

Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada*

The absence of regulation of priority uses of water in Chile: a proposal to modify the Chilean Water Code from a comparative law perspective

María Ignacia Sandoval Muñoz

Egresada de Derecho
Universidad de Concepción
mariaigsandoval@udec.cl

RESUMEN

Actualmente se tramita el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas, al cual el gobierno chileno presentó indicaciones sustitutivas el 8 octubre del año 2014. Este proyecto busca establecer el consumo humano y el saneamiento como usos prioritarios del agua. Reconoce, además, la función de preservación ecosistémica y productiva del agua, no obstante no prioriza dentro de ésta última. Por ende, los usos productivos se regirán por las disposiciones actuales del Código de Aguas, es decir, el particular que primero solicite un derecho de aprovechamiento de aguas para usos productivos obtendrá dicho derecho (cumpliendo con los demás requisitos para constituirlo), y en el caso de que se presenten dos o más solicitudes sobre las mismas aguas, la Dirección General de Aguas deberá proceder a un remate público, en el cual es mejor postor se adjudicará el derecho.

* Este texto se basa en la Memoria de Prueba titulada "Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: cuando el río (no) suena es porque piedras trae", trabajo que fue financiado por el proyecto FONDAP N° 15130015, Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería (CRHIAM) de la Universidad de Concepción, del cual la profesora guía Dra. Verónica Delgado Schneider, es Investigadora Asociada.

Es necesario que el debate en torno a las aguas y su priorización comprenda a todos sus usos. Este artículo formula, por medio del estudio de modelos comparados, una modificación legal que establezca un orden de prelación en el uso de las aguas, que podría constituir una solución a la regulación de sus múltiples usos.

Palabras clave: Usos Prioritarios, Usos del Agua, Código de Aguas, Orden de Praelación, Remate Público.

ABSTRACT

Nowadays, a bill that reforms the Chilean Water Code is being discussed in the Congress, bill that has been substantially modified in that process. This bill pursues to establish the right to water and sanitation as priority use of water. In addition, it recognizes the ecosystemic preservation as a function, as well as the productive function of water. However, it doesn't prioritize between this two. Given that situation, the productive uses will be ruled by the current Water Code, meaning that whoever applies for the use of the water for productive uses first, will get the right to water (if the petition fulfills the legal requests) and, if there are two or more applications for the use of the same water, the DGA will have a public auction, and the best bidder takes the right to use that water.

The debate that goes around water and it's prioritization of use needs to comprehend all its uses. The present article formulates, based in the study of compared models, a legal modification that establishes a priority use of water that could be a solution to the regulation of its multiple uses.

Key words: Priority Use, Water Use, Chilean Water Code, Public Auction.

INTRODUCCIÓN

La relevancia de los recursos hídricos a nivel mundial aumenta debido a su condición de recurso natural limitado y fundamental para la vida y desarrollo socioeconómico de los países. Sin embargo, debido a la escasez hídrica y a la creciente demanda por este recurso, surgen innumerables conflictos entre los diferentes usuarios de las aguas, pues éstas suelen ser insuficientes para satisfacer los distintos usos. Ante ello, resulta indispensable que se establezcan regulaciones capaces de prevenir y resolver tales conflictos.

Bajo la vigencia del actual Código de Aguas, existe plena libertad para su uso, por cuanto, no existen condiciones o exigencias para su aprovechamiento. Todos los usos, sin distinción, gozan de la misma preferencia, y en caso de no ser suficiente el recurso para todos los requerimientos solicitados, se procede a un remate público en el cual el mejor postor adquiere el derecho de aprovechamiento.

Tal ausencia de una regulación pareciera agravar tanto la situación de escasez como los conflictos asociados al uso de las aguas, pues al no existir una reglamentación que establezca limitaciones y condiciones al uso de éstas, su escasez es una realidad y no algo que sólo las futuras generaciones podrían vivir. Por ello, el presente artículo busca, a partir del estudio de modelos comparados, en primer lugar, dar respuesta a si es necesario que nuevamente sean consagrados los usos prioritarios en el Código de Aguas- y por tanto, que se establezca un orden de prelación para el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento- y, en segundo lugar, se propone el orden en que deberían establecerse los diferentes usos del agua para efectuar el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento.

Se señala que el Código de Aguas "nuevamente" debería establecer usos prioritarios, pues tanto el Código de Aguas de 1951 y como el de 1969 contemplaban normas que reglamentaban el uso de las aguas de acuerdo al fin al que serían destinadas, y en base a aquel uso o fin, se establecía un orden de preferencia, el cual operaba en el caso de que dos o más peticionarios solicitaran constituir derechos de aprovechamiento sobre las mismas aguas.

1. El orden de prelación contemplado en los Códigos de Aguas de 1951 y 1969

1.1 El Código de Aguas de 1951

En el primer Código de Aguas chileno se establecieron los diversos usos o finalidades a las cuales podían destinarse las mercedes de aguas. En su artículo 30 se encontraba la solución al caso en que se presentaran diversas solicitudes de merced sobre las mismas aguas, estableciéndose un orden de preferencia para el otorgamiento de dichas mercedes.

Esta norma fue la que, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, estableció una preferencia legal de un uso por sobre otro, es decir, se consagró un orden de prelación de acuerdo a los usos a los cuales debían destinarse las aguas.

El artículo 30 establecía que en el caso de presentarse diversas solicitudes de merced para unas mismas aguas, su concesión se haría en el orden de preferencia que señala la misma norma, cuál era el siguiente ¹:

1. Bebida y servicios de agua potable de las poblaciones y centros industriales.
2. Usos domésticos y saneamiento de poblaciones.
3. Abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre
4. Regadío
5. Plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica
6. Industrias, molinos y fábricas y;
7. Otros usos

Samuel Lira Ovalle respecto a las mercedes según su objetivo u orden de preferencia, señala que "*contempla un orden de preferencia para los solicitantes, basado en la destinación que se dará al agua. Fines de interés general fundamentan las preferencias*".² Argumenta que inicia la enumeración, la bebida y el agua potable, preferencia plenamente justificada por su importancia para la satisfacción de necesidades indispensables para la vida; continúa la

1 El artículo 30 inciso 2 establece que en el caso en que dentro de cada clase señalada se presenten diferentes solicitudes para las mismas aguas "serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de condiciones preferirán según las fechas de sus solicitudes". Por lo tanto, si concurrían diversas solicitudes sobre las mismas aguas, primero debía atenderse a las empresas de mayor importancia y utilidad, y si entre estas existía igualdad respecto a la importancia y utilidad, debían preferirse de acuerdo a la fecha de presentación de la solicitud. De acuerdo a Ana Hederra Donoso "*la utilidad e importancia de una empresa está referida al interés público, y son factores de hecho que corresponde resolver al Presidente de la República al otorgar la merced*". HEDERRA DONOSO, Ana. VERGARA DUPLAQUET, Ciro (Coordinación). Comentarios al Código de Aguas. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1960, tomo I. P.239.

2 LIRA OVALLE, Samuel. *El derecho de aguas ante la cátedra*. Santiago: Editorial Universidad Católica, 1953. P. 117.

enumeración con los usos domésticos y saneamiento de poblaciones, que se contempla en dicha situación en base a un fundamento similar al anterior, cual es la satisfacción de necesidades mínima.

En cuanto a la preferencia del abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre (número 3), el autor antes referido explica que ésta se justifica por la importancia que tiene para el interés general de la población el normal funcionamiento de ferrocarriles y el pequeño consumo del vital elemento necesario para ello. En cuanto al salitre, señala que si bien ha dejado de ser la fuente principal de recursos para el país, se debe reconocer que, después del cobre, es la industria minera más desarrollada y que en sus métodos de elaboración se emplea con frecuencia la vía húmeda. Además, el salitre constituye el abono por excelencia para la agricultura, rama de la producción para la cual el legislador estableció una primacía en relación con las demás industrias³.

En el número 4 se encontraba el regadío, y en los números siguientes las industrias; en el número 5 las plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica; y en el número 6 las industrias, molinos y fábricas. Samuel Lira Ovalle comenta que se advierte claramente la preferencia que se le da a la agricultura al anteponer en el orden de preferencia al regadío a los demás números que tratan de las industrias. Esto, según indica, es natural pues la agricultura es una de las industrias más importantes para el desarrollo del país⁴.

1.2 El Código de Aguas de 1969

El artículo 30 del Código de 1951 fue modificado por la Ley de Reforma Agraria. Así, de acuerdo al nuevo artículo 42 del Código de Aguas de 1969 que indicaba las diversas prioridades que la autoridad administrativa debía considerar para preferir una solicitud sobre otra, el orden de preferencia era el siguiente⁵:

1. Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales.
2. Usos domésticos y saneamiento de poblaciones, y
3. Otros usos.

3 LIRA OVALLE, Samuel. Cit.ant. (2). P.117.

4 Cabe mencionar que el Código de Aguas de 1951 aparte de consagrar un orden de preferencia, no permitía a los dueños de derechos de agua cambiar los usos específicos para los cuales habían sido otorgados éstos, sino que, en caso de un cambio, tenían que devolver los derechos al Estado y solicitar una nueva merced. Igualmente, de acuerdo al artículo 280 toda merced que no se ejercitara durante cinco años consecutivos podía ser caducada por el Presidente de la República.

5 Dentro de cada clase se preferían las actividades de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de condiciones se preferirán según las fechas de sus solicitudes.

