

Regulación de la sequía en Chile: análisis normativo de la declaración de escasez

Drought regulation in Chile: analysis of the scarcity declaration

Felipe Tapia Valencia*

El presente artículo tiene por objeto analizar la facultad presidencial de declarar zonas de escasez ante períodos extraordinarios de sequía. Para ello, se presenta la disposición caracterizando las atribuciones de los usuarios, de la autoridad y la posibilidad de indemnizaciones a quienes se sientan afectados. Posteriormente, se presentan los criterios de la norma para configurar una época extraordinaria de sequía, que obedecen a consideraciones hidrometeorológicas; dejando de lado factores antrópicos. Se propone distinguir entre los conceptos de sequía y escasez hídrica, así como también se plantea entender la escasez como un fenómeno cada vez más frecuente y prolongado. Por último, en base a estas consideraciones, se analizan las propuestas de reforma a la norma en comento.

Palabras clave: Escasez Hídrica, Sequía, Facultades presidenciales en materia de aguas, Declaración de Escasez.

The purpose of this paper is to analyze the presidential power to declare scarcity areas to face of extraordinary periods of drought. In this order, the disposition is presented, characterizing the attributions of the water users, the authority and the chance of indemnification to those who were affected. Subsequently, the criteria of the norm are presented to configure an extraordinary period of drought, which are related to hydrometeorological considerations; leaving aside anthropic factors. It seeks to distinguish between the concepts of drought and water scarcity, as well as the approach to the situation, as an increasingly frequent and prolonged phenomenon. Finally, based on those considerations, it is analysed ideas of amendments to this norm.

Keywords: Water Scarcity, Drought, Presidential Powers in Water Issues, Scarcity Declaration.

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogado, Universidad Alberto Hurtado. Msc. en Gobernanza de Riesgos y Recursos Naturales, Universidad de Heidelberg. Profesor de Derecho de Aguas, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile. Correo electrónico: felipetapiav@gmail.com
Recibido el 12 de diciembre de 2018 y aceptado el 3 de abril de 2019.

Introducción

En materia de gestión de recursos hídricos, uno de los temas que se torna más relevante en la actualidad es el tratamiento regulatorio de los períodos de sequía o escasez hídrica, considerados generalmente como episodios de emergencia o extraordinarios por las legislaciones nacionales. En el caso de Chile, el tema es de especial preocupación si tenemos presente cifras como las del verano de 2018. La Dirección General de Aguas (DGA), estimaba que, en esta fecha, 61 comunas de Santiago estaban afectadas por escasez de agua, ascendiendo a un número de 2.617.934 habitantes, equivalente al 14,89% de la población del país; o que, según un catastro realizado el año 2014 por la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH), se detectó que existen 534 localidades del país con problemas de abastecimiento de agua potable, en donde residen alrededor de 400.000 personas.

En la legislación nacional, el artículo 314 del Código de Aguas (CA) contempla, como facultad presidencial, la prerrogativa de que el Presidente de la República pueda decretar zonas de escasez hídrica en algunos puntos del país en *épocas extraordinarias de sequías* por 6 meses no prorrogables. Para ello, la DGA podría suspender las atribuciones de las Juntas de Vigilancia respectivas y tomar el control de la cuenca, pudiendo redistribuir las aguas; así como también podrá autorizar extracciones extraordinarias, sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas (DAA), durante el período decretado. Todas medidas que tienen como fin reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía.

Debido a la creciente recurrencia que los episodios de sequía, y la consecuente falta de agua, es que la atribución extraordinaria de decretar la escasez en puntos del territorio nacional se ha vuelto más frecuente. En este sentido, a agosto de 2018, el Ministerio de Obras Públicas (MOP) cuenta con seis decretos de escasez vigentes dictados en épocas de lluvia.

Ello lleva a dos reflexiones: a. ¿Qué entender por sequía?; b. ¿Qué períodos de sequía pueden considerarse extraordinarios?

El objetivo de la presente investigación es analizar el contenido normativo del artículo 314 del CA, para luego reflexionar sobre los criterios que permiten configurar una época de extraordinaria sequía, tomando como objeto de análisis las interrogantes precedentemente planteadas.

