regla general el solicitante no requiere justificar la cantidad de agua pedida –salvo que se solicite una cantidad de agua manifiestamente superior a la que necesita extraer atendiendo a los fines invocados en la solicitud<sup>43</sup>–, y en ningún caso se contempla

37 SOLANES, Miguel y GONZALEZ-VILLARREAL, Fernando. "Los principios de Dublín reflejados en una evaluación comparativa de ordenamientos institucionales y legales para una gestión integrada del agua". En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo II. Madrid: Civitas, 2002, p. 493.

38 DOUROJEANNI, Axel y JOURAVLEV, Andrei. *El Código de Aguas de Chile: entre la ideología y la realidad*. Santiago: CEPAL, Serie recursos naturales e infraestructura, N° 3, 1999, p. 16.

39 GETCHES, David. "La situación en Estados Unidos de América: Deferencia hacia los Estados; Supremacía Federal". En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.). *Gestión del agua y descentralización política. Conferencia internacional de gestión del agua en países federales y semejantes a los federales*. 1ª ed. Zaragoza: Aranzadi, 2009, pp. 60 - 61.

40 La legislación alemana permite la imposición de condiciones basadas en requerimientos ambientales y económicos de la gestión de los recursos hídricos, incluso una vez que el permiso haya sido otorgado. Así, los derechos de aguas pueden revocarse, entre otras causas, por la no utilización de los recursos, por el cambio de uso sin autorización de la Administración, por falta de necesidad, o por su uso más allá de los límites establecidos en el permiso. SOLANES y GONZALEZ-VILLARREAL (2002), ob. cit. pp. 496 - 497.

41 De acuerdo al artículo 21 del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento se transfieren, transmiten, y se adquieren o pierden por prescripción, de acuerdo a las reglas del Código Civil.

42 VERGARA, Alejandro. "Medios legales de armonización de los antiguos y nuevos usos del agua con las exigencias medio ambientales: el caso de Estados Unidos y de Chile". En: *Revista de Derecho Económico*, vol. II, N° 1. 2000. p. 273.

43 En dicho caso el Director General de Aguas podrá limitar el caudal, pero en ningún caso denegar la solicitud. DFL N° 1.122 de 1981, artículo 147 inciso 2º.

la obligación de mantener el uso para el cual se solicitaron los recursos. No obstante, los derechos se encuentran afectos al pago de una patente anual a beneficio fiscal en el caso que no se realicen las obras de captación de las aguas para su uso, y las obras necesarias para su restitución en el caso de los derechos de aprovechamiento no consuntivo<sup>44</sup>.

#### **I.IV. La gestión hidrológica**

A continuación se aborda la extensión del principio de unidad de cuenca y la planificación de las aguas en el Derecho chileno.

##### **I.IV.I El principio de unidad de cuenca hidrográfica en el Derecho de Aguas nacional**

El Código de Aguas formaliza el principio de unidad de cuenca, en su artículo 3, al establecer que “[l]as aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente. La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente”.

En este sentido, existen varias normas que reflejan la existencia de este principio, como el artículo 22 del mencionado texto legal, donde se indica que el derecho de aprovechamiento de aguas deberá constituirse considerando la relación existente entre las aguas superficiales y subterráneas<sup>45</sup>.

También, cabe hacer mención a los artículos 263 y siguientes del texto de aguas que permiten a las personas naturales o jurídicas y a las Organizaciones de Usuarios que aprovechen aguas superficiales o subterráneas de una misma cuenca hidrográfica, para que puedan organizarse como Juntas de Vigilancia<sup>46</sup>. Lo anterior, con la finalidad

44 *Ibid.* Título XI, artículos 129 bis 4 –129 bis 21. Para lo anterior, la DGA por medio de resolución, debe anualmente confeccionar un listado de los derechos sujetos al pago de la patente, acto administrativo que deberá publicarse en el Diario Oficial, el 15 de enero de cada año o el día hábil siguiente si aquél fuere feriado, debiendo pagarse el tributo dentro del mes de marzo (artículo 129 bis 7). Sin embargo, esta patente no ha sido lo suficientemente efectiva para desincentivar el acaparamiento de los derechos de aprovechamiento, debido entre otros motivos al precio de mercado de los derechos en comparación al cobro de la patente, y a los mecanismos de evasión. VALENZUELA, Christian, et al. “Chile: ¿Es eficaz la patente por no uso de derechos de aguas?”, en: *Revista CEPAL*, N° 109. 2013, p. 181.

45 En el mismo sentido, CHILE. Resolución Exenta N° 425 de 2007, de la Dirección General de Aguas. Deja sin efecto Resolución D.G.A. N° 341, de 2005, y establece nuevo texto de Resolución que dispone normas de exploración y explotación de aguas subterráneas. *Diario Oficial*, 16 de abril de 2008, artículos 22 y 25.

46 El Código de Aguas destina su Título III a las denominadas Organizaciones de Usuarios, disponiéndose que si dos o más personas tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo cauce natural podrán organizarse como Junta de Vigilancia.

de administrar y distribuir las aguas en sus fuentes naturales, de explotar y conservar las obras de aprovechamiento común. No obstante, el carácter meramente discrecional de estas normas lleva a que en la gran mayoría de los casos estas organizaciones administren las aguas a través de tramos o secciones de ríos, y no al nivel de cuenca hidrográfica, lo que imposibilita claramente una gestión integrada de los recursos hídricos, impidiendo el control de las externalidades y una adecuada planificación a largo plazo<sup>47</sup>.

Además, en ciertas situaciones el legislador concede, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de aguas, desentendiéndose de este principio. Este es el caso del derecho de los titulares de concesiones mineras estipulado en el artículo 56 inciso 2 del Código de Aguas y el artículo 110 del Código de Minería<sup>48</sup>. Por último, no se exige que las cuencas hidrográficas deban ser las unidades básicas para la administración de las aguas, y tampoco contempla la exigencia de planes hidrológicos basados en este principio.