Con Ley de Reforma Agraria fueron eliminados los números 3,4, 5 y 6, referidos al abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre, al regadío, a las plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica, a las industrias molinos y fábricas, respectivamente. Por lo tanto, todos estos usos quedarían comprendidos en "otros usos", sin establecerse una preferencia legal de unos usos por sobre otros ⁶. Pese a que las mercedes para riego, energía eléctrica y usos industriales y fuerza motriz, fueron eliminadas del orden de prelación, el legislador de la época dispuso su reglamentación en el Código de Aguas de 1969.⁷

2. Marco normativo actual: el orden de prelación (no) contemplado en el Código de Aguas de 1981

El Código de Aguas vigente ampara el libre ejercicio de los derechos de aguas, estableciendo plena libertad para el uso del agua a la que se tiene derecho, de esta manera, quien solicita un derecho de aprovechamiento puede dar a las aguas las finalidades o usos que estime convenientes de acuerdo a sus intereses particulares. Por otra parte, no es necesario que el particular justifique el uso futuro que se le dará al recurso, sin perjuicio del pago de la patente por no uso. Además, al efectuarse una transferencia de derechos de aguas, no es necesario que el actual propietario mantenga el uso al cual se destinaba el agua.

6 También fue suprimida la palabra "empresas" y se reemplazó por "actividades", de manera que el alcance de esta disposición fue más amplio.

7 Chile. *Código de Aguas*, Decreto 162 de 12 de marzo de 1969. En su artículo 53 inciso 1, el Código de Aguas reguló las mercedes para riego fijando que se concederían únicamente a los propietarios que justificaran necesitarlas y de acuerdo con la tasa de uso racional y beneficioso. Estas tasas serían determinadas por científicos y técnicos del Gobierno. Se establecerían las cantidades de agua necesarias para los cultivos bajo diferentes condiciones agronómicas y geográficas. Además, el artículo 53 inciso 2 establece que estas mercedes comprendían siempre la autorización para la extracción de agua necesaria para la bebida y el uso doméstico de los habitantes del predio, así como la necesaria para el abrevamiento de ganado del mismo, a menos que expresamente se estableciere lo contrario. Por último, el artículo 53 inciso final regula que estas mercedes debían concederse siempre, mientras exista caudal disponible.

En cuanto a las mercedes para energía eléctrica, éstas se regirían por las disposiciones del Código de Aguas y las centrales por la Ley de Servicios Eléctricos, es decir, el artículo 44 no sufrió modificación alguna, salvo en su inciso final que hace aplicable el artículo 60, que sí fue modificado. El antiguo artículo 49, al que hacía referencia el inciso final del antiguo artículo 44, disponía que los concesionarios de las mercedes para energía eléctrica debían usar el agua de manera que no se perjudique los riegos, en consecuencia estos concesionarios debían "tomar las medidas o construir las obras necesarias para que no se produzcan mermas o golpes de agua que causen perjuicios a los regantes o destruyan sus bocatomas y, en general, no se perjudiquen derechos adquiridos. El nuevo artículo 60 reemplazó esta última expresión por la siguiente: "y, en general, no se perjudique la regularidad del riego".

Por último, la ley de Reforma Agraria reglamentó las mercedes para usos industriales y fuerza motriz sin efectuar grandes cambios en relación al Código de 1951. El nuevo artículo 59 dispone que estas mercedes son de carácter temporal y su duración era fijada por el Director General de Aguas, no por el Presidente de la República como antes se indicaba. El artículo 60 antes mencionado también tenía aplicación en estas mercedes, por tanto, el uso de las aguas para estos fines no podía perjudicar a terceros, debiendo tomar los concesionarios, las medidas o construir las obras necesarias para que no se produjeran mermas o golpes de agua que causaren perjuicios a los regantes o destruyeran sus bocatomas y, en general, no se perjudicara la regularidad del riego.

Particularmente sobre el uso de las aguas, el actual Código de Aguas no establece preferencias legales de unos usos por sobre otros. El orden de prelación que contemplaba el artículo 30 del Código de Aguas de 1951 no fue incorporado en el Código de Aguas dictado en 1981. Actualmente, bajo la vigencia de este último Código, si se presentan diversas solicitudes sobre las mismas aguas y éstas no son suficientes para satisfacer todos los requerimientos, la Dirección General de Aguas (en adelante DGA) no está autorizada para privilegiar a un solicitante por sobre otro de acuerdo al uso que el particular le dará a las aguas. El otorgamiento en este caso queda regulado por el mercado, pues la DGA "*una vez reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a una remate de estos derechos.*" (Artículo 142 inciso 1°). Adjudicándose el derecho de aprovechamiento el mejor postor que concurrió al remate, siendo intrascendente para el actual régimen legal de las aguas el uso que el adjudicatario le dará al recurso.

De la terminología del actual Código de Aguas, siguiendo el artículo 12⁸, es posible hacer la siguiente clasificación de los derechos de aprovechamiento: a) derecho de aprovechamiento consuntivo y no consuntivo⁹, b) derecho de aprovechamiento permanente y eventual¹⁰, y c) derecho de aprovechamiento continuo, discontinuo o alternado¹¹.

Las clasificaciones señaladas atienden al ejercicio del derecho de aprovechamiento, y no a su objeto o fin. Contradictorio resultaría que el Código de Aguas, que establece una plena libertad para el uso de las aguas y no exige que se justifique el destino o uso que les dará, establezca una distinción de acuerdo al fin al cual se destinan. Por la misma razón, no resulta ilógico que el Código de Aguas no consagre usos prioritarios.

Los *usos prioritarios* son definidos como los que necesitan de manera imprescindible del recurso agua para su fin. Se caracterizan por la falta de alternativas que gira en torno a ellos para satisfacer dichas necesidades. Ejemplos de ellos son: los usos domésticos, industriales y agrícolas.

8 Chile. Decreto con Fuerza de Ley N°1122 de 29 de Octubre de 1981 que aprueba el Código de Aguas. Artículo 12: "Los derechos de aprovechamiento son consuntivos o no consuntivos; de ejercicio permanente o eventual; continuo, discontinuo o alternado entre varias personas".

9 Ibid. Artículos 13 y 14 inciso 1°.

10 Ibid. Artículos 16 inciso 1°, 17 y 18.

11 Ibid. Artículo 19.

En tanto, son usos secundarios aquellos en los que su fin podría lograrse mediante otros recursos. Ejemplos: uso energético o de navegación, pues las necesidades energéticas o de transporte pueden satisfacerse mediante otros recursos¹².

3. Proyectos de ley en materia de usos prioritarios

Existen tres proyectos de ley que tratan sobre los usos prioritarios¹³, sin embargo, en este artículo sólo será tratado el proyecto al cual el Ejecutivo presentó la Indicación Sustitutiva el 8 de octubre de 2014, que actualmente se encuentra en tramitación en la Cámara de Diputados.

Una de las principales modificaciones que se buscan introducir por medio de la Indicación Sustitutiva al proyecto de ley que reforma el Código de Aguas (Boletín N° 7543-12), es establecer el consumo humano y el saneamiento como usos prioritarios del agua, los que siempre prevalecerán en el otorgamiento como en la limitación del ejercicio del derecho de aprovechamiento.

Concretamente, la mencionada Indicación agrega un nuevo artículo 5 bis, que consagra que las aguas pueden cumplir diversas funciones, tales como la de subsistencia, que garantiza el uso para consumo humano y el saneamiento; la de preservación ecosistémica; o las productivas¹⁴.

12 BALAIRÓN PÉREZ, Luis, *Gestión de recursos hídricos*. 2da Edición. Cataluña, España: Ediciones UPC, 2002 [en línea] <http://books.google.cl/books?id=wPe4Hay95wUC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> [consulta: 10 de junio de 2014].

13 Estos proyectos han sido abordados en la Memoria de Prueba a la que se hace referencia en el título de este artículo. Los proyectos son los siguientes: Proyecto de ley Boletín N° 7543-12 de 2011; Proyecto de ley Boletín N° 8960-33 de 2013 e Indicación Sustitutiva al proyecto de ley que reforma el Código de Aguas (Boletín N° 7543-12).

14 En cuanto a la tramitación de este proyecto de ley, este se encuentra en el primer trámite constitucional. Con fecha de 7 de enero de 2015 la Comisión de Recursos Hídricos, Sequía y Desertificación de la Cámara de Diputados aprobó unánimemente la indicación de los diputados Cristina Girardi (PPD), Yasna Provoste (DC), Daniel Núñez (DC) y Matías Walker (DC) que consagra el derecho humano al agua y al saneamiento. La frase que quedó en el proyecto fue la siguiente: "*El acceso al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado*". COMISIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS Y DESERTIFICACIÓN. Acta de la 32ª sesión, *Período Legislativo 2014-2018* [en línea] <<http://camaradediputados.cl/pdf.aspx?prmID=18481&prmTIPO=ACTACOMISION>> [consulta: 10 de enero de 2015].

4. Los usos de las aguas en Chile¹⁵

En el contexto mundial, Chile puede considerarse un país privilegiado en materia de recursos hídricos. El volumen de agua procedente de las precipitaciones que escurre por los cauces superficiales y subterráneos ("escorrentía media total") equivale a una media de 53.000 m³/persona/año, valor bastante más alto que la media mundial (6.600 m³/persona/año) y muy superior al valor de 2.000 m³/persona/año considerado internacionalmente como umbral para el desarrollo sostenible. Sin embargo, cuando el valor medio es analizado regionalmente, la realidad cambia rotundamente: desde Santiago al norte prevalecen las condiciones áridas; la media de disponibilidad de agua está por debajo de los 800 m³/persona/año, mientras al sur de Santiago supera los 10.000 m³/persona/año¹⁶.

