



JUSTICIA AMBIENTAL *y Climática*

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL DE LA ONG FIMA

AÑO XI, N° 11 / DICIEMBRE 2019

Con derecho al ambiente



FIMA

ONG - Desde 1998



JUSTICIA AMBIENTAL

Consejo Editorial:

Álvaro Fuentealba Hernández, Raul Campusano Droguett,
Rodrigo Polanco Lazo, Fernando Dougnac Rodríguez,
Francisco Ferrada Culaciati, Raúl Letelier Wartenberg,
Ezio Costa Cordella y Gabriela Burdiles Perucci.

Director General:

Raul Campusano Droguett.

Editor:

María Victoria Galleguillos Alvear.

Colaborador a la Edición:

Constanza Gumucio Solis.

Auspicia:

Fundación Heinrich Böll.

Publicado por la ONG Fiscalía del Medio Ambiente-FIMA

ISSN N° 0718-736x - Santiago de Chile.

Representante Legal:

Fernando Dougnac Rodríguez.
Mosquito 491, oficina 312, Santiago / (56-2) 2664 4468
www.fima.cl

Diseño portada e interior:

Carolina Quinteros Muñoz.

Fotografía:

Ezio Costa Cordella
Mariposa Monarca (*Danaus plexippus*)
Argentina, 2019.

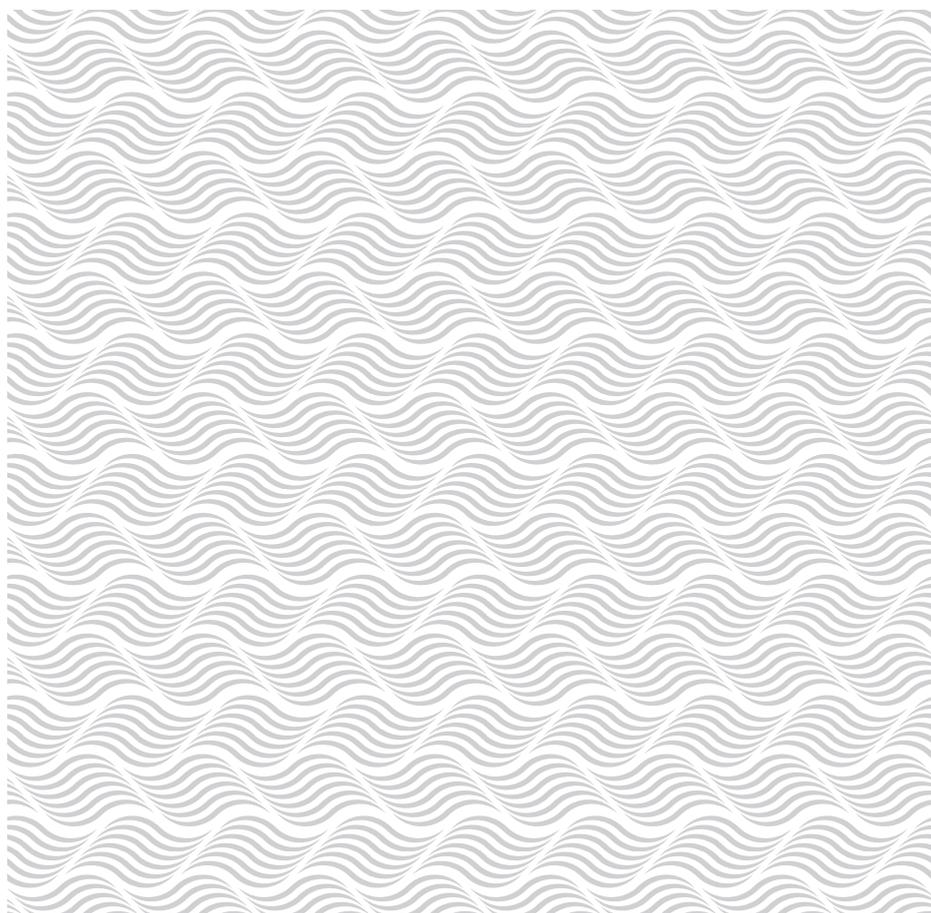
Impresión:

Jorge Luis Roque Muñoz.

“Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.”



/ PERSPECTIVAS DE LA COP25 /



Hacia un nuevo derecho de aguas: ambientalizado y resiliente¹

Verónica Pía Delgado Schneider

Doctora en Derecho, Universidad Tor Vergata (Roma-Italia)

Profesora Asociada, Fac.Ciencias Jurídicas y Sociales,

Universidad de Concepción

Investigadora CRHIAM y CR2

vedelgado@udec.cl

I. La "realidad" que regula el derecho de aguas cambió y seguirá cambiando.

No es difícil concluir que la gestión del agua en Chile no es ni sustentable ni resiliente. Y si bien las razones pueden ser muchas y variadas, estas líneas pretenden poner énfasis en las falencias y atrasos de uno de sus pilares, el derecho de aguas.

Hasta ahora, para la doctrina especializada, el "núcleo dogmático"² de la disciplina, esto es, lo que le da su autonomía como tal y determina sus principios e instituciones matrices, no incluiría la protección de las aguas o su uso sustentable. Para Vergara, la *realidad* o los hechos a regular por el derecho de aguas, serían las aguas y su *aprovechamiento*. Y los principios de la disciplina en Chile serían básicamente que las aguas son públicas (*publicatio* de las aguas); que sobre ellas pueden constituirse derechos (o reconocerse en ciertos casos), que existe libertad para ser titular de esos derechos, para ejercerlos y enajenarlos; y el principio de la unidad de la corriente.³

Pues bien, este núcleo dogmático del derecho de aguas en Chile debe cambiar, actualizarse, no centrarse sólo en los "derechos de aprovechamiento" sino más bien, ampliarse hacia la *protección* del agua y su aprovechamiento *sustentable*. La evidencia científica es contundente en el sentido que hay una "nueva realidad", dinámica y movable, que asumir: el agua dulce ya es escasa en muchas zonas y la sequía continuará, los glaciares se derriten, aumentan las temperaturas, hay más inundaciones, etc. Esto implica que, de mantenerse la gestión actual y en

1 Agradecimientos al Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería (CRHIAM) de la Universidad de Concepción, Proyecto CONICYT/FONDAP/15130015 y al Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR2), Proyecto CONICYT/FONDAP/15110009.

2 Para utilizar la expresión de Vergara en el estudio más completo en Chile sobre el tema: VERGARA, Alejandro. Sistema y Autonomía del Derecho de Aguas, en: Vergara Blanco, Alejandro (Director), *Actas de Derecho de Aguas*, Nº 1, 2011, p. 68.

3 VERGARA, Alejandro. Evolución y principios del derecho de aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile, en: *Derecho de Aguas*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, tomo II, p.455 y ss.

este nuevo escenario, la competencia por el agua se intensificará y se agudizarán los conflictos y el deterioro ambiental. *“La próxima generación de conflictos de agua -advierte Bauer- estará marcada por el vínculo entre agua y energía, cambio climático y la sustentabilidad del ecosistema. El Código de aguas por sí solo no puede lidiar con estos problemas.”*⁴