#### **I.IV.II. La planificación de los recursos hídricos**

La planificación hidrológica ha sido un tema bastante ausente en el sistema impuesto por el Código de Aguas, en donde la presencia de los elementos necesarios para la existencia de un mercado hacía presumir la falta de necesidad de este tipo de estrategia<sup>49</sup>. De acuerdo a Bauer, la incapacidad de la Administración para responder a una adecuada gobernanza y gestión integrada de las aguas, constituye la debilidad más importante del modelo chileno<sup>50</sup>.

Así, el mencionado cuerpo legal atribuye a la DGA la potestad para "planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, con el fin de formular *recomendaciones* para su aprovechamiento" (artículo 299 letra a). En efecto, el actual sistema entrega directamente la gestión y la planificación de los recursos a los particulares.

Con la entrada en vigencia de la ley N° 19.300 de 1993, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se establece una serie de instrumentos de gestión ambiental. Entre ellos, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA), y los Planes de Manejo, consagrándose relevantes disposiciones en lo que al aprovechamiento de los recursos hídricos se refiere. Tratándose del SEIA, el artículo 10 de la ley contempla, dentro de los

47 SALAZAR, Carlos. *Situación de los recursos hídricos en Chile*. México DF: Centro del Tercer Mundo para el Manejo del Agua, A.C. 2003, pp. 93 - 94.

48 CHILE. Ley N° 18.248 de 1983, del Ministerio de Minería. Código de Minería. *Diario Oficial*, 14 de octubre de 1983.

49 PEÑA, Humberto. "Chile: 20 años del Código de Aguas". En: DONOSO, Guillermo, et al. *Mercados (derechos) de agua: experiencias y propuestas en América del Sur*. CEPAL. Serie recursos naturales e infraestructura, N° 80. 2004, p. 23.

50 BAUER, Carl. "¿La ley del péndulo? Conflictos de aguas y gobernanza en Chile desde 2005". En: *VII Acta de las Jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 638.

proyectos o actividades que deben someterse a este mecanismo, a determinadas obras hidráulicas, a proyectos de saneamiento y a actividades que apliquen productos químicos cerca de cuerpos de aguas. El principal problema en estos casos, es que la tramitación de los proyectos se inicia una vez que se han obtenido los derechos de aprovechamiento, por lo que al momento de analizarse los impactos sobre los recursos hídricos, el titular del proyecto ya cuenta con el respaldo de sus derechos de aguas. Incluso es posible que un proyecto sea rechazado y de igual forma mantenga sus derechos sobre las aguas<sup>51</sup>.

En cuanto a los Planes de Manejo, la ley N° 19.300 establece que el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se debe efectuar asegurando su capacidad de regeneración. Para ello, se concede al organismo público, encargado de regular el uso o aprovechamiento de los recursos hídricos en un área determinada, la facultad de exigir a los usuarios la presentación y cumplimiento de Planes de Manejo<sup>52</sup> de los mismos recursos, a fin de asegurar su conservación (artículos 41 y 42). Sin embargo, no se otorgan a la Administración facultades para limitar la esencia de los derechos de aprovechamiento o para obligar a sus titulares a cumplir las condiciones de respetar un caudal ecológico mínimo<sup>53</sup>. Estos obstáculos se pretendieron soslayar a través de la ley N° 20.017 de 2005, que introdujo reglas para la protección de la naturaleza y la protección del medio ambiente, incorporando un nuevo título al Código de Aguas<sup>54</sup>. De esta forma, el artículo 129 bis 1 dispone que la DGA, al otorgar los derechos de aprovechamiento, debe establecer un caudal ecológico mínimo, teniendo en cuenta las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial, y por regla general no podrá ser superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial<sup>55</sup>. No obstante, este caudal ecológico afecta únicamente a los nuevos derechos y no a los ya constituidos, restringiendo el alcance de la norma, debido principalmente a que, en la mayoría de las cuencas hidrográficas de la zona central hacia el norte, los derechos de aprovechamiento sobre aguas superficiales ya han sido otorgados<sup>56</sup>.

51 ORREGO, Juan Pablo. *Legislación e Institucionalidad para la gestión de las aguas*. Santiago: Terram, 2002), p.18.

52 Los Planes de Manejo son aquellos que regulan las actividades que se realizan en un área determinada a fin de compatibilizarlas con la conservación de los recursos naturales de esa misma área. DOUGNAC, Fernando. "El aprovechamiento ambiental del recurso agua en relación con los planes de manejo que establece el artículo 42 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente". En: *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, Vol. III, N° 2. 2001, p. 391.

53 VERGARA (2000), ob. cit. (43), 274.

54 CHILE. DFL N° 1.122 de 1981, Título X, artículos 129 bis 1 - artículo 129 bis 3.

55 Véase CHILE. DS N° 14 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente. Aprueba Reglamento para la determinación del caudal ecológico mínimo. *Diario Oficial*, 30 de julio de 2013, artículos 3 ss. El Reglamento dispone una serie de criterios para el establecimiento de este caudal, reglas que deben aplicarse cada mes del año en el punto de captación solicitado.

56 En efecto, las posibilidades reales de establecer exigencias en este sentido son mínimas, y se restringen a que el Estado pueda expropiar los derechos de aprovechamiento de aguas indispensables para la mantención de un caudal ecológico mínimo; o bien a que se conceda a la Administración la facultad para poder comprar los derechos, en cualquier otro caso se vulneraría el principio de propiedad consagrado en la Constitución. MALLEA, María Isabel. "Protección ambiental de las aguas en Chile: avances hacia una gestión integrada de los recursos hídricos". En: *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, N° 25. 2011, pp. 47 - 48.

Sin perjuicio de lo anterior, el Código de Aguas contempla una serie de casos excepcionales en que la DGA puede intervenir directa o indirectamente en la explotación de las aguas subterráneas. Y que consisten en la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, en declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, en decretar áreas de restricción, y finalmente en autorizar la recarga artificial de acuíferos. Además, se permite la intervención de la DGA para decretar el agotamiento de fuentes naturales de aguas superficiales, así como la declaración de zonas de escasez<sup>57</sup>. Debe destacarse que la mayoría de estas figuras fueron modificadas por la Ley N° 20.017.