En los últimos 30 años Chile ha tenido un desarrollo económico importante, con una tasa anual de crecimiento real del PIB del 6,2%. La economía, con una clara orientación de mercado, tiene una fuerte tendencia a la exportación basada principalmente en sectores con procesos de producción que requieren mucha agua, tales como la minería y la agricultura¹⁷.

En este punto serán analizados los siguientes usos: consumo humano, uso ambiental, uso agropecuario y uso productivo, este último subdividido en el uso de las aguas en la generación de energía, en la industria y finalmente en la minería.

4.1 El consumo humano de agua

La Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 64/292¹⁸, el 28 de julio de 2010 reconoce que el derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.

15 Se debe advertir que se utilizará el término "usos" y no "funciones" del agua, acotando que ninguno de estos dos términos es erróneo al referirse a los recursos hídricos, pues estos tienen tanto múltiples usos como funciones. La diferencia radica en que el término "función" dice relación con la virtud de la cual goza un elemento, con la capacidad de actuar de algo, y existe con independencia del uso o destino con que se emplea el agua. Mientras que la expresión "uso" se refiere al empleo continuado y habitual de alguien o algo. Para emplear las aguas (para usarlas) con cualquier fin es necesario solicitar a la autoridad que constituya un derecho de aprovechamiento a favor del solicitante, por lo tanto, la expresión uso dice relación con un término administrativo.

16 BANCO MUNDIAL. *Chile, diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos* [en línea] <http://www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile_Banco%20Mundial.pdf> [consulta: 16 de agosto de 2014].

17 De acuerdo al Informe del Banco Mundial, en el año 2005, las cinco clases de actividad económica consumidoras de agua con mayor participación en el PIB fueron la industria manufacturera (17%), comercio, restaurantes y hoteles (10%), minería (8%), agropecuario y silvícola (4%) y electricidad, gas y agua (3%), mientras que en 2005 la contribución a las exportaciones de bienes fueron: minería (57%), agropecuario, silvícola y pesquero (7%) e industriales (31%), BANCO MUNDIAL, Cit. ant (16). P.5.

18 ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/64/292.

Chile no ha reconocido el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho fundamental en su ordenamiento jurídico. Sin embargo, ha firmado y ratificado todos los Convenios Internacionales a los que alude la Asamblea General de Naciones Unidas para reconocer el derecho al agua como un derecho humano¹⁹.

El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico²⁰. El abastecimiento de agua debe ser continuo, suficiente, salubre y aceptable para los usos personales y domésticos. Estos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica²¹.

4.2 Necesidades ecológicas o ambientales: uso ambiental

Los ecosistemas de agua dulce son fundamentales para preservar la biodiversidad y el bienestar humano. La seguridad alimentaria, así como toda una serie de bienes y servicios ambientales, dependen de los ecosistemas de agua dulce²². El uso ambiental del agua está relacionado con la sustentabilidad de un determinado ecosistema. Por ende, atiende a la necesidad de preservar, en calidad y cantidad suficiente, este recurso indispensable para la vida²³.

4.3 Usos agropecuarios

El uso agropecuario comprende el agua para el riego de cultivos y el agua que consume la ganadería. Este uso constituye uno de los usos consuntivos por excelencia.

19 La Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; y el Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra.

20 COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General Número 15, 29º periodo de sesiones, Ginebra, 11-29 de noviembre de 2002 (E/C.12/2002/11) El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*[en línea]<http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/general/docugral/ONU_comentariogeneralagua.pdf> [consulta: 20 de mayo de 2014].

21 De acuerdo al Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el consumo se refiere al agua destinada a bebidas y alimentos. El saneamiento se refiere a la evacuación de las excretas humanas. La preparación de alimentos incluye: la higiene alimentaria y la preparación de comestibles, ya sea que el agua se incorpore a los alimentos o entre en contacto con éstos. La higiene personal y doméstica se refiere al aseo personal y a la higiene del hogar.

22 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Jorge. *El acceso al agua potable como derecho humano*. Alicante, España: Editorial Club Universitario, 2014. P.36.

23 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS Y FACULTAD DE CIENCIAS FORESTALES DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. Estudio "Catastro y localización de usos públicos no extractivos o usos in situ del agua"[en línea] <http://www.uach.cl/proforma/insitu/ln_situ_s.PDF> [consulta:23 de septiembre de 2014].

En Chile la agricultura se desarrolla principalmente de la región IX al norte, con un área regada (con seguridad de riego del 85%) del orden de 1,1 millones de hectáreas. El riego es particularmente importante para la agricultura chilena porque de él depende el 40% del área cultivada y una gran parte de los productos de alto valor de exportación²⁴. Además, el riego representa el 73% de las extracciones a nivel nacional.

El uso del riego para el desarrollo agrícola debido a su alta variabilidad temporal y ubicuidad espacial generan complejas relaciones de interdependencia (y conflicto) entre los regantes, causando múltiples externalidades²⁵.

4.4 Usos productivos

Los usos productivos del agua consisten en la utilización de los recursos hídricos para el desarrollo de actividades económicas.

De acuerdo con la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) de la organización de las Naciones Unidas, las actividades económicas se dividen en los siguientes grandes grupos²⁶:

1. Agricultura, caza, silvicultura y pesca;
2. Explotación de minas y canteras;
3. Industrias manufactureras;
4. Electricidad, gas y agua;
5. Construcción;
6. Comercio (por mayor y por menor, restaurantes, cafés y establecimiento de expendio de comidas y bebidas);
7. Transporte, almacenamiento y comunicaciones;
8. Establecimientos financieros, seguros, bienes inmuebles y servicios técnicos, profesionales y otros;

24 BANCO MUNDIAL. Cit.ant. (16). P.10-11.

25 ZAGARRA MÉNDEZ, Eduardo. *Mercado de aguas y privatización de derechos: conceptos y evidencia sobre la experiencia chilena*. 1996, que se pudo consultar gracias a la cortesía del autor. De acuerdo a este autor existen externalidades de tipo intersectoriales e intrasectoriales. En el primer caso, se puede ejemplificar con los conflictos por la alteración de flujos por parte de la industria hidroeléctrica que afectan la oferta de agua, en cantidad o calidad, para la agricultura en el momento en que los cultivos más la necesitan. Un segundo ejemplo es la contaminación de aguas por parte de una mina, afectando a los agricultores y consumidores aguas abajo. Las externalidades intrasectoriales, son por ejemplo, que un regante que deja percolar demasiado el agua en su terreno aumenta la salinidad del terreno de otros al elevar el nivel de la napa freática. Otro ejemplo, es que agricultores alteran parte de la infraestructura de distribución para beneficio propio, perjudicando a otros que planifican sus riegos de acuerdo a las normas establecidas.

26 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. *Estimaciones de demanda de agua y proyecciones futuras. Zona II. Regiones V a XII y Región Metropolitana*. [en línea] <<http://documentos.dga.cl/USO4854v1.pdf>> [consulta: 8 de noviembre de 2014]. P.29.

9. Servicios comunales sociales y personales; y
10. Actividades no especificadas y otras.

Se hará referencia en este punto el uso de los recursos hídricos para generación de electricidad, en la industria y en la minería. Solo se estudiarán estos usos en estas tres actividades económicas, puesto que el uso agrícola ya fue analizado en el punto anterior y las otras actividades utilizan principalmente agua potable (las actividades de los números 5, 6, 7, 8 y 9).

En cuanto al uso del agua para la generación de energía, esta investigación abarca principalmente a la energía hidroeléctrica, debido a que las mayores demandas del recurso hídrico están asociadas a este tipo de centrales a través del ejercicio de derechos de aprovechamiento no consuntivos. En tanto, el agua en las industrias es uno de los recursos más importantes, ya que es usada como materia prima, enfriante, solvente, agente de transporte y fuente de energía. Por último, el agua en la minería es utilizada para separar los minerales de rocas y limpiar los materiales de desecho²⁷. El uso del agua en la industria y en la minería corresponde al ejercicio de derechos de aprovechamiento consuntivos, es decir, aquellos que facultan a su titular para consumir totalmente las aguas.

4.4.1 Usos del agua para la generación de energía

La matriz de energía eléctrica de Chile tiene una capacidad instalada de 15.547 MW, de las cuales las centrales hidroeléctricas representan el 35%, las térmicas el 64% y las eólicas el 1%; las dos primeras requieren de agua para la producción de electricidad²⁸. Chile depende significativamente de la energía hidroeléctrica, al aprovechar condiciones geográficas favorables: los ríos son cortos y de pendientes agudas por lo que el agua cae a gran velocidad desde las montañas y la pre cordillera, el tramo donde el potencial hidroeléctrico es más alto²⁹.

Es posible afirmar que las mayores demandas de agua para generación de energía están asociadas a las centrales hidroeléctricas, las que utilizan recursos superficiales a través del ejercicio de derechos de aprovechamiento de tipo no consuntivo³⁰. Estos derechos

27 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS Y FACULTAD DE CIENCIAS FORESTALES DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. Cit.ant. (23).P. 5.

28 BANCO MUNDIAL. Cit.ant. (16). P. 13.

29 BAUER, Carl J. *Contra la corriente. Privatización, mercados de agua y el Estado de Chile*. Santiago: LOM Ediciones, 2002. P.129.