Con este fin, la presente investigación se estructura en base a los siguientes temas los siguientes temas: I. Las disposiciones del CA referentes a la falta de agua; II. La declaración de escasez del artículo 314 del CA; III. Los criterios que permiten configurar una época de extraordinaria sequía; IV. Propuestas de modificaciones a la disposición. Por último, se presentarán las respectivas conclusiones.

I. Disposiciones del CA referentes a la falta de agua

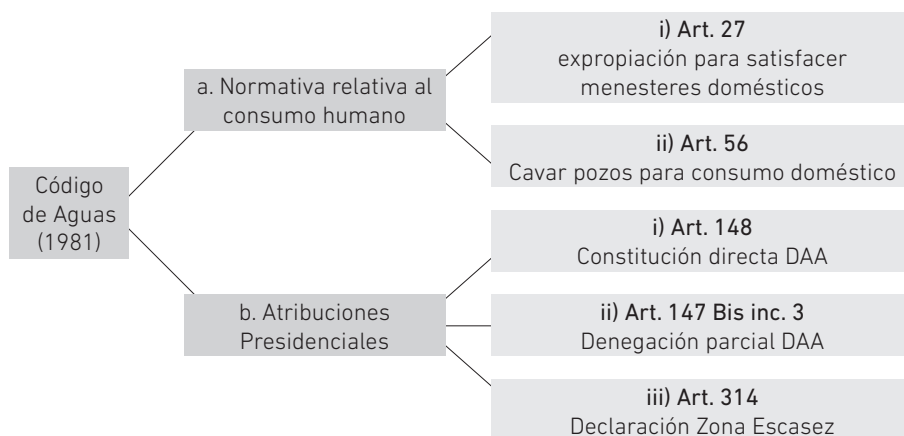
El CA busca dotar de reglas para el aprovechamiento del agua en Chile, a fin de gestionar una correcta distribución del recurso. En este sentido, sus disposiciones se enfocan en generar reglas que permitan un uso reglado, a través del derecho de aprovechamiento, de manera individual y por medio de las organizaciones de usuarios, en caso de gestión comunitaria. De este modo, podría decirse que el CA desarrolla sus normas en base a la disponibilidad de aguas.

Excepción de lo anterior, son las disposiciones referentes a la falta de agua. Estas pueden ser categorizadas en dos grupos: a) Normativa relativa al consumo humano; y b) Atribuciones presidenciales ante la falta de agua.

En el grupo a. Normativa relativa al consumo humano, se identifican dos disposiciones en miras a gestionar el agua para satisfacer el uso doméstico: i) el artículo 27 CA, referente a la expropiación de derechos de aprovechamiento por no existir otros medios para obtener agua; y ii) El artículo 56, inciso primero, sobre la facultad de cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque este menoscabe el agua del que se alimente algún otro pozo. Ambas están directamente referidas a los mecanismos de priorización que regula en CA ante la carestía de agua para el consumo humano.

En el grupo b) son clasificadas ciertas atribuciones exclusivas que entrega la ley al Presidente de la República frente a la falta de agua: i) el artículo 148 que le permite la constitución directa de un DAA en el caso que procediese la causal para un remate de aguas señalada en el inciso primer del artículo 142, cuando así lo determinase "por circunstancias excepcionales y de interés general"; ii) El artículo 147 bis, en su inciso tercero que otorga la atribución de la denegación parcial de un DAA "cuando sea necesario reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua", mediante decreto fundado; y iii) El artículo 314 que permite declarar zonas de escasez, que es el tema principal de la presente investigación.

Tabla 1: Disposiciones del CA relativas a la falta de agua.



II. La declaración de escasez del artículo 314 del CA

El artículo 314 CA permite que el Presidente de la República, ya sea petición o con informe de la DGA, pueda declarar zonas de escasez dentro del territorio nacional por períodos máximos de seis meses, no prorrogables, en épocas de extraordinaria sequía. Este es un artículo complejo que, en complemento con el artículo 315 del mismo CA y la Resolución DGA N° 1674 de 12 de junio de 2012, fija parámetros hidrológicos que sirven de base para determinar las condiciones necesarias para calificar épocas de extraordinaria sequía, crean un marco de normativo de respuesta administrativa frente a un escenario de escasez hídrica.