En síntesis, la legislación nacional no reconoce un derecho subjetivo que permita a las personas garantizar su derecho humano al agua y al saneamiento. Entiende que el interés público que justifica la titularidad de la Administración de las aguas, radica en el libre y gratuito acceso de los particulares al uso de este recurso, y no su gestión sustentable. No consagra un orden de preferencia en razón del uso que se le deba dar al agua, con el propósito de garantizar el derecho humano al agua y al saneamiento, constituyendo una medida regresiva que viola el DIDH. Permite la administración por tramos o secciones de ríos, vulnerando el principio de unidad de cuenca. Y por último, si bien la reforma del año 2005 incorporó la figura del caudal ecológico mínimo, éste se aplica únicamente a los nuevos derechos y no a los ya constituidos. En este contexto, a continuación se examinan las principales debilidades de nuestra legislación de aguas para dar cumplimiento al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente.

## **II. Los principales problemas del Sistema de Uso de las aguas en Chile**

### **II.I. La contravención del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente: los efectos adversos del sistema de uso de las aguas en Chile**

La primera parte de esta segunda sección, tiene por objeto hacer una descripción general de los principales impactos ambientales y sociales del Derecho de Aguas nacional.

#### **II.I.I. De la conservación de las aguas a su sobreexplotación**

En el ámbito internacional tanto el bien jurídico protegido medio ambiente como el derecho humano al agua y al saneamiento, constituyen un límite para el desarrollo de las

---

57 Sobre los datos actuales de estas medidas de protección, véase DGA. *Atlas del Agua*. Chile 2016 [en línea], <http://www.dga.cl/atlasdelagua/Paginas/default.asp> (Consulta: 03 de abril de 2016).

actividades económicas en general, y para los usos de las aguas en particular. Lo anterior, con la finalidad de que los ordenamientos jurídicos nacionales garanticen la protección del medio ambiente, como derecho humano autónomo y como *conditio sine qua non* de los demás derechos humanos y, entre ellos el propio derecho humano al agua y al saneamiento.

Disponer de recursos hídricos en Chile es un fenómeno bastante incierto, debido a las notorias diferencias que existen entre la zona norte y centro del país con la zona sur, y a la variabilidad impuesta por los períodos de sequía y abundancia<sup>58</sup>. Ahora bien, mientras el promedio de disponibilidad hídrica nacional es de 9.245 metros cúbicos por habitante al año, la cosa cambia cuando se analiza desde Santiago al norte, donde la disponibilidad promedio es de 639 metros cúbicos por habitante al año, llegando incluso en algunas regiones a los 200 metros cúbicos<sup>59</sup>. Estas cifras son claramente insuficientes y por lo demás alarmantes, ya que reflejan el valor de la oferta de agua para más del sesenta por ciento de la población nacional<sup>60</sup>, lo que junto al aumento de la intensidad de la sequía en los últimos años agudiza aún más el problema. Lo anterior, hace que las aguas subterráneas cobren gran relevancia, tanto para el abastecimiento de agua potable, como para satisfacer la demanda del sector industrial y minero<sup>61</sup>. Avanzada la zona central hacia el sur, la disponibilidad natural de agua supera los 9.000 metros cúbicos por habitante al año, llegando hasta los 169.500 metros cúbicos, por lo que la disponibilidad hídrica es más favorable en esta parte del territorio debido principalmente a la mayor pluviosidad<sup>62</sup>.

Además de la incertidumbre natural en la utilización de las aguas, el desarrollo de las diversas actividades productivas ejerce una constante presión sobre los mismos. Es así como, ante el incesante crecimiento económico, el sector agropecuario, la minería, la industria<sup>63</sup> y la hidroelectricidad compiten por la utilización del recurso, en desmedro de la sustentabilidad ambiental y el abastecimiento de la población. Este agotamiento del recurso se ve reflejado en el no otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento sobre aguas superficiales, especialmente en la extensión que va desde la zona central hacia

58 DONOSO, Guillermo, et al. "Análisis de los mercados de derechos de aprovechamiento de aguas en las cuencas del Maipo y el Sistema Paloma en Chile: efectos de la variabilidad en la oferta hídrica y de los costos de transacción". En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.), Monografías, *El derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo I. 1ª ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 109.

59 PIZARRO, Roberto, et al. "Capítulo 2. Aguas Continentales". En: GLIGO, Nicolo (Dir.), *Informe País: El Estado del Medio Ambiente en Chile 2008*. Santiago: Geo Chile, 2010, p. 75.

60 Ibid.

61 MATUS, Nancy, et al. *Recursos Hídricos en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad*. Santiago: Chile Sustentable, 2004, p. 16.

62 PIZARRO, et al, ob. cit. (60), p. 75. Lo anterior, sin perjuicio de las recientes sequías que han afectado a la región de la Araucanía y Los Lagos.

63 A nivel nacional, el sector agropecuario es el que representa la mayor demanda de agua con un 82% del total. Por su parte, la industria y la minería representan el 10 %, mientras que el agua potable para consumo humano equivale al 8%. DGA (2016), ob. cit. p. 125.

el norte del país<sup>64</sup>, afectando directamente la disponibilidad del recurso, lo que se traduce en la violación de la normativa internacional.

En definitiva, y si bien los problemas de escasez afectan las distintas zonas del país, los principales problemas relativos a la sobreexplotación de los recursos hídricos tienen lugar en las zonas central y norte<sup>65</sup>. Esto se debe a que dichas áreas, además de ser áridas, son objeto de una gran actividad económica, un sector minero importante, y una sequía cada vez más intensa. Es así como en la aludida extensión territorial, desde hace años que los derechos de aprovechamiento de aguas ya otorgados no permiten garantizar un caudal mínimo ecológico, pudiendo incluso los usuarios secar literalmente los cauces si todos hicieran uso de sus derechos<sup>66</sup>, generando en consecuencia un grave estrés hídrico, lo que pone en riesgo el bien jurídico medio ambiente y la dimensión material del derecho al agua y al saneamiento garantizados por el DIDH.