30 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Cit.ant. (26). P.37.

permiten al propietario desviar y utilizar las aguas otorgadas, siempre y cuando éstas sean devueltas posteriormente sin alteración al canal original.

Los conflictos por los usos múltiples de las aguas en los que se ven involucrados los proyectos de hidroelectricidad se producen en la Zona Centro (desde Coquimbo al Maule), en temporadas estivales con escasez de agua, principalmente con los agricultores.³¹ También existen conflictos por el agua en la Zona Austral (en las regiones de Aysén y Magallanes) principalmente con el sector turístico, debido a que los impactos ambientales de las represas y la forma de transmisión de la electricidad hacia el norte, atentan contra los modos de vida locales y la belleza escénica del territorio³².

4.4.2 Uso industrial

La industria es un usuario importante de los recursos hídricos y el que más contribuye al desarrollo económico y social de los países por su alta participación en el producto bruto interno de los mismos³³.

En cuanto a los fines para los cuales las industrias consumen agua, se pueden mencionar los siguientes:³⁴ como materia prima en un proceso de fabricación³⁵, como forma de transporte, como elemento de transferencia de calor, tanto en procesos de calentamiento como de enfriamiento, y como contenedor de vertidos industriales.

A nivel nacional, el uso industrial representa el 12% de las extracciones totales de agua³⁶. Con lo que genera aproximadamente un 34% de las exportaciones de Chile, y representó en el año 2011 un 11% del PIB³⁷.

31 Esto ocurre porque las hidroeléctricas acumulan el agua en sus represas para la generación de electricidad y, por otra parte, las asociaciones de regantes exigen la apertura de las compuertas para mantener los derechos de agua que les corresponden para su uso consuntivo.

32 INICIATIVA "AGUAS QUE HAS DE BEBER". *Agua en Chile: diagnóstico territorial y propuestas para enfrentar la crisis hídrica* [en línea] <http://www.aguaquehasdebeber.cl/wpcontent/uploads/2014/06/agua_chile_2014.pdf> [consulta: 12 de junio de 2014]. P.8.

33 FORO CONSULTIVO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO, AC. *Diagnóstico del agua en las Américas*. [en línea] <http://www.ianas.org/water/book/diagnostico_del_agua_en_las_americas.pdf> [consulta: 30 de diciembre de 2014]. P.26

34 BAILARACIÓN PÉREZ, Luis. Cit.ant. (12). P.112.

35 El agua es materia prima que se incorpora a numerosos productos industriales. Especial importancia tiene el uso del agua en la industria alimentaria, pues en este caso el agua no solo constituye la mayor proporción del producto acabado, sino que se requiere agua de una calidad superior a la de otros usos industriales.

36 BANCO MUNDIAL. Cit.ant. (16), P. 10.

37 MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. *Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012-2025*. [en línea] http://www.mop.cl/Documents/ENRH_2013_OK.pdf [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014], P.15.

El consumo de agua industrial no minero en Chile se efectúa principalmente por la industria de procesamiento de papel/celulosa, la metalurgia y la industria de procesamiento de alimentos³⁸.

4.4.3 Uso minero

En términos del rendimiento económico, la minería constituye el uso industrial del agua más importante en Chile. Es el primer sector económico del país en términos de contribución al PIB- representando al año 2011 un 15% del PIB nacional- y genera 60% de las exportaciones³⁹.

El sector minero desarrolla sus actividades en las regiones del norte del país (especialmente en la II y III región) donde existen severos problemas de escasez hídrica⁴⁰.

Este sector representa el 9% de las extracciones de agua y el 35% de los usos para fines industriales⁴¹.

El uso del agua en la minería corresponde, de acuerdo a la clasificación establecida por el Código de Aguas, a un uso consuntivo, es decir, faculta al titular del derecho de aprovechamiento para consumir totalmente las aguas. La demanda hídrica de este sector está estimada en el 8,75% de los usos consuntivos del país⁴².

5. Priorización en el uso de las aguas

De todos los recursos naturales, el agua es el líquido que mayor impacto tiene en la subsistencia humana, sin que la técnica o la tecnología hayan podido reemplazarlo⁴³. No hay vida sin agua, y difícilmente se puede hablar de otros componentes de cualquier

38 FORO CONSULTIVO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO, AC.). *Diagnóstico del agua en las Américas*. [en línea] http://www.ianas.org/water/book/diagnostico_del_agua_en_las_americas.pdf [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2014], P.183.

39 MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. Op.cit., P.16.

40 La minería a principios de la década consumía 3,5 millones de mt³ de agua al año, lo que ha continuado en aumento, agravando también los impactos ambientales, tales como secamiento de caudales, lagunas, humedales y salares; deteriorando los ecosistemas y generando desertificación. Ello ha afectado a las comunidades locales e indígenas, destruyendo su agricultura, ganadería y economías locales y provocando migración masiva hacia las ciudades, LARRAÍN, Saray POO, Pamela (editores). *Conflictos por el agua en Chile. Entre los Derechos Humanos y las Reglas del Mercado*. Santiago: Programa Chile Sustentable, 2010. P.21.

41 BANCO MUNDIAL. Cit.ant. (16). P.12.

42 BANCO MUNDIAL. Cit.ant. (16). P.18.

43 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Jorge. Cit.ant. (22). P.13.

sistema vivo con abstracción del agua. El agua es junto al aire y el suelo, el soporte de la biosfera y el objeto principal del derecho ambiental⁴⁴.

Así, la consideración y el rol del agua en y desde el prisma del derecho ambiental abarca o podría abarcarlo casi todo. Puede hablarse entonces de un "Derecho Ambiental del agua" como derecho centrado en el valor ecosistémico y la multifuncionalidad del agua respecto del medio⁴⁵.

De esta manera, hoy existe la inmensa tarea ya no sólo de regular conflictos humanos de dimensión social-tribal, comunitaria, feudal, estatal o interestatal, sino que se debe regular y garantizar la supervivencia como especie humana estableciendo e imponiendo reglas del juego del propio comportamiento humano con el medio o el entorno vital que lo rodea⁴⁶.

Como se expuso en párrafos anteriores, al no existir regulación respecto a la asignación de los derechos de aprovechamiento y ante la ausencia de exigencias para el uso de las aguas, es que no es posible hablar de la asignación u otorgamiento de derechos de aprovechamiento de acuerdo a su uso o destino. Ante esta situación, surge la siguiente interrogante: ¿es necesario que el actual Código de Aguas vuelva a consagrar nuevamente un orden de prioridades en el uso de las aguas?

Antes de responder esta pregunta resulta indispensable determinar que significa priorizar y por qué es necesario establecer prioridades para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas.

En primer lugar, priorizar significa⁴⁷- en el contexto de los recursos hídricos- atribuir una preferencia legal a un determinado uso por sobre otro, preferencia que tiene como función condicionar el otorgamiento de derechos de aprovechamiento que solicite constituir un particular por sobre otro.

44 MARTÍN MATEO, Ramón citado por IZA, Alejandro y ROVERE, Marta (editores). *Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental* [en línea] <<http://cmsdata.iucn.org/downloads/gobernanza.pdf>>[consulta: 30 de diciembre de 2014].P.208.

45 IZA, Alejandro y ROVERE, Marta. Cit.ant. (44). P.208.

46 *Ibid.* P.207.

47 De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, "priorizar" es dar prioridad de algo. En tanto, el vocablo "prioridad" se define como la anterioridad de algo respecto de otra cosa, en tiempo o en orden o como la anterioridad o preferencia de algo respecto de otra cosa precisamente en cuanto es causa suya, aunque existan en un mismo instante de tiempo. De esta manera, al utilizar la expresión "priorizar o dar prioridad" se le atribuye una ventaja o preferencia a una persona o cosa por sobre otra.

En segundo lugar, para responder por qué se debe priorizar el uso de las aguas para el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento es necesario detallar las *características que poseen los recursos hídricos*, pues son estas las que permiten distinguir este recurso de los otros recursos naturales que existen en el medio ambiente. Las características son las siguientes:

1. El agua es un recurso limitado. Su renovación (disponibilidad) en una cuenca depende del ciclo hidrológico y, por tanto mantiene una variabilidad temporal paralela a las fluctuaciones naturales de su génesis⁴⁸, esto obliga a una racionalidad en su uso para lograr una adecuada disponibilidad para el abastecimiento en el consumo humano de agua y los otros usos. Actualmente, no basta con abastecerse de agua para las necesidades domésticas, es necesario, además, un uso integral del recurso que satisfaga el contexto socioeconómico que sustenta el paradigma actual de la calidad de vida⁴⁹.
2. El agua es un recurso con múltiples funciones y usos. Por un lado es esencial para la vida humana, animal y vegetal, por otro, sostiene las actividades productivas, la agricultura, la generación de energía hidroeléctrica, las industrias, la pesca, el turismo y el transporte. Esto implica que los distintos usuarios (las poblaciones, los agricultores, las industrias, las minas, etc.) compiten por aprovecharlo y usarlo en la cantidad y la calidad que requieren. Armonizarlos y lograr un equilibrio entre ellos es indispensable para prevenir o minimizar los conflictos entre los diversos usuarios, logrando una adecuada preservación de los ecosistemas y un desarrollo sustentable.