Si queremos pues proteger las aguas y hacer frente al cambio climático, desde el derecho de aguas, las reformas deberán ser sustantivas. El derecho actual, básicamente constituido por el Código de Aguas, si bien la concibe como un bien nacional de uso público, la ha transformado en un bien “privado”⁵, al otorgar propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, en carácter de perpetuos y gratuitos, derechos que pueden transarse libremente en el mercado y que no tienen la obligación de respetar el uso para el cual fueron otorgados. De hecho, aunque el agua escasee, todos los usos compiten por igual, sin reconocerse prioridades⁶; aunque en la práctica, el Código sí otorga privilegios a ciertos usos extractivos (por ejemplo el minero), incentiva otros (como el agrícola e hidroeléctrico) y establece, en cambio, escasas normas para el uso doméstico (como el otorgar el derecho a extraer cierta cantidad de aguas subterráneas sin necesidad de tramitar solicitud). Respecto al uso ecosistémico, desde el año 2005, sólo existe la norma que impone respetar el caudal mínimo ecológico al otorgar derechos de agua, pero sólo es aplicable a los “nuevos” derechos. Es increíble que todavía no se asuma en la legislación que cuando no hay agua, existirá, un deterioro ambiental muchas veces irreversible (caso Laguna Aculeo), se lesionarán derechos humanos (caso Petorca) y los usos productivos tampoco podrán ejercerse adecuadamente (embalses hidroeléctricos a media capacidad).

La autoridad de aguas, sólo está dotada de facultades ambientales “generales”⁷ y -como acertadamente afirma Costa-, el hecho que sólo pueda utilizar herramientas más bien “laterales” de protección, ha derivado en que esta obligación estatal se encuentre “a la deriva” hasta ahora⁸. Todas estas facultades de la autoridad deberán revisarse.

4 BAUER, Carl. *¿La Ley del Péndulo? Conflictos y la gobernanza del agua desde 2005*. En Aranda, Jorge; Insunza, Ximena; Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana Lya (Editores): *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago: Thomson Reuters - Legal Publishing, 2014, p. 670.

5 ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza, *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*, Santiago de Chile, Thomson Reuters. 2015 y CELUME, Tatiana. *Régimen público de las aguas*. Santiago de Chile, Thomson Reuters. 2013.

6 SANDOVAL, María Ignacia. Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada”. En: *Revista Justicia Ambiental* N°7, 2015, pp. 133-162.

7 BOETTINGER, Camila. Variables ambientales en el Código de Aguas, en: Aranda, Jorge; Insunza, Ximena; Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana Lya (Editores), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago: Thomson Reuters - Legal Publishing, 2014, p. 374.

8 COSTA, Ezio. Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 1, 2016, p. 347.

La Dirección General de Aguas tiene atribuciones para otorgar los derechos de aprovechamiento de aguas, pero una vez otorgados, debe dejarlos al sistema de autogestión privada de los usuarios, organizaciones que en muchas cuencas no están organizadas y que no cuentan con atribuciones en materias ambientales.

La autoridad poco planifica, poco fiscaliza y muy rara vez se hacen efectivas las responsabilidades penales y administrativas contra los infractores. El escenario es desolador si se trata del "robo" de agua y de reparar daños ambientales.

Poca protección preventiva existe si no se contempla una planificación adecuada del agua por parte de la autoridad. Y menos aún si no existe en el derecho de aguas actual instrumentos que permitan integrar a esta planificación hídrica, la territorial, para evaluar los efectos que causan en la cantidad y calidad del agua, los usos de suelo que se darán en la cuenca⁹.

Por otra parte, si bien el Código, por ejemplo, reconoce el principio de la unidad de la corriente, en realidad, existen ríos de una misma cuenca que se administran de manera seccionada. Y cuando se tramita un derecho o su traslado, tampoco se respeta este principio, pues en la práctica no se analiza la disponibilidad considerando la relación entre las aguas superficiales y subterráneas. Tampoco cuando se permiten trasvasajes de cuencas, ni menos aún se considera la relación con el agua de mar donde las continentales generalmente desembocan. En otras latitudes la gestión integrada de los recursos hídricos incluye expresamente la zona marina costera.