### **II.I.II. La igualdad y la no discriminación: la (in)equidad social**

El Derecho Internacional exige que tanto la protección del medio ambiente como la garantía del derecho humano al agua y al saneamiento, se proyecten por el Derecho nacional dando estricto cumplimiento al principio de igualdad y no discriminación. En Chile si bien la cuestión de la equidad social es un tema que escapa a los límites del actual sistema de uso de aguas, resulta conveniente hacer alusión a la intensificación de esta problemática a raíz del Derecho de Aguas vigente. Con la entrada en vigencia del Código de Aguas, las autoridades nunca proporcionaron a la ciudadanía la adecuada información y asistencia que dotase a todos los sectores de la población una igualdad de condiciones. De esta forma, los pequeños agricultores se han encontrado prácticamente marginados del mercado de aguas, ya que generalmente no tienen regularizados sus derechos de aprovechamiento. Asimismo, no tienen los suficientes recursos financieros, ni el peso social y político, para defender sus derechos e intereses, en un sistema donde la principal vía de tratar los conflictos es a través de la negociación<sup>67</sup>.

De esta manera, el libre acceso de los particulares a los recursos hídricos, unido a la falta de regularización que permita condicionar dicho acceso<sup>68</sup>, en atención de un uso

---

64 *Ibid.* p. 114.

65 Entre el año 2008 y agosto de 2015, la autoridad se vio obligada a aprobar setenta decretos de escasez hídrica en las zonas centro y norte, de un total de setenta y cinco para todo el país. *Ibid.* p. 118.

66 ASTORGA, Eduardo. "La valoración ambiental del territorio, uno de los servicios ambientales del agua". En: *Revista de Derecho Ambiental*, año II, Vol. 2. 2006, p. 116.

67 BAUER, Carl. *Canto de sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales*. Bilbao: Bakeaz. 2004, p. 144.

68 Véase apartado III.II de la primera sección, de este trabajo.



racional y sustentable de los mismos, genera grandes problemas de desigualdad. En este sentido, debe considerarse que dicha inequidad no es sólo económica, sino también social y ambiental<sup>69</sup>. Asimismo, estas consecuencias negativas se ven acrecentadas ante la ausencia de mecanismos de participación, en donde la población en general, y los más pobres en particular, se ven excluidos de la toma de decisiones relacionadas con la gestión, planificación y uso racional de las aguas, la cual es entregada directamente a los usuarios.

En el presente, muchas comunidades, especialmente de la zona central y norte del país, se han visto significativamente afectadas por la sobreexplotación de las aguas y la desertificación de los suelos, causadas principalmente por el alto desarrollo de la minería y la agroindustria. Así, poblaciones de tradición agrícola y ganadera, y en ciertos casos comunidades indígenas, se han visto privadas de los recursos hídricos fundamentales para el desarrollo de sus actividades, por lo que han tenido que abandonar sus asentamientos sin más opción que migrar a los centros urbanos en condiciones precarias, y con escasas posibilidades de encontrar empleo. De igual forma, numerosos campesinos se han visto obligados a reducir sus cultivos, mermando su productividad e incluso sufriendo la pérdida de sus medios de subsistencia<sup>70</sup>. De acuerdo a cifras oficiales, mientras la población urbana tiene cubierto en un 99,90% el suministro de agua potable, y en un 96,65% el acceso a alcantarillado<sup>71</sup>, alrededor de medio millón de personas que habitan zonas rurales no poseen agua potable en sus viviendas, debiendo conseguir el abastecimiento del recurso por medios insuficientes como son los camiones aljibe<sup>72</sup>. Lo anterior, intensifica aún más el problema, toda vez que la cobertura de agua potable para la población rural semi-concentrada apenas ronda el 2%<sup>73</sup>.

Como corolario, la inequidad social es sin duda un efecto negativo de la legislación de aguas y una vulneración del estándar internacional, que debería ser objeto de un mayor debate a nivel de todos los sectores sociales, y tomada especialmente en cuenta por cualquier política que pretenda mejorar realmente el actual sistema de uso de agua en Chile.

---

69 Sobre justicia ambiental en Chile, véase BERMÚDEZ y HERVÉ, *Justicia ambiental, derecho e instrumentos de gestión del espacio marino costero*. 2013.

70 Véase un completo análisis en LARRAÍN y POO, *Conflictos por el agua en Chile entre los Derechos Humanos y las Reglas del Mercado*. Santiago, Programa Chile Sustentable, 2010.

71 DGA (2016), ob. cit. (52), p. 126.

72 *Ibid.* p. 4.

73 DGA. *Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012-2025* [en línea], [http://www.mop.cl/Documents/ENRH\\_2013\\_OK.pdf](http://www.mop.cl/Documents/ENRH_2013_OK.pdf) (Consulta: 21 de marzo de 2016).

## **II.II. El origen jurídico de las principales debilidades de nuestro sistema de uso de aguas**

A continuación se estructura, resume y caracteriza el Derecho de Aguas chileno, a la luz de los principios fundamentales del Derecho Internacional del Medio Ambiente (en adelante DIMA).

### **II.II.I. La falta de integración existente entre la protección del medio ambiente y el sistema hídrico nacional**

El sistema jurídico chileno se preocupa especialmente de consolidar y estructurar el modelo de una economía de mercado. Es así como la Constitución establece la libertad de adquirir toda clase de bienes, y reconoce y protege la propiedad del derecho sobre las aguas (artículo 23 y 24 inciso final). En este mismo sentido, el Código de Aguas consagra una serie de instrumentos destinados a sentar las bases para el funcionamiento de un mercado de aguas, y que consisten principalmente en fortalecer la propiedad privada sobre los derechos de aguas, en la libertad para acceder y transferir tales derechos, y en la igualdad de condiciones para ejercer las actividades económicas.

Para Yañez y Molina la reforma al Código de Aguas del año 2005, por un lado, no dispuso de mecanismos para asegurar la sostenibilidad y la gestión integrada de las aguas, incluyendo su valoración social, cultural y ambiental. Y por otro, tampoco significó el establecimiento de una normativa que protegiera el derecho de la sociedad civil en general<sup>74</sup>.

Por otra parte, la propia Carta Fundamental dispone como derecho fundamental el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de velar por la preservación de la naturaleza (artículo 19 N° 8). Asimismo, admite expresamente la restricción del derecho de propiedad cuando lo exija, entre otros valores, la conservación del patrimonio ambiental (artículo 19 N° 24).