Carl Bauer advierte que es necesario procurar un equilibrio entre las diversas perspectivas y prioridades. El agua es un recurso con múltiples usos y valores; para dar cuenta de todos ellos, se requiere de una aproximación interdisciplinaria a la gobernanza hídrica y a la economía del agua. La mayoría de los valores de las aguas son de categorías distintas, es decir, cualitativamente diferentes, por lo que no resultan fácilmente comparables por medio de una medida cuantitativa como el precio. Finalmente los procesos de toma de decisiones son siempre cualitativos,

48 VIDAL-ABARCA GUITIÉRREZ, María Rosario y SUÁREZ ALONSO, María Luisa. Algunas consideraciones para un modelo ecológico de gestión del agua en España [en línea] <<http://ocw.um.es/ciencias/ecologia/lectura-obligatoria-1/vidal-abarca-et-al-1998.pdf>> [consulta: 30 de diciembre de 2014].

49 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Jorge. Cit.ant. (22). P.146.

como al decir cuáles reglas y categorías son las que importan⁵⁰.

En este sentido, debe considerarse como criterio, para determinar que “reglas y categorías importan”, la primacía de los usos con fines de interés general y aquellos que permiten el pleno disfrute de derechos humanos, por aquellos que buscan la satisfacción de intereses particulares.

La inexistencia de usos prioritarios en la legislación implica olvidar el carácter multifuncional del agua.

3. El agua es un recurso insustituible. De todos los recursos y elementos ambientales existentes, es el líquido que impacta de mayor manera en la subsistencia humana, sin que la técnica o la tecnología, al día de hoy, haya podido reemplazarlo⁵¹.
4. El agua es un componente de los ecosistemas. Por otra parte, el agua además de ser un recurso es un componente de los ecosistemas. A diferencia de otros recursos naturales como el petróleo, el carbón, etc, el agua es organizador y dinamizador de una multitud de ecosistemas acuáticos⁵². El agua es el componente que aparece con mayor abundancia en la superficie terrestre. Forma los océanos, los ríos y las lluvias, además de ser parte constituyente de todos los organismos vivos. La circulación del agua en los ecosistemas se produce a través del ciclo hidrológico, que consiste en la evaporación o transpiración, la precipitación y el desplazamiento hacia el mar⁵³.
5. De acuerdo al Código de Aguas, las aguas son un bien nacional de uso público, es decir, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación. El dominio público de las aguas se justifica a cabalidad, toda vez que sus finalidades públicas son múltiples y esenciales, las cuales se expresan en las distintas necesidades colectivas que son satisfechas mediante el uso del agua. De hecho, según la doctrina, las aguas se encuentran dentro de la categoría de bienes de dominio público natural o necesario. Por ello el ordenamiento jurídico les ha otorgado un régimen especial, con el objeto de proteger los recursos hídricos, ordenar su uso y aprovechamiento de los mismos.

50 BAUER, Carl J., ¿La Ley del péndulo? Conflictos de aguas y gobernanza en Chile desde 2005. *Actas VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos Naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?*, 2014. P.640.

51 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Jorge. Cit.ant. (22). P.13.

52 VIDAL-ABARCA GUITIÉRREZ, María Rosario y SUÁREZ ALONSO, María Luisa. Cit.ant. (48).

53 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Jorge. Cit.ant. (22). P.18.

En un comienzo se consideró que la única finalidad de las aguas era el “uso público” en sentido restringido (entendiendo por tal, aquel uso que tiene por objeto la satisfacción de las necesidades públicas), hoy en día, el criterio ha evolucionado a otras esferas, ya que el agua además juega un rol determinante en el desarrollo económico, sin olvidar que -al mismo tiempo- constituye un elemento clave para el medio ambiente. Por cierto, cualquiera que sea la finalidad considerada por el legislador para determinar la afectación de las aguas como bienes públicos, lo importante es que el fundamento último para que ellas formen parte de esa órbita radica en la necesidad de conservar este recurso natural que es esencial, es decir, indispensable para la vida⁵⁴.

En virtud de las características de los recursos hídricos es posible afirmar que éstos poseen una cualidad única y que, por lo tanto, están revestidos de una importancia invaluable. Cuando se habla de recursos hídricos, se reconoce la existencia de sus múltiples usos, sin embargo, entre todos ellos existen aquellos usos que por su importancia e imposibilidad del reemplazo del agua para el fin que serán utilizados deben preceder o anteceder a los otros, es decir, a estos usos deben atribuírseles una preferencial legal.

Otro argumento respecto a la priorización en el uso de las aguas, es posible recurrir a los principios fundamentales del derecho ambiental, en particular al *principio de la no regresión*.

Al revisar la literatura especializada puede constatarse que la enumeración de principios fundamentales del derecho ambiental es bastante amplia⁵⁵. Dentro de los principios más modernos se encuentra el principio de no regresión. Este principio ha sido manifestado en la Declaración sobre justicia, gobernanza y derecho para la sostenibilidad ambiental Río +20, tal Declaración ha señalado que: “*El cumplimiento de los objetivos ambientales forma parte de un proceso dinámico e integrado en el cual están estrechamente vinculados los objetivos económicos, sociales y ambientales. Reconocemos la necesidad de que la legislación y las políticas ambientales adoptadas para alcanzar esos objetivos no sean regresivas*”⁵⁶.

Por un lado, el legislador cuenta con libertad para modificar las leyes y dictar nuevas o derogar antiguas, por otra parte la regulación ambiental no sólo protege a las generaciones

54 SAAVEDRA CRUZ, José Ignacio. Las aguas como bien nacional de uso público. *Revista Justicia Ambiental*: Santiago, N°1, 2009. Pp.206-207.

55 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de derecho ambiental*. 2da Edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014. P.46.

56 ONU. *Declaración sobre justicia, gobernanza y derecho para la sostenibilidad ambiental, Río +20* [en línea] <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/RIO+20/Declaracion%20Rio+20%20Congreso%20de%20Justicia,%20Gobernanza%20y%20Derecho.pdf> [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2014].

actuales también comprende a las futuras. Estos aspectos ponen en entredicho la mutabilidad del derecho ambiental. La aplicación irrestricta del principio “ley posterior deroga a la anterior” no sólo afecta a la insuficiencia regulatoria actual, sino también a las generaciones venideras, permitiendo eliminar los hitos o logros de la protección ecológica.

Por esto, la prohibición de retroceso en materia ambiental ha sido defendida a través del principio de la no regresión. Esta irreversibilidad es la forma en que el derecho protege al ambiente de su regulación, asegurando los fines de su mutabilidad o, en otros términos, que su modificación, derogación e interpretación sea realizada para su resguardo y no para revertir su tutela⁵⁷.

La eliminación del orden de prelación para el otorgamiento de derechos de agua del Código de Aguas vigente significó un retroceso en materia ambiental, el cual se agravó con la inclusión, mediante la Ley 20.017 de 2005, del remate público como mecanismo de asignación de los derechos de aprovechamiento para el caso en que se presentaren dos o más solicitudes sobre las mismas aguas. Por lo tanto, introducir mediante una modificación legal al Código de Aguas usos prioritarios significaría que dicha mutabilidad en la regulación del uso de las aguas constituiría, sin lugar a dudas, una protección a los recursos hídricos del país, y no un retroceso en su resguardo.

Por último, como fundamento al establecimiento de usos prioritarios, se plantea una *nueva visión acerca de la gestión del agua*, la cual está cimentada en la sostenibilidad económica, social y ambiental de la misma.

Esta nueva visión es la que adopta la Declaración Europea por una Nueva Cultura del Agua, que propone la aceptación de un orden de prioridades desde un punto de vista ético⁵⁸.

“Es necesario plantear las prioridades, derechos de acceso al agua y las condiciones ambientales, sociales y económicas a las que tales usos (urbano, agrario, industrial, etc) deben atenerse, sobre bases completamente nuevas, y al margen de su genérica consideración como uso urbano, agrario, industrial o turístico”⁵⁹.

57 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Cit.ant. (55). P. 57-58.

58 La Declaración Europea por una Nueva Cultura del Agua surge con ocasión de la declaración del Año internacional del agua dulce por las Naciones Unidas en 2003, por iniciativa de la Fundación Nueva Cultura del Agua. La Declaración fue elaborada por una Comisión científica durante 2003 y 2004 y presentada finalmente el 18 de febrero de 2005 en Madrid, con el apoyo del Ministerio de Medio Ambiente de España, firmada por 100 científicos y expertos de los 25 países europeos.

59 MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Julia. Agua y sostenibilidad: algunas claves desde los sistemas áridos. Polis Revista Latinoamericana 14 [en línea] <<http://polis.revues.org/5096>>[consulta: 7 de enero de 2014].

Esta Declaración postula que más allá de los usos del agua en la agricultura, en la generación eléctrica o en la industria, los ecosistemas acuáticos desempeñan funciones claves, tanto para la vida en la biosfera, como para asegurar la organización y cohesión social de las comunidades humanas. Al mismo tiempo, el agua representa la herencia natural, que marca la identidad de territorios y pueblos. Asumir el reto de la sostenibilidad exige cambios profundos en las escalas de valor, en la concepción de la naturaleza y en el modelo de vida; exige, en suma, un cambio cultural que en materia de aguas esta Declaración ha reconocido como una "Nueva Cultura del Agua"⁶⁰.