Las decisiones, por otro lado, se toman por la autoridad y las organizaciones de usuarios sin participación de todos los interesados. No existe quien represente los intereses de los usuarios "sin derechos de aguas", las generaciones futuras ni a los ecosistemas. Hemos afirmado que el Código de aguas no es un código "para las aguas", sino más bien, para los "derechos" de agua, y por lo mismo, sólo participan los dueños de estos derechos¹⁰. Y dentro de estas organizaciones, las decisiones son poco democráticas, pues sólo son representativas de los "*usuarios con mayores recursos*"¹¹.

9 DELGADO Verónica, ARUMI José Luis, REICHER Oscar. Lessons from spanish and us law for adequate regulation of groundwater protection areas in Chile, especially drinking water deposits, *Water Resource Management* [online], 2017, pp. 4699-4713.

10 DELGADO, Verónica y REICHER, Oscar. La urgente incorporación del principio de participación ciudadana en el derecho de aguas chileno: un enfoque desde los instrumentos de gestión ambiental. En: *Revista de Derecho Ambiental*, N°8, 2017, pp. 154-183.

11 BAUER, Carl. Water Conflicts and Entrenched Governance Problems in Chile's Market Model. *Water Alternatives* 8(2): 147-172, 2015, pp.148,12,13,54 y 55.

Por otra parte, como advierte el Banco Mundial, los organismos del Estado (más de 40) no actúan coordinadamente, generando “superposición y dispersión” de recursos y funciones; y hay aún materias que son tierra de nadie, como la planificación del agua a nivel de cuenca, la protección del medio ambiente y grupos vulnerables, el control de la seguridad de presas no construidas con fondos fiscales, la divulgación del conocimiento y la educación, etc¹².

Además, las decisiones generalmente se improvisan pues no existe información científica confiable, ni en disponibilidad ni en calidad de agua, especialmente subterránea. Tampoco hay información sobre cómo funcionan los ecosistemas asociados. Esto es especialmente grave en un contexto de cambio climático, y porque, hasta ahora, no se aplica como debiera el principio precautorio, en virtud del cual, cuando exista incerteza científica, ella no podrá ser utilizada como excusa para postergar una decisión, como aprobar una solicitud de derechos o un proyecto, rechazarlo o imponerle condiciones.

Tampoco la normativa considera “incentivos sustentables” y, en cambio, funciona con los subsidios “perversos” según la OCDE, como aquellos relacionados a la patente por no uso del agua, al riego tecnificado y al uso de agroquímicos que contaminan el agua¹³.

El Código trata algunas materias, que hoy son especialmente importantes por el cambio climático, que deberán ser revisadas con urgencia, pues, por ejemplo, las que habilitan a la autoridad para decretar escasez hídrica parten del supuesto que existe una sequía “extraordinaria” (cuando en el país ya es permanente)¹⁴, y las que tratan las inundaciones, sólo lo hacen para imponer una potestad de vigilancia de la DGA por obras de tomas en cauces naturales y embalses.

II. Un nuevo Derecho de Aguas: ambientalizado y resiliente

Un derecho de aguas “ambientalizado” sería aquel que incluya la variable ambiental (en términos de sustentabilidad) en la toma de decisiones de planificación y gestión. Y además sería “resiliente” cuando sea capaz de incluir flexibilidad en la toma de decisiones, permita ir adaptándonos a la cambiante

12 BANCO MUNDIAL, Chile. Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos, 2013, p. 38-40.

13 CEPAL y OCDE, Evaluación de Desempeño Ambiental Chile 2016, 85, 246 y 247.

14 BOETTINGER Camila. Análisis crítico de la Declaración de Escasez, en: *La Regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas*. DER. 2019, 345-376.

realidad y considere reglas especiales para los grupos más vulnerables. Sólo un derecho de aguas así concebido permitirá lograr seguridad hídrica y avanzar en los objetivos de desarrollo sustentable.