En el caso particular de los recursos hídricos, la Constitución no reconoce expresamente la naturaleza jurídica de dominio público de estos bienes y, sin perjuicio de que este defecto lo subsana la legislación de aguas, ésta última no consagra de manera adecuada los instrumentos indispensables para resguardar la finalidad pública que debería justificar la afectación de las aguas como bien nacional de uso público. Por consiguiente, el abismo existente entre el reconocimiento constitucional de protección de los recursos hídricos –

---

74 YAÑEZ, Nancy y MOLINA, Raúl (Comp.). *Las aguas indígenas en Chile*. Santiago: LOM Ediciones, 2011, p. 155.

como recursos naturales que son— y la escasa extensión de las normas que reconocen la finalidad pública de los mismos, hace que el sistema chileno no provea al Estado de las facultades necesarias para garantizar una conservación mínima de los recursos hídricos, a través de una gestión y planificación que le permita velar por la utilización racional de los mismos.

De este modo, en Chile urge la necesidad de fortalecer la naturaleza pública de las aguas, no sólo a través de un reconocimiento expreso en la Constitución, sino también mediante instrumentos jurídicos destinados a materializar la función pública que sirve de base a la afectación de estos recursos, y que deben responder necesariamente a una gestión pública y racional de las aguas que, en definitiva, permita proteger el medio ambiente como bien jurídico propiamente tal y como dimensión material del derecho humano al agua y al saneamiento. A su vez, cualquier avance sustantivo que se pretenda hacer en la materia deberá tomar en consideración este problema, de tal forma que se integre la protección de estos recursos naturales y las políticas económicas, lo que deberá estar guiado por los fundamentos del DIMA, que se analizan brevemente a continuación.

### **II.II.II. La ausencia de los principios de prevención y precaución**

La primera contra-manifestación de los principios de prevención y precaución la constituye el hecho de que, al momento de otorgarse los derechos de aguas, no existe preferencia legal alguna relativa a la utilización que se le deba dar a los recursos, no contempla medios de solución de conflictos derivados de los múltiples usos del agua y carece de mecanismos adecuados para combatir la sequía y el estrés hídrico<sup>75</sup>. Asimismo, tampoco se exige un uso efectivo y beneficioso que responda a un interés público encaminado al uso racional de las aguas, y que constituya la base, la medida y el límite de los derechos de aprovechamiento.

Igualmente, la Administración se encuentra imposibilitada de aplicar cualquier tipo de cláusula que le permita condicionar los derechos de aprovechamiento a un uso social o ecológico de los recursos, con la facultad de caducar o revocar los derechos en caso de incumplimiento. En el mismo sentido, la amplia libertad que tienen los particulares para transferir los derechos de aprovechamiento de aguas también atenta contra el principio de precaución, pues permite separar las aguas de la tierra posibilitando la generación de externalidades negativas para el medio ambiente.

---

75 GUILOFF, Matías. "El derecho al agua como derecho humano: el caso de la provincia de Petorca". En: VIAL, Tomás (Ed.). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2013, p. 287.

Mención especial merece la ausencia de un sólido principio de unidad de cuenca que permita un tratamiento conjunto de las aguas superficial y las subterráneamente, de tal manera que la cuenca hidrográfica sea la base de una gestión y planificación de los recursos hídricos. De esta forma, y entre otros factores, se obstaculiza una gestión integrada de los recursos hídricos, que controle las externalidades y permita una adecuada planificación. Asimismo, la legislación de aguas tampoco contempla la exigencia de planes hidrológicos vinculantes con fundamento legal, basados en el principio de unidad de cuenca.

En cuanto a las atribuciones de la Administración, en todos los casos en que se permite a la DGA intervenir en la gestión de las aguas, ya sea a través de la declaración de zonas de prohibición, zonas de escasez u otra figura, la autoridad únicamente puede actuar una vez que la amenaza al recurso es inminente, y no de forma preventiva, lo que claramente constituye una vulneración del principio de precaución.

En consecuencia, de acuerdo al DIMA resulta necesario asimilar la trascendencia de la delimitación del riesgo como el presupuesto fundamental de este principio, ya que al aceptar algunos y rechazar otros, por medio de una participación de todos los actores involucrados, se define el área de resguardo y custodia de los recursos hídricos –medio ambiente–, así como la responsabilidad del Estado y los particulares.

### **II.II.III. La falta del principio de cooperación**

El Derecho de Aguas chileno, y particularmente el Código de Aguas, fue establecido en ausencia de cualquier tipo de participación de la ciudadanía, y sin un consenso político, lo que demuestra la falta inicial de cualquier tipo de debate que haya permitido a los diversos actores sociales intervenir en la aceptación de los diversos riesgos propios del entonces nuevo modelo. En cuanto al sistema de uso de las aguas en particular, debe sumarse el hecho de que al entregarse la gestión y planificación de los recursos hídricos a los usuarios, la sociedad en general se ha encontrado incapacitada de ejercer cualquier tipo de influencia en el establecimiento de límites que permitan resguardar los intereses sociales y ambientales relativos a los recursos hídricos.

De este modo, el modelo de uso de las aguas en Chile es la antítesis de cualquier sistema que se encuentre estructurado de acuerdo al principio de cooperación. Desde el punto de vista institucional, la situación es bastante preocupante, ya que la intervención de la Administración se reduce prácticamente a otorgar los derechos de aprovechamiento de aguas, careciendo de todo tipo de herramientas jurídicas que le permitan gestionar y planificar racionalmente los recursos hídricos en atención a unos objetivos ambientales. Y,

si bien el legislador le permite a la DGA intervenir en determinados casos, dicha intervención está destinada principalmente a resguardar intereses privados y no el interés general.