La Nueva Cultura del Agua propone una nueva ética en la gestión del agua reconociendo que las diversas funciones y usos del agua están relacionados con rangos de valor tan diferentes. Por lo mismo es preciso distinguir categorías, en orden a establecer adecuadas prioridades, derechos y criterios de gestión. Como indica la Declaración: "*Lo que se necesita es la aceptación de un orden claro de prioridades desde un punto de vista ético*"⁶¹.

De acuerdo a Julia Martínez Fernández, "*es necesario recuperar la gestión conjunta del agua y contemplar las funciones ambientales del agua como condicionantes previos al resto de los usos, salvando las necesidades domésticas básicas. Hay que priorizar, no según qué tipo de sector socioeconómico consume el agua, sino según las funciones del agua*"⁶².

Tal es la posición adoptada por la mencionada Declaración, la cual distingue entre⁶³: a) el agua para la vida⁶⁴, b) el agua para actividades de interés general⁶⁵, con funciones de salud y cohesión social, y, c) el agua para el crecimiento económico, en funciones económicas legítimas, ligadas a actividades productivas e intereses privados.

5.1 ¿Existen ordenamientos jurídicos que consagren usos prioritarios?

Al retomar la pregunta anteriormente señalada ¿es necesario que el actual Código de Aguas vuelva a consagrar nuevamente un orden de prioridades en el uso de las aguas? Cabe preguntarse si existen ordenamientos jurídicos en los cuales se comprenda el

60 Declaración Europea Por Una Nueva Cultura Del Agua, 2005. [en línea] <<http://www.unizar.es/fnca/euwater/docu/declaracioneuropea.pdf>> [consulta: 27 de diciembre de 2014].

61 Ibid. P.29.

62 MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Julia. Cit.ant.(59).

63 Declaración Europea Por Una Nueva Cultura Del Agua. Cit.ant. (60). Pp. 29-30.

64 Esta comprende el agua en funciones básicas de supervivencia, tanto de los seres humanos (individual y colectivamente), como de los demás seres vivos de la naturaleza, la cual debe ser reconocida como prioritaria y garantizada desde la perspectiva de los derechos humanos.

65 La Declaración también precisa que es necesario reformular el concepto de interés general: se trata de conseguir una gestión más eficiente de los recursos disponibles y de garantizar una gestión sostenible de los ecosistemas fluviales y de los acuíferos.

reconocimiento de usos prioritarios y el establecimiento de un orden de prelación para el otorgamiento de derechos de aguas. Esto con el objetivo de que si el legislador chileno no considera efectuar cambios legales, pueda tener presente la experiencia comparada en esta materia.

En este punto serán expuestas las legislaciones de aguas de diversos países de América del Sur que reglamentan usos prioritarios, ya que estos han llevado a cabo reformas legales sobre esta materia en los últimos años.

Del examen de estas legislaciones, se puede observar que la regulación de los usos prioritarios ha sido reciente, salvo el caso de Colombia, que a través de un Decreto en el año 1978⁶⁶ reglamentó un orden de prioridades y el caso de Brasil que en el año 1997, dispuso en su ley de aguas⁶⁷ que en las situaciones de escasez el uso prioritario es el consumo humano y el abrevadero de animales. Sin embargo, en los últimos diez años se han dictado nuevas Constituciones y leyes que han regulado esta materia.

En primer lugar, Uruguay en el año 2004 reconoce a nivel constitucional el acceso al agua potable y el acceso al saneamiento como derechos fundamentales⁶⁸ y los consagra como primera prioridad para el uso del agua⁶⁹. Cinco años más tarde, en el 2009, promulga su Ley de Política Nacional de Aguas⁷⁰, la cual reitera la primacía del abastecimiento de la población en el uso de los recursos hídricos y señala que los demás usos deberán ser establecidos por regiones o cuencas.

Posteriormente, en el 2007, Venezuela y Paraguay dictan sus leyes de aguas. La ley de aguas de Venezuela⁷¹ reconoce el acceso al agua como derecho humano fundamental, pero las prioridades en el uso serán definidas por cada cuenca. Por su parte, la ley de aguas de Paraguay⁷² reconoce el acceso al agua para la satisfacción de necesidades básicas como un derecho humano, el cual tiene prioridad en el uso y aprovechamiento de los recursos hídricos.

Luego, en el año 2008, la Constitución Ecuatoriana reconoce el derecho humano al agua y establece en el primer lugar del orden de prelación al consumo humano⁷³. No fue

66 Colombia. Decreto 1.541 sobre Aguas no marítimas Reglamentación General sobre conservación y protección, de 28 de julio de 1978.

67 Brasil. Ley de Aguas N° 9.433, de 8 de enero 1997.

68 URUGUAY. Constitución de la República de Uruguay, artículo 47 inciso 3.

69 Constitución de la República de Uruguay, artículo 47 inciso 4 y artículo 8 Ley N° 18.610 Política Nacional de Aguas.

70 URUGUAY. Ley N° 18.610 Política Nacional de Aguas, de 28 de octubre de 2009.

71 VENEZUELA. Ley de Aguas N° 38.595, de 2 de enero de 2007.

72 PARAGUAY. Ley N° 3.239 de los Recursos Hídricos del Paraguay, de 14 de junio 2007.

73 ECUADOR, Constitución de la República del Ecuador. Artículos 12 y 318 inciso 4.

sino en el año 2014 que Ecuador dictó la nueva ley de recursos hídricos⁷⁴, la cual reitera el orden de prelación establecido en la Constitución.

Finalmente, en el año 2009, la Constitución Boliviana reconoce el acceso al agua y al alcantarillado como derechos humanos y establece como obligación del Estado la protección y garantía en el uso prioritario del agua para la vida⁷⁵. A pesar, del reconocimiento constitucional, la ley de aguas vigente data del año 1879⁷⁶ y ha sido derogada en varias de sus partes por normas posteriores. En el mismo año, Perú dicta su ley de recursos hídricos⁷⁷, en la que se dispone que el acceso al agua para la satisfacción de las necesidades primarias es un fin prioritario, pues es un derecho fundamental⁷⁸.

La Constitución Argentina no reconoce el derecho humano al agua, sin embargo, a nivel provincial, el Código de Aguas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires indica que la ciudad garantiza a todos sus habitantes el acceso al agua potable en cantidad y calidad suficientes para usos personales y domésticos como derecho humano fundamental⁷⁹. El abastecimiento de la población es el principal uso del agua y tiene prioridad frente a cualquier otro uso⁸⁰.

En síntesis, sólo Uruguay, Ecuador y Bolivia han reconocido como derecho humano el derecho al agua a nivel constitucional, y sólo los dos primeros han regulado este derecho en sus respectivas leyes de aguas. Bolivia continúa con una tarea pendiente, pues su ley de dominio y aprovechamiento de aguas es de data muy antigua, la cual se encuentra derogada en varias partes por normas posteriores.

Cabe destacar que Colombia no ha reconocido el derecho humano al agua ni a nivel constitucional ni legal, sin embargo la Corte Constitucional ha hecho una larga carrera para categorizar el derecho al agua como uno de carácter fundamental⁸¹.

74 ECUADOR, Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del agua, de 6 de agosto de 2014. Registro Oficial N°305.

75 BOLIVIA. Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia. Artículo 16.III y artículo 374.I.

76 BOLIVIA. *Ley de dominio y aprovechamiento de aguas*, Decreto de 1979 elevado a rango de ley en 1906.

77 PERÚ. Ley N°29.338 de Recursos Hídricos, de 30 de marzo 2009.

78 *Ibid.* Artículo III.2.

79 LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Ley N°3.295 de 9 de febrero 2010. Artículo 3.

80 *Ibid.* Artículo 15.

81 GÓMEZ REY, Andrés y AMPARO RODRÍGUEZ, Gloria. *El derecho fundamental al agua. Desde el derecho ambiental y los servicios públicos domiciliarios*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2013. P.38.

La Constitución colombiana incluye, eso sí, claros deberes estatales para asegurar el acceso al agua. Efectivamente en su artículo 366 se señala que "el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable".

En cuanto al uso ambiental del agua, este ha sido reconocido solo por Paraguay y Ecuador. Sin embargo, su regulación tiene diferencias tanto en la preferencia por sobre otros usos como en su ámbito de aplicación. Así, la Ley de Recursos Hídricos del Paraguay establece la “satisfacción de las necesidades de los ecosistemas acuáticos” como segunda prioridad⁸², gozando de preferencia por sobre el uso y aprovechamiento para actividades agropecuarias. Además, su preferencia está limitada solo para la satisfacción de los ecosistemas acuáticos, dejando fuera los ecosistemas terrestres. Mientras que la ley de aguas de Ecuador se refiere al “caudal ecológico” en el tercer lugar del orden de prioridad⁸³, por sobre este “destino o función” (como señala la propia ley) se encuentra el consumo humano y el riego que garantice la soberanía alimentaria⁸⁴.

Por su parte, la Constitución ecuatoriana, en su artículo 411 inciso 2, señala que la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

Respecto al uso agrario del agua, la legislación de Paraguay, Perú, Colombia y Ecuador lo han reconocido como un uso prioritario. En el caso de la Ley de Recursos Hídricos del Paraguay lo establece en el cuarto lugar del orden de preferencia bajo la siguiente fórmula: “uso y aprovechamiento para actividades agropecuarias, incluida la acuicultura”⁸⁵. En tanto, la Ley de Recursos Hídricos del Perú consagra el uso agrario como un tipo de uso productivo, por lo tanto, de acuerdo al artículo 35 de dicha ley, este se encuentra en el tercer lugar en el orden de prelación.