Una gestión *sustentable y resiliente* del agua, a juicio de quien escribe, implica que el derecho de aguas considere tomar decisiones en base a las siguiente premisas, criterios o principios:

a. El agua es un recurso *natural*, escaso y valioso (un bien común, en palabras de E. Ostrom) que, como parte del medio ambiente, debe ser protegida y gestionada, en calidad y cantidad, con *reglas especiales* (distintas a la de los bienes privados), que atiendan justamente a su carácter de común. Y especialmente en un contexto de cambio climático, es decir, con una realidad cambiante, debe considerarse la posibilidad de la autoridad de “revisar” las condiciones bajo las cuales otorgó los derechos¹⁵.

b. La protección implica que exista una adecuada planificación local de los usos del agua (y posibles escenarios), considerando además los usos del suelo. Para ello, los expertos sugieren implementar gestión integrada de recursos hídricos, que es un enfoque de gestión que destaca la función del agua como bien social, económico y ambiental, y que implica la gestión coordinada del agua y del suelo¹⁶. Esta gestión debe hacerse desde cada territorio¹⁷. E implica además, proteger ecosistemas acuáticos vulnerables (al cambio climático y la actividad antrópica directa) como glaciares, humedales, turberas etc.; que, a la vez, son especialmente valiosos como reservas de agua, contenedores de inundaciones, captadores de carbono etc.

c. Las decisiones, del Estado y de los particulares, en torno a la gestión sustentable del agua deben basarse en información científica confiable (y tecnología adecuada para el procesamiento de datos) y aplicar el principio preventivo; y cuando ella no exista, debe aplicarse el principio de precaución.

15 Como ocurre en derecho comparado siguiendo a DUHART Daniela. Debilidad institucional en la gestión de las aguas en Chile: reflexiones a partir del estudio de los sistemas de Inglaterra y Australia (New South Wales) y otras experiencias comparadas. En: *La Regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen Jurídico de las aguas*. DER. 2019, 3-46.

16 Se define como un proceso que promueve la gestión y desarrollo coordinados del agua, el suelo y los otros recursos relacionados, con el fin de maximizar el bienestar económico y social resultante de manera equitativa, sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas vitales. Gestión Integrada de Recursos Hídricos [en línea] [fecha de consulta: 20 de julio de 2019] Disponible en: <https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/iwrm.shtml>

17 INICIATIVA AGUA Y MEDIO AMBIENTE, *Hoja de ruta de los recursos hídricos*, Santiago (Chile), 2017, [en línea] [fecha de consulta: 25 de julio de 2019] Disponible en: <https://www.aguaymedioambiente.cl/wp-content/uploads/2018/11/Hoja-de-Ruta-Agua-y-Medioambiente-2017-baja-resoluci%C3%B3n.pdf>

d. Se debe respetar el ciclo hidrológico y evaluar adecuadamente los efectos de las decisiones que lo alteren pues, por ejemplo, el transporte de aguas de una cuenca a otra, puede producir efectos en ambas, especialmente en la que aportaría el agua, como se ha descrito recientemente¹⁸.

e. Se requiere que *todo aprovechamiento*, sea realizado de manera sustentable, para asegurar que estas generaciones y las próximas puedan disfrutar de todos los otros usos también. Se habla entonces de las funciones del agua o de los servicios ecosistémicos que presta¹⁹. Una cuenca nos da, por ejemplo, agua para consumo humano doméstico y distintos fines productivos (como la generación de energía, minería, riego agrícola) y también mantiene la fauna y flora de los ecosistemas asociados, da belleza escénica para la recreación, recoge descargas de contaminantes para su disposición final, arrastra nutrientes al mar, que luego se transforman en alimento que permite la pesca, etc. Y todo ello se pierde cuando hay sequía, sobreexplotación o el agua es contaminada²⁰.