Por otra parte, una vez que la autoridad constituye los derechos de aprovechamiento, la gestión de las aguas pasa a ser una facultad exclusiva de los usuarios, quienes en ningún caso se ven obligados a seguir una planificación determinada previamente por la Administración y que les exija cumplir con ciertos estándares u objetivos ambientales destinados a un uso racional de los recursos. En virtud de lo anterior, las Organizaciones de Usuarios se han dedicado a distribuir las aguas entre sus miembros, y a explotar y conservar las obras de aprovechamiento común, sin preocuparse de los temas ambientales. Asimismo, gestionan las aguas por tramos o secciones, desconociendo el principio de unidad de cuenca. Desde el punto de vista de la colaboración social, debe recordarse que en este sistema no existen mecanismos de participación ciudadana, marginando a la sociedad de todo tipo de decisiones que puedan afectar a los recursos hídricos, lo que constituye un atentado a este principio.

En síntesis, la colaboración entre los actores sociales que se ven afectados por el uso de los recursos hídricos es, prácticamente, inexistente debido principalmente a la rigidez del sistema que impide una adecuada cooperación.

#### **II.II.IV. Del principio de responsabilidad a la irresponsabilidad**

En definitiva, el Derecho de Aguas chileno en su afán de sentar las bases de un mercado, no prioriza la responsabilidad que le pudiese caber directamente a los particulares e indirectamente al Estado. Es así como el legislador impone a la Administración la obligación de otorgar, a los interesados, derechos de aprovechamiento de aguas de manera gratuita y a perpetuidad, y sin que la autoridad pueda establecer condiciones tendientes a un uso racional de los recursos hídricos.

Asimismo, los usuarios administran los recursos hidrológicos con holgada libertad, sin estar sujeto a mayor control por parte de la Administración, pudiendo la autoridad hacerles únicamente recomendaciones.

Por su parte, el Estado destaca por su irresponsabilidad, no sólo porque no responde por las externalidades provenientes de la sobreexplotación de los recursos hídricos, y que ciertamente repercuten en la sociedad y en el entorno, sino que además elude su responsabilidad que guarda relación con el despliegue del derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución, que establece el derecho a vivir en un medio

ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de velar por la preservación de la naturaleza.

Por último, en el capítulo final se hace referencia a los criterios básicos que debiera reunir cualquier reforma a la legislación de agua que tenga por finalidad dar cumplimiento al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente.

### **III. Criterios indispensables para el cumplimiento del Estándar Internacional en materia de Derechos Humanos y Medio Ambiente**

En esta última sección, se abordan los criterios básicos que deben tomarse en cuenta al momento de pretender adecuar nuestro Derecho de Aguas al estándar fijado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente.

#### **III.I. Criterios generales desde un enfoque de derechos humanos**

El ajuste de la legislación de aguas al estándar internacional en materia de derechos humanos y medio ambiente, requiere de una política pública con perspectiva de derechos, que fije los principios transversales consagrados en la Constitución y en el DIDH, como un marco conceptual que posibilite encauzar el proceso de reforma<sup>76</sup>. De esta manera, el enfoque de derechos permite dar cumplimiento a los derechos humanos en las etapas de diseño, implementación y evaluación de la política social, y en donde los derechos como criterios de evaluación jueguen un rol preponderante<sup>77</sup>.

En consecuencia, los criterios esenciales para que la reforma al Derecho de Aguas permita asegurar el cumplimiento de los derechos humanos son: el reconocimiento del derecho al agua y al saneamiento en los términos del DIDH; y la incorporación de los principios transversales de igualdad y no discriminación, acceso a la información y participación, y acceso a mecanismos de garantía (acceso a la justicia) y rendición de cuentas.

---

76 ROSSI, Julieta y MORO, Javier. *Ganar derechos. Lineamientos para la formulación de políticas públicas basadas en derechos*. MERCOSUR: IPPDH. 2014, p. 24.

77 SEPULVEDA, Magdalena. "De la retórica a la acción. Los elementos esenciales para garantizar que las políticas tengan un enfoque de derechos". En: *Seminario Internacional. Indicadores de derechos económicos, sociales, y culturales (DESC). Y seguimiento de las políticas sociales para la superación de la pobreza y el logro de la igualdad*. Santiago: INDH, 2013, p. 24.

### III.I.I. El reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento

Una política pública con enfoque de derechos debe ir dirigida a la persona humana como sujeto de derechos, y no como simple beneficiario, por lo que el reconocimiento –a lo menos legal, y de preferencia constitucional– del derecho humano al agua y al saneamiento, aparece como una vía directa para cumplir aquel imperativo. En este sentido, la reforma debe considerar el consumo humano como el uso prioritario de los recursos hídricos<sup>78</sup>.

Asimismo, se debe proceder a definir el contenido jurídico de este derecho fundamental, de tal manera que permita asegurar su cumplimiento progresivo, empoderando a la sociedad civil a través de su promoción y difusión, y fijando los mecanismos de exigibilidad<sup>79</sup>.

### III.I.II. La incorporación de los principios transversales del DIDH

A continuación se aborda la inclusión de los principios de igualdad y no discriminación, el acceso a la información y participación pública, y el acceso a mecanismos de garantía y rendición de cuentas.

#### III.I.II.I. Igualdad y no discriminación

La no discriminación constituye una norma perentoria o *ius cogens*, que no admite "...tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión [...] o cualquier otra condición"<sup>80</sup>. A su vez, el principio de igualdad implica la obligación del Estado de "...eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas"<sup>81</sup>. Así, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades fundamentales no significa identidad de trato en toda circunstancia<sup>82</sup>, por lo que en determinadas ocasiones puede ser necesario o incluso imperativo realizar distinciones para respetar el principio de igualdad<sup>83</sup>. Por tanto,

78 En este sentido, GUILLOF, ob. cit. (76).

79 VÁZQUEZ, Daniel y DELAPLACE, Domitille. *Políticas Públicas con perspectiva de derechos humanos: un campo en construcción*, en: Sur, Revista internacional de derechos humanos, Vol. 8, N° 14. 2011, p. 42.

80 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva (2003).

81 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama con Nicaragua*. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas (2005).

82 ONU Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 18: No discriminación* (1989).

83 ONU Comisión de Derechos Humanos. *Estudio analítico del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el Principio fundamental de la no discriminación en el marco de la globalización* (2004).

el principio de igualdad conlleva a que el Estado debe tratar a todas las personas naturales<sup>84</sup> con igual respeto y consideración, de manera que aquellas que se encuentran en una misma situación sean tratadas de igual forma, mientras que los sujetos que se encuentran en una situación diferente sean a su vez tratados de una manera distinta<sup>85</sup>.