El Decreto 1541 de Colombia, por otro lado, se refiere a los “usos agropecuarios comunitarios” y los “usos agropecuarios individuales” en los cuales se encuentran comprendidas la acuicultura y la pesca, los cuales se ubican en el tercer y cuarto lugar del orden de prioridades, respectivamente⁸⁶.

Por último, la ley de Ecuador se refiere al “riego que garantice la soberanía alimentaria”, este comprende el abrevadero de animales, la acuicultura y otras actividades

82 Ley N°3.239 de Recursos Hídricos del Paraguay. Cit.ant. (72). Artículo 18 letra a).

83 Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del agua de Ecuador. Cit.ant.(74). Artículo 86 letra c).

84 La ley, en su artículo 76, define caudal ecológico como la cantidad de agua, expresada en términos de magnitud, duración, época y frecuencia del caudal específico y la calidad del agua expresada en términos de rango, frecuencia y duración de la concentración de parámetros que se requieren para mantener un nivel adecuado de salud en el ecosistema. Como se observa la ley utiliza la expresión genérica “ecosistema”, sin limitar el campo de aplicación del caudal ecológico sólo a los ecosistemas acuáticos.

85 Ley N°3.239 de Recursos Hídricos del Paraguay. Cit.ant. (72). Artículo 18 letra c).

86 COLOMBIA. Decreto 1.541 de 26 de julio de 1978, sobre Aguas no marítimas Reglamentación General sobre conservación y protección. Artículo 41 letra c).

de la producción agropecuaria alimentaria doméstica⁸⁷.

Sobre los usos productivos, las leyes de aguas de Paraguay, Perú, Colombia y Ecuador establecen los establecen en el siguiente orden de preferencia: uso del agua para la generación de energía, usos industriales y finalmente el uso en la minería. Salvo la ley de recursos hídricos del Paraguay que no establece el uso del agua en la minería⁸⁸.

Finalmente, en el caso de la legislación de aguas en Argentina, a nivel constitucional no existe un orden de prelación, sin embargo a nivel provincial rigen distintas leyes o Códigos de aguas que sí establecen un orden. Por ejemplo: la Ley de Aguas de Río Negro, la Ley de Aguas de San Luis, el Código de Aguas de Formosa, el Código de Aguas de Salta, el Código de Aguas de Chubut y la Ley N°5.850 de 2010 que establece la Política Hídrica Provincial⁸⁹, el Código de Aguas de Entre Ríos y el Código de Aguas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

6. Propuesta de modificación legal al Código de Aguas

Atendiendo al actual contexto nacional de la demanda de los recursos hídricos y los diferentes usos a los cuales son destinados por sus usuarios; el hecho de ser un recurso natural esencial para la existencia de la vida animal, vegetal y humana y la conservación de los ecosistemas; además de la importancia de estos para el desarrollo de las actividades productivas que sustentan la economía del país, es que se concluye que el Código de Aguas chileno debe volver a establecer un orden de prelación atendiendo al fin al cual se destinan las aguas.

El orden de prelación permitirá prevenir y resolver los conflictos que se generen entre los usuarios desde la esfera de lo público y no desde la esfera del mercado. Sustituir el remate público como mecanismo de asignación de los derechos de aprovechamiento de aguas implicaría eliminar del Código de Aguas la distribución de este recurso natural bajo la óptica del mercado. El mercado se caracteriza por la indiferencia entre los agentes, "es

87 Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del agua de Ecuador. Cit.ant.(74). Artículo 86 letra b).

88 Es necesario destacar que tanto la legislación de aguas de Ecuador y Perú, consignan otros usos productivos del agua a parte de los ya detallados en el párrafo anterior. Así, el artículo 93 de la ley dispone que el turismo, hidrocarburos, envasado y comercialización de aguas minerales, medicinales, tratadas, enriquecidas o que tengan procesos de purificación y calidad son actividades que constituyen el aprovechamiento productivo del agua. En tanto, el artículo 42 de la Ley de Recursos Hídricos del Perú, establece que el uso medicinal, recreativo, turístico y de transporte del agua son tipos de uso productivo.

89 El artículo 2 letra c) señala lo siguiente: "En situaciones de escasez, el uso prioritario de los recursos hídricos es el uso doméstico y municipal para abastecimiento de la población".

*esta dimensión de indiferencia recíproca la que necesita ser compensada a nivel social por otra caracterizada no por la indiferencia sino por la responsabilidad recíproca*⁹⁰.

El Código de Aguas chileno debe volver a establecer un orden de prelación, pero ¿en qué orden deben fijarse los distintos usos? Entre los usos de las aguas parece no resultar tan difícil llegar al consenso de consagrar el consumo humano de agua como prioritario, toda vez que su fin atiende a satisfacer las necesidades humanas básicas de la población. Efectuar tal consagración se fundamenta, además, en la declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas en la cual se reconoce el acceso al agua potable y al saneamiento como derecho humano.

En cuanto al uso ambiental, que permite la conservación de los ecosistemas, este tiene su fundamento en el deber constitucional del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, toda vez que la preservación de la naturaleza tiene como fin asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país.

Respecto al uso agropecuario del agua este se justifica porque garantiza la seguridad alimentaria del país, es decir, que todos tengan en todo momento acceso físico, social y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer las necesidades alimenticias y las preferencias en cuantos alimentos con el objeto de llevar una vida activa y sana. El acceso a los recursos hídricos con fines agrícolas permite garantizar el derecho a la alimentación adecuada, derecho del cual el acceso al agua es presupuesto.

Hasta los usos expuestos en los párrafos anteriores parece fácil pensar en un orden para los usos prioritarios, no obstante una mayor discusión podría producirse respecto al orden que debería seguir de los usos productivos ¿Qué uso productivo debe tener preferencia? ¿La generación de energía, las actividades industriales o la minería?

Generar energía es indispensable para el desarrollo de todas las actividades que se realizan, sin energía no puede operar la minería ni las industrias, y contar el suministro de

90 ATRIA, Fernando; LARRAÍN, Guillermo; BENAVENTE, José Miguel; COUSO, Javier y JOIGNANT, Alfredo. *El otro modelo*. Santiago: Editorial Debate, 2013. P.174. En esta obra se señala que la esfera del mercado es la esfera en el que cada uno adquiere lo que necesita y puede adquirir, como ocurre actualmente con el remate público. La esfera de lo público, en cambio, es la esfera en la que idealmente cada uno recibe lo que necesita. Una diferencia entre la esfera del mercado y la esfera de lo público (de la ciudadanía) es que la primera el que cada uno obtenga lo que necesita es un problema privado (responsabilidad de cada uno), mientras que en la segunda el que el ciudadano obtenga aquello a lo que tiene derecho es un problema público, es la esfera de los derechos sociales. Que algo sea considerado un derecho social significa precisamente que no es públicamente aceptable que su provisión quede entregado al mercado y su criterio de distribución. *Ibid.* P.173.

ella es trascendental en todos los hogares del país. Por lo tanto, parece razonable que el uso energético preceda en el orden de prelación a los usos industriales y mineros, pues estas actividades dependen en su funcionamiento de la generación de energía.

Sin embargo, cabe recordar que la generación de energía no solo puede desarrollarse en base a recursos hídricos; basta pensar en la energía eólica, solar y geotérmica. Por ello, el uso energético del agua no constituye un uso prioritario, ya que estos se definen como aquellos que necesitan de manera imprescindible de agua para lograr su fin. A pesar de esto, al proponer una modificación legal debe necesariamente considerarse que Chile por sus características geográficas y de sus ríos se encuentra en una posición privilegiada para generar energía hidroeléctrica, ello es reflejado en que el tercio de la matriz eléctrica es generada con agua.

No obstante esto, en muchos casos las centrales hidroeléctricas son objeto de cuestionamientos y rechazo por las comunidades vecinas del lugar en que son construidas, esto debido a los impactos ambientales que producen.

Considerando estos dos aspectos, es que debe abrirse camino a las centrales minihidro como una alternativa para el desarrollo de la hidroelectricidad.

En atención a estas consideraciones, se postula que el uso energético de los recursos hídricos debe anteceder a los otros usos productivos.

En el caso de las industrias cabe hacer una distinción entre las industrias mineras y las no mineras. En cuanto al uso minero del agua se refiere, el empresariado minero debería evaluar sus actuales formas del uso del agua, sobre todo en ecosistemas frágiles y donde la disponibilidad de agua es escasa. La minería no debe continuar extrayendo agua de napas subterráneas, sino utilizar agua de mar en sus procesos productivos⁹¹. Actualmente las mineras pueden ocupar en sus procesos productivos agua de mar por cuanto existe la tecnología para emplear y desarrollar esta alternativa y el empresario minero tiene las condiciones económicas para costearla.

Al existir y ser posible la alternativa de utilizar agua de mar en los procesos productivos mineros es que este uso debería ubicarse en el último lugar del orden de prelación.

91 LARRAÍN, Sara y POO, Pamela. Cit.ant.(40). P.48-49.

Finalmente, proponer una modificación legal en esta materia implica abandonar “*la mentalidad de uso-único (que) está profundamente arraigada en Chile*”⁹². La situación de escasez hídrica y los numerosos conflictos entre los usuarios de las aguas a lo largo del país requiere reconocer que los recursos hídricos responden a múltiples funciones y usos, y que ciertas funciones y usos tiene prioridad por sobre las otras.