La disposición en comento regula una serie de temas relativas al procedimiento, el actuar del organismo público y los efectos de la declaración que se pueden ser sistematizados del siguiente modo:

1. Forma de declarar escasez

La escasez es declarada por el Presidente de la República quién, previo informe de la DGA o incluso ante directa petición del organismo, podrá declarar alguna zona del país como de escasez en “épocas de extraordinaria sequía” (EES)¹. En cuanto a la duración de la declaración de la zona de escasez, esta se extenderá por un período máximo de seis meses no prorrogables. Por ello, para extender un decreto de escasez de alguna zona afectada por la escasez hídrica, solo quedaría la dictación de un nuevo decreto aplicable al mismo sector afectado.

2. Rol de titulares de derechos (organizaciones de usuarios)

El inciso tercero del artículo 314, señala que existe un rol preponderante de los usuarios de las aguas en la distribución del recurso, en caso de que el Presidente de la República decreta zona de escasez. Al involucrar directamente a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, Muñoz señala que es tal vez el inciso más importante de la disposición, pues la aplicación de esta norma es una fuente permanente de conflictos².

Tal como explica Figueroa “el objeto de esta norma es la de entregar las aguas a quienes tienen derechos de aprovechamiento en condiciones distintas a las que indican sus respectivos títulos”³, es decir, una redistribución, en atención a la situación excepcional de escasez hídrica. Solo en caso de que no exista acuerdo la DGA podrá hacerse cargo de la distribución, entregándole un rol subsidiario.

En este sentido, es posible vincular esta disposición, con el artículo 274 del CA, que indica las atribuciones y deberes de los directorios de las Juntas de Vigilancia (JdV). Dispone el numeral segundo:

¹ Inc. 1 del Art. 314 CA.

² MUÑOZ 2011, 1142.

³ FIGUEROA 1995, en MUÑOZ 2011, 1142-1143.

“Distribuir las aguas de los cauces naturales que administre, declarar su escasez y en este caso, fijar las medidas de distribución extraordinarias con arreglo a los derechos establecidos y suspenderlas. La declaración de escasez de las aguas, como también la suspensión de las medidas de distribución extraordinarias, deberá hacerse por el directorio en sesión convocada especialmente para ese efecto;”

De este modo, no son solo una atribución, sino deberes de la JdV respectiva (en caso de que exista en el cauce natural objeto de sequía): a) declarar la escasez del río; b) fijar medidas extraordinarias de distribución. Como bien previene Muñoz, la potestad de las JdV de declarar la escasez del cauce natural no se refiere a la atribución presidencial de declaración de escasez hídrica⁴. En este caso, se está en presencia de una redistribución. Como señala Rojas, “la redistribución supone la existencia de una declaración previa y por la autoridad de Zona de Escasez como consecuencia de una extraordinaria sequía”⁵.

3. Rol de la Administración del Estado

La declaración de escasez hídrica, tal como se ha señalado, es una atribución exclusiva del Presidente de la República. Sin embargo, en la práctica, esta facultad se encuentra delegada, mediante el Decreto N° 19 de 2001 de la Secretaría General de la Presidencia, al Ministro de Obras Públicas para que suscribir estas declaraciones bajo la fórmula “Por Orden del Presidente de la República”⁶.

Sin embargo, el rol preponderante de la Administración lo posee la DGA. Dicho servicio, tiene participación en los informes técnicos que justifiquen la declaración de escasez, como señala el inciso primero del art. 314; en la calificación previa de las épocas de sequía, en virtud del inciso segundo de la disposición en comento; y en el ejercicio de ciertas atribuciones una vez declarada la escasez.

En relación al ejercicio de ciertas atribuciones una vez declarada la escasez, estas pueden ser sistematizadas del siguiente modo:

a) *Redistribución de las aguas en cauces naturales (incs. 3°, 4° art. 314)*

En caso de que los titulares de derechos de aprovechamiento no lleguen a acuerdo para redistribuir las aguas, la DGA podrá hacerlo respecto de las disponibles en las fuentes naturales con el fin de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía. En este punto, señala el inc. 4° del 314 CA, la DGA podrá “suspender las atribuciones de las Juntas de Vigilancia, como

⁴ MUÑOZ 2011, 1031.