De esta manera, la reforma al sistema hídrico chileno debe estar destinada no sólo a garantizar a todas las personas el derecho humano al agua y al saneamiento, sino también a permitir las acciones afirmativas que posibiliten acelerar la igualdad de facto de aquellos grupos vulnerables más susceptibles a la violación de este derecho<sup>86</sup>. En consecuencia, se deben identificar las colectividades que habitualmente se han visto vulneradas en el acceso al derecho humano al agua y al saneamiento, para posteriormente singularizar los grupos que exigen una atención preferente<sup>87</sup>, como serían las personas que residen en las zona norte de nuestro país y en áreas rurales, y dentro de ellos los miembros de pueblos originarios, las personas dedicadas a la pequeña agricultura, las mujeres, los niños y niñas, las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas migrantes, entre otras.

### **III.I.II.II. Acceso a la información y participación**

El acceso a la información es el instrumento esencial para el ejercicio de los derechos de libertad de expresión y de participación, y el principio de publicidad de los actos de la Administración. Así, las decisiones adoptadas en el ejercicio de la representación política deben ser comunicadas a la sociedad civil. En este sentido, el Estado debe garantizar el acceso a este derecho, a través de la producción de datos, poniendo a disposición de la sociedad civil los actos del Gobierno, y difundiendo los más relevantes<sup>88</sup>, como aquellos referentes a la disponibilidad y calidad de las aguas, al otorgamiento de los derechos de aprovechamiento, a los usos que los particulares hacen de los recursos, y todos aquellos indispensables para el rediseño de las políticas públicas. Lo anterior, implica que la entrega de la información, por parte del Estado, se efectúe a través de mecanismos de comunicación utilizables por todas las personas, y de una forma didáctica, precisa y concisa, de manera que sea entendible por todas las personas, especialmente aquellas que no tienen una formación técnica al respecto. La participación, por su parte, es una pieza esencial para

---

84 En conformidad al Derecho Internacional, únicamente las personas naturales poseen la calidad de sujetos de derechos humanos.

85 NASH, Claudio y DAVID, Valeska. "Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos". En: NASH, Claudio y MUJICA, Ignacio (Eds.), *Derechos Humanos y Juicio Justo*. 2011, p. 162.

86 Véase, Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto) (2009).

87 ABRAMOVICH, Víctor. "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo". En: *Revista de la CEPAL*, N° 88. 2006, p. 45.

88 ROSSI y MORO, ob. cit. (77) p. 83.



garantizar el ejercicio de los derechos humanos al agua, al saneamiento y a un medio ambiente adecuado, así como también para legitimar la reforma. De esta manera, es clave que los diversos instrumentos de participación permitan conducir las demandas sociales, generar un debate de enfoques y alcanzar acuerdos<sup>89</sup>.

De esta manera, el diseño de la reforma al sistema hídrico debe contar con una importante participación de la ciudadanía, permitiendo un amplio debate de todos los actores sociales. Asimismo, y posterior a la adopción de la normativa, se debe garantizar la participación de la sociedad civil en la gestión y la planificación de los recursos hídricos, de manera que la ciudadanía en general pueda colaborar en el resguardo de los recursos hídricos, en general, y del derecho humano al agua, en particular.

### **III.I.II.III. Acceso a mecanismos de garantía y rendición de cuentas**

El reconocimiento y la definición del derecho humano al agua y al saneamiento por parte del Estado, es el presupuesto esencial para facultar a las personas a exigir su cumplimiento a través de mecanismos de tutela y garantía, abandonando con ello la idea asistencialista de las políticas sociales como meros beneficios<sup>90</sup>.

En razón de lo anterior, junto con reconocer y determinar el mencionado derecho, se debe asegurar un mecanismo judicial, ya sea a nivel constitucional o a lo menos legal, que contemple una acción rápida, flexible y gratuita ante los tribunales de justicia, que constituya un dispositivo idóneo para garantizar el pleno disfrute del derecho humano al agua y al saneamiento. A su vez, se deberían fortalecer los mecanismos extrajudiciales, donde el derecho de acceso a la información constituye un derecho procedimental clave a la hora de transparentar las políticas públicas y exigir una adecuada rendición de cuentas. De esta manera, la facultad de los titulares de derechos a solicitar y recibir información pública permite, por una parte, facilitar el derecho de participación y, por otra, otorgar las herramientas necesarias para examinar y fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado<sup>91</sup>.

---

89 *Ibíd.*

90 ABRAMOVICH, *ob. cit.* (88), p. 40.

91 VÁZQUEZ y DELAPLACE, *ob. cit.*(80), p. 102.

### **III.II. Criterios particulares desde la perspectiva ambiental**

Además de los criterios generales del enfoque de derechos, la reforma al sistema hídrico debe basarse en los principios fundamentales del DIMA, de tal manera que la legislación de aguas provea a la Administración de los instrumentos jurídicos necesarios para asegurar el uso racional de estos recursos, garantizando directamente el derecho a un medio ambiente adecuado y, en consecuencia, la dimensión material del derecho humano al agua y al saneamiento.

#### **III.II.I. Principios de prevención y precaución**

En cumplimiento de los principios de prevención y precaución, la reforma debe entregar a la Administración la facultad de limitar los derechos de aprovechamiento de aguas, a través de algún tipo de cláusula que permita condicionarlos a un uso efectivo y beneficioso de estos recursos, entregando a su vez la posibilidad de caducar los derechos de aprovechamiento en caso de incumplimiento.

Asimismo, se deben establecer las disposiciones legales que fortalezcan el principio de unidad de cuenca, de manera que sea ésta la base y la medida de la gestión y la planificación de las aguas, prohibiéndose la gestión por tramos o secciones que desconozcan este principio.

Por último, se deben modificar los mecanismos jurídicos que permitan a la Administración gestionar y planificar racionalmente las aguas en atención a objetivos ambientales, de manera que la DGA pueda actuar de forma preventiva y en su caso precautoria, y no solamente en caso de riesgo inminente.