La propuesta de modificación legal que se postula es la siguiente⁹³:

Se propone establecer en el Código de Aguas una norma que contenga un orden de prelación aplicable al momento del procedimiento de otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas cuando concurren dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y la disponibilidad de estas no sean suficientes para satisfacer todos los requerimientos.

Los usos de las aguas, por los argumentos anteriormente expuestos, debe seguir el siguiente orden de prelación:

1. Consumo humano de agua potable y saneamiento;
2. Uso ambiental;
3. Uso agropecuario;
4. Uso energético;
5. Uso industrial;
6. Uso minero; y,
7. Otros usos.

92 BAUER, Carl J. Cit.ant. (50).P.128.

93 En cuanto al ámbito de aplicación del orden de prelación que se propone, se estima que este debe regir tanto para la constitución de derechos de aprovechamiento en aguas superficiales como en aguas subterráneas. Esto porque no existe razón para excluir del mismo tratamiento jurídico a las aguas en función de su fuente de origen. Además, el legislador ha reconocido la conexión que existe entre todas las aguas, superficiales y subterráneas. El llamado principio de unidad de la corriente se cuenta consagrado expresamente en el Código de Aguas en el artículo 22. No considerar un mismo orden de prelación cuya aplicación se extienda tanto a las aguas superficiales y subterráneas implicaría no respetar el principio de unidad de la corriente y sus implicancias.

CONCLUSIONES

La creciente demanda del consumo de agua por los diversos usuarios, el fenómeno del cambio climático y la contaminación de las aguas son factores que originan y agudizan la situación de escasez de las agua presente en nuestro país.

El Código de Aguas establece la naturaleza jurídica de las aguas al consagrar que estas son un bien nacional de uso público, por ende su uso y dominio pertenece a la nación toda. En atención a esta naturaleza jurídica y por tanto, estar sujetas a un régimen especial, es que el Estado está obligado a velar por su protección, conservación y ordenamiento en su uso y aprovechamiento.

El dominio público de las aguas se justifica, pues las finalidades que satisfacen son múltiples y esenciales. Dichas finalidades se manifiestan en las diversas necesidades de la población que son satisfechas mediante el uso y aprovechamiento del agua (como por ejemplo: consumo humano y saneamiento, regadío). Sin embargo, no solo debe atenderse a las necesidades o actividades de la población, sino también a que las aguas son vitales para la preservación y conservación de los ecosistemas y para desarrollo de las actividades productivas del país.

Lo cierto es, que los recursos hídricos juegan un rol clave para el desarrollo económico, pero no debe olvidarse que son indispensables para el desarrollo de la vida y la conservación del medio ambiente.

A pesar de su naturaleza de bien nacional de uso público, bajo el actual ordenamiento jurídico chileno no existen limitaciones o condiciones para su uso, esto debido fundamentalmente a que tanto la Constitución Política como el Código de Aguas se sustentan en principios neoliberales, de manera tal que en el régimen legal de aguas actual la propiedad privada está notoriamente fortalecida y existen mecanismos e incentivos de mercado que limitan el poder regulatorio del Estado.

El breve examen de los tres cuerpos codificados de las aguas, permite concluir que la ausencia de regulación en el uso de las aguas no siempre fue la tónica del régimen legal de aguas. En el primer Código de Aguas de 1951 destaca el artículo 30 que establecía un *orden de prelación* en virtud del fin o destino que se le darían a las aguas. Este orden se fundamentaba en que la preferencia en el otorgamiento de ciertas mercedes respondía a fines de interés general.

Luego, con la dictación del segundo Código de Aguas en 1969, el otorgamiento de las mercedes se fundamentaba también en fines de interés general, sin embargo se le da un mayor énfasis al uso del agua para riego, esto debido a que este Código fue dictado bajo el proceso de Reforma Agraria.

Finalmente, el Código de Aguas vigente, de tendencia neoliberal, transformó el sistema de derechos de aguas del país a un libre mercado de derechos de agua. Expresión de esto fue que el orden de preferencia para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento fue sustituido por un remate público realizado por la DGA. Como consecuencia, actualmente entre los múltiples usos de las aguas no existe una preferencia legal de unos usos por sobre otros. Esto lleva al absurdo que un particular solicite la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas para consumo humano (por ende, pretende la satisfacción de necesidades básicas), frente a otro particular que solicite constituir un derecho de aprovechamiento sobre las mismas aguas para la generación de energía hidroeléctrica (fines económicos), y, como en este caso la DGA debe llamar a un remate público para que el mejor postor se adjudique el derecho, habilitará a la empresa privada con mayores recursos económicos a obtener este derecho, sin importar que el primer solicitante pretenda satisfacer necesidades básicas.

En Chile el derecho al agua potable y saneamiento no se encuentra reconocido en el ordenamiento jurídico, lo que constituye un retraso en materia de protección y garantía de derechos fundamentales.

Por otra parte, el uso ambiental no existe, salvo una escueta voluntad del legislador por incorporar normas ambientales al Código de Agua que tutelen su conservación; como por ejemplo el caudal mínimo ecológico y la reserva de caudal, sin embargo estas herramientas no han sido diseñadas de forma tal de poder cumplir con su objetivo, cual es la conservación.

En tanto, el agua en la agricultura adquiere un rol fundamental, ya que permite garantizar el derecho a una alimentación adecuada tutelando la seguridad alimentaria. Por esto, el acceso al agua es presupuesto de este derecho, siendo además fundamental para el desarrollo socioeconómico del país.

Finalmente, las actividades productivas presionan fuertemente a los recursos hídricos en el funcionamiento de sus procesos, las industrias, la minería y las hidroeléctricas se presentan como amenazas a la disponibilidad de este recurso natural.

Ante tal realidad en los usos de las aguas, es menester lograr un uso eficiente y sustentable, es imprescindible encontrar soluciones comunes a conflictos que tienen el carácter de públicos. La priorización de los usos como un mecanismo para lograr la eficiencia y la eficacia en la gestión de los recursos hídricos es una solución óptima para prevenir y solucionar los conflictos que se producen entre los distintos usuarios, y para garantizar un uso eficiente y sustentable. Así, lo han entendido los distintos ordenamientos jurídicos de América del Sur.

En la última década la tendencia ha sido reconocer el derecho al agua y saneamiento como derecho fundamental y fijar normas que dispongan de un orden de prelación para el otorgamiento de derechos sobre las aguas. En relación a esto, es posible afirmar lo siguiente: a) el consumo humano de agua es siempre prioritario, b) si bien el uso ambiental para satisfacer necesidades ambientales no ha sido reconocido por todas legislaciones como prioritario, se constata la tendencia de reconocer que los Estados tienen la obligación de mantener los ecosistemas en atención a que el agua es un componente de los mismos, y que por lo tanto son fundamentales para preservar la biodiversidad y la sustentabilidad de los ecosistemas y c) en cuanto a usos productivos se refiere, las legislaciones de aguas de los países de América del Sur, le han dado el siguiente orden de preferencia: uso energético, usos industriales y uso minero.

Respecto a la modificación legal propuesta, esta pretende ser un aporte en la búsqueda de una solución que reglamente los múltiples usos de las aguas. La misma toma como referencia legislaciones extranjeras que regulan esta materia. Así mismo, pretende ir más allá del reconocimiento que el Ejecutivo busca consagrar por medio de la Indicación Sustitutiva al proyecto de ley que modifica el actual Código de Aguas, pues a pesar de que este es un avance, sólo reconoce la función de subsistencia y de conservación eco sistémica, y no emite un pronunciamiento acerca de los usos productivos, que tanto conflicto ocasionan y que tanta agua demandan.

No se puede olvidar que las aguas siguen siendo bienes nacionales de uso público, y por ende, su dominio pertenece a la nación toda y su uso a todos sus habitantes. Por ello, es necesario dar especial atención a un tema fundamental como este, más aun, cuando las necesidades más vitales y esenciales, como el consumo humano, no son abastecidas adecuadamente, o derechamente no son provistas de la cantidad de agua necesaria.

Recibido: 15 de junio de 2015

Aprobado: 6 de octubre de 2015

Orientaciones y contradicciones en la Ley de Bosque Nativo.

Guidelines and contradictions on native forest law

Felipe Moreno del Valle¹

Abogado, Universidad de Chile
felipe.moreno.delvalle@gmail.com

RESUMEN

La Ley N°20.283, llamada Ley de Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, regula el fomento y la utilización de este recurso. La ley tuvo una extensa tramitación parlamentaria producto de dos visiones opuestas relativas al bosque nativo, que podríamos distinguir entre conservación y explotación industrial del bosque. A raíz de esta tensión el legislador pretendió, al menos en apariencia, equilibrar estos dos objetivos. El resultado de este intento dio como resultado la ley vigente hoy en día, que termina por fomentar la incorporación del bosque nativo a la matriz productiva de la industria forestal. Se realizará un examen de las disposiciones más importantes de la ley y se entregarán comentarios y sugerencias sobre la materia.

Palabras clave: Ley de Bosque Nativo, Conservación de Recursos Naturales, Industria Forestal.

1 Este texto responde a un desarrollo ampliado de ciertas ideas vertidas en el Capítulo Tercero de la tesis de grado titulada "Análisis Histórico-Jurídico de la Regulación del Bosque Nativo en Chile: Orientaciones y Finalidades en la Ley 20.283", de mi autoría, y presentada para efectos de mi titulación en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile en el mes de noviembre del 2014. En este sentido, aclaro que esta obra es diferente de la señalada tesis, sin perjuicio de la evidente proximidad temática.