f. La gobernanza debe ser participativa (con adecuada información y educación) y considerar a todos los interesados pues las decisiones no pueden quedar exclusivamente en manos del Estado o los expertos, políticos o sólo de los usuarios²¹. Debe ser además adaptativa (en el sentido que sea flexible ante los cambios en el ambiente) y coordinada (entre los distintos organismos del Estado competentes y entre el Estado y los privados) especialmente con el Ministerio del Medio Ambiente (que lidera la temática ambiental) y la nueva institucionalidad que estará a cargo del Cambio Climático.

g. Deben utilizarse incentivos económicos sustentables, que animen a ahorrar agua, buscar nuevas fuentes, usar infraestructura verde, etc. aplicando principios tales como “el que conserva, cobra” y “el agua paga el agua” y,

h. Debe existir una adecuada fiscalización para hacer efectivas las responsabilidades por daños al ecosistema y las personas.

18 Porque el agua no se pierde en el mar, como se ha comentado por DELGADO, PARRA y REICHER desde el CRHIAM (18/10/2015), *Debe el Congreso aprobar el trasvase entre cuencas del país*, El Mostrador [en línea], [fecha de consulta: 10 de junio de 2019] Disponible en: <https://m.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/10/18/debe-el-congreso-aprobar-el-trasvase-de-aguas-entre-cuencas-del-pais/> y FARIAS, GARREAUD, MASOTTI, DELGADO, desde el CR2, ¿Se pierde el agua que llega al mar? (19/07/2019) [en línea] [fecha de consulta: 20 de julio de 2019] Disponible en: (<http://www.cr2.cl/se-perde-el-agua-que-llega-al-mar/>)

19 DELGADO, Verónica. Servicios ecosistémicos y ambientales en la legislación chilena. En: Aranda, Jorge; Insunza, Ximena; Montenegro, Sergio; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana Lya (Editores), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental Universidad de Chile, Recursos Naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?*; Vol. VII, La Ley, THOMSON REUTEURS, 2014, 523-553.

20 GONZÁLEZ, Sergio. Contaminación difusa de las aguas. Revista IniaTierra Adentro, Ed, 2007 - biblioteca.inia.cl, p. 22. [en línea], disponible en: <http://biblioteca.inia.cl/medios/biblioteca/ta/NR34773.pdf> [consultado el 6 de junio de 2019]

21 DEL MORAL, Leandro y PEDREGAL, Belén. Nuevos planteamientos científicos y participación ciudadana en la resolución de conflictos ambientales. En: *Documents d'anàlisi geogràfica*, Nº 41, 2002, pp. 129 y 130.

III. Reflexiones Finales

Este trabajo propone “repensar el derecho de aguas” y cambiar la lógica que lo inspira, en el sentido de “ambientalizarlo” y hacerlo “resiliente” al cambio climático.

Si el derecho de aguas regula el aprovechamiento, la administración y la gestión del agua, debe también protegerla como bien escaso y valioso que es. Si bien se trata de un recurso aprovechable, antes que todo es un componente ambiental del cual depende la vida del hombre y los ecosistemas, que amerita ser protegido por el Estado y la sociedad.

El derecho de aguas debe evolucionar. Ese es el derecho de aguas que debiéramos tener en el siglo XXI, un derecho de aguas que -en palabras de Embid- será un derecho cada vez más alejado del clásico tema de la propiedad de las aguas, cada vez más cerca de decisiones con bases científicas y participativas y que necesariamente deberá ser un “*derecho ambiental de las aguas*”²².

Es fundamental que las reformas que se asuman en el derecho chileno, en particular para el agua, sean evaluadas considerando que somos especialmente vulnerables al cambio climático, y que ya la gestión es poco sustentable. Necesitamos reaccionar y adaptarnos, pero adaptarnos bien²³.

22 EMBID Irujo, Antonio. El derecho de aguas del siglo XXI. En: *Actas de Derecho de Aguas*, 2, 2012, p.93.

23 El concepto de “mala adaptación” y varios casos descritos en CEPAL, *Adaptación al cambio Climático en América Latina y el Caribe*, 2015, p.51.