#### **III.II.II. Principio de responsabilidad**

En virtud de este principio, la reforma al Derecho de Aguas debe entregar a la Administración la potestad para otorgar el uso de las aguas, previo pago de una tarifa razonable en atención al uso específico que se le dará al recurso y a la persona del usuario. Asimismo, y en razón del principio de igualdad y no discriminación, la Administración debiera igualmente eximir del pago de la tarifa cuando sea necesario para garantizar cualquier derecho humano en general, y el acceso igualitario al derecho humano al agua y al saneamiento en particular.

Igualmente, la ley debiera limitar el período por el cual se otorgue el uso del recurso,

de tal manera que permita una posterior revisión de las condiciones, los factores externos y los usos prioritarios, eliminando la perpetuidad.

### III.II.III. Criterios específicos

En síntesis, los criterios que fijarán los parámetros y las directrices de las medidas necesarias que debe adoptar el Estado para garantizar el pleno ejercicio de los derechos vulnerados, pueden resumirse en los siguientes:

1. Reconocimiento del recurso hídrico como bien de titularidad pública, quedando en consecuencia fuera del comercio privado<sup>92</sup>.
2. Planificación y gestión de las aguas sometidas al control de la Administración, con fuertes atribuciones que garanticen el abastecimiento para el consumo humano y la protección ambiental del dominio público hidráulico. De tal manera que se faculte a la Administración para adoptar medidas tendientes a evitar la producción de daños, extendiendo su actuación a aquellos casos en que se haya infringido la normativa o se haya producido un daño susceptible de ser reparado<sup>93</sup>.
3. Preponderancia del principio de unidad de cuenca, de tal modo que sobre la gestión unitaria de la cuenca hidrográfica se permita garantizar una administración equilibrada, integrada y global de todos los intereses que concurren en los diversos usos.
4. Acceso a la información que permita garantizar una adecuada participación de la sociedad civil, en todas las etapas de las políticas públicas relacionadas con los recursos hídricos, y especialmente en su planificación, gestión y control.
5. Asegurar los mecanismos de tutela, especialmente a través de la vía judicial, que posibilite asegurar el goce del derecho humano al agua y al saneamiento.
6. Aprovechamiento privativo de las aguas precisamente normado, en base a un orden de preferencia, que consagre en primer lugar al consumo humano.

---

92 CASADO, Lucía. "La intervención administrativa del Derecho de Aguas" [en línea]. *Dirección de Estudios Corte Suprema, Informes Académicos*. 2014. <http://decs.pjud.cl/index.php/informes/informes-academicos?limitstart=0> (Consulta: 06 marzo 2016).

93 *Ibid.*

7. En cada orden de prelación, la Administración deberá dar preferencia a aquellos usos de mayor utilidad pública y, en su caso, a proyectos que empleen tecnologías que permitan un menor consumo de agua, o una mejora en su mantenimiento y/o calidad.
  
8. Consideración de los caudales ecológicos y los factores ambientales como un límite general a la explotación de las aguas<sup>94</sup>.

---

94 Ibid.

## Conclusiones

1. El sistema de uso de las aguas en Chile otorga al mercado la facultad de regular el aprovechamiento eficiente de los recursos hídricos y de resguardar la función social. De esta manera, nuestro Derecho de Aguas entrega la gestión de las aguas a los particulares, sin imponer suficientes exigencias ambientales, causando impactos negativos en la equidad social y en el medio ambiente. Por consiguiente, surge la necesidad de fortalecer los objetivos medioambientales en el Derecho de Aguas, de forma que se garantice la gestión racional de los recursos hídricos y su acceso a todos los sectores de la población.

2. Si bien en la legislación chilena todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público, la titularidad pública de los recursos hídricos se limita a la función de la Administración de otorgar los derechos de agua, dando cumplimiento a un fin público que es asimilado al libre y gratuito acceso de los particulares a la explotación del recurso. De este modo, el actual tratamiento jurídico de los recursos hídricos desconoce los fines públicos que justifican su afectación, y que consisten en un uso racional de las aguas, a través de una gestión y administración controlada de las mismas, que permita asegurar una disponibilidad mínima como para garantizar el disfrute del derecho humano al agua y al saneamiento a toda la población.

3. Por otra parte, la gestión hidrológica se encuentra marcada por la ausencia de un principio de unidad de cuenca que constituya la base de una adecuada administración, mientras que la planificación pública de los recursos es prácticamente inexistente, ya que la autoridad carece de los instrumentos normativos para llevarla a cabo. Y si bien existe una serie de figuras que permiten la intervención de la autoridad en la gestión de las aguas, ninguna de ellas es lo suficientemente adecuada para permitir una administración racional de los recursos hídricos. Asimismo, existe una ausencia de los mecanismos de participación que involucren no sólo a todos los usuarios, sino también a todos los sectores de la sociedad, incluyendo a la propia Administración.

4. La sobreexplotación de las aguas, provocada por el incesante crecimiento económico, ha originado diversas consecuencias perjudiciales tanto para el medio ambiente como para los grupos más vulnerables de la sociedad. De esta manera, el Derecho de Aguas chileno constituye una fuente de conflictos ambientales, violando con ello los derechos humanos al agua y al saneamiento, y a un medio ambiente adecuado.

5. El abismo que existe entre el reconocimiento constitucional de protección de los recursos hídricos –como recursos naturales que son–, y la precaria magnitud de las normas

que reconocen la finalidad pública de los mismos, se convierte en el quid de la cuestión a la hora de llevarse a cabo cualquier reforma que pretenda adecuar la normativa al estándar internacional en materia de derechos humanos y medio ambiente. Así, la integración entre la legislación de aguas y la protección del medio ambiente, como sustento material del derecho humano al agua y al saneamiento, se muestra como un imperativo a seguir, del tal manera que se provea al Estado de las facultades necesarias para garantizar una conservación mínima de los recursos hídricos, a través de una gestión y planificación que le permita velar por la utilización racional los mismos. Siendo indispensable que estos cambios estén dirigidos de acuerdo con los principios fundamentales del Derecho Ambiental.

**Recibido:** 11 de abril de 2016.

**Aprobado:** 13 de julio de 2016.