⁵ ROJAS 2003, 325.

⁶ El artículo 1 del Decreto N° 19 de 2001 de SEGPRES dispone: Delégase en los Ministros de Estado la facultad de suscribir, bajo la fórmula “Por Orden del Presidente de la República”, los decretos supremos relativos a las materias que a continuación se indican: (...) IV. MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS (...) 9. Declaración de zonas de escasez en casos de sequía, de acuerdo al artículo 314 del Código de Aguas.

también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez". Tal como sostienen Obando y Allesch, el modo de proceder de la redistribución administrativa se realiza "por medio de una resolución administrativa que declare suspendidas las atribuciones de las juntas de vigilancia y designe un interventor(...)"⁷. En relación con la suspensión de los seccionamientos, busca que el interventor o delegado gestione la cuenca en observancia del principio de unidad de la corriente, considerando, para ello la totalidad del caudal disponible en el río comprendido en la zona de escasez⁸.

En caso de que no existan organizaciones de usuarios de aguas (OUA) conformadas por los titulares de derechos de aprovechamiento en las aguas objeto la declaración, es aplicable el artículo 315 del CA posibilitando que, a petición de parte, la DGA pueda hacerse cargo de la distribución en zonas declaradas de escasez. Para ello, las personas designadas por la DGA para distribuir las aguas, contarán con las atribuciones que la ley confiere a los directores o administradores de OUs.

b) Autorizaciones excepcionales de extracción (incs. 5, 6, 7 art. 314 CA)

Una vez declarada la zona de escasez, la DGA podrá autorizar extracciones de aguas, ya sean superficiales o subterráneas, desde cualquier punto: i) sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y; ii) sin la limitación del caudal ecológico mínimo. Incluso la DGA podría dar curso a autorizaciones propias de los procedimientos administrativos en materia de aguas (arts. 130 y ss.)⁹. Todas estas autorizaciones, tienen validez únicamente para el período de vigencia del decreto.

Además, los decretos supremos y las resoluciones de la DGA que se dicten en virtud de las facultades conferidas en los incisos anteriores, se cumplirán de inmediato, sin perjuicio de la posterior toma de razón por la Contraloría General de la República.

4. Posibilidad de Indemnizar a afectados. (inc. 7, art. 314 CA)

Una interrogante interesante de plantear es ¿quién asume perjuicios generados a consecuencia de la dictación de un decreto de escasez? El inc. 7 del artículo 314 CA señala que "Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco". De este modo, a pesar de que la norma entiende que es de aplicación en un período de extraordinaria sequía, el titular de derechos de aprovechamiento de aguas que haya recibido menor proporción del agua que le correspondía

⁷ OBANDO y ALLESCH 2014, 69.

⁸ *Ibidem*, 70.

⁹ Autorizaciones relativas a constituciones de derechos de aprovechamiento, cambio fuente de abastecimiento, traslado del ejercicio de un derecho de aprovechamiento, modificaciones en cauces naturales y temas de fiscalización y sanción.

durante el período de vigencia de la declaración de escasez, tendrá derecho a ser indemnizado.

En cuanto a los alcances de la disposición y el tipo de responsabilidad del Estado, el tema ha sido desarrollado por la doctrina nacional a la luz de posibles vulneraciones al derecho constitucional a la propiedad¹⁰. Al respecto señala Vergara:

“El solo hecho de la redistribución administrativa de aguas no origina pago de indemnizaciones, pues lo único que realiza la autoridad es redistribuir el agua existente, a prorrata o turnalmente, entre los propios regantes, de un modo igualitario. En estos casos no se priva a un usuario de todo o parte de su derecho para entregárselo a otro, sino que existe una prorrata que afecta a todos por igual, del mismo modo que, en tiempos de escasez moderada, las juntas de vigilancia acuerdan turnos o prorratas” (...)¹¹.

De este modo, no procedería indemnización cuando se realice una redistribución a prorrata de los derechos de los titulares en virtud de la disponibilidad sino, como señala Vergara “hay lugar a indemnización en el caso ilegal en que la autoridad privilegie a un tipo de uso respecto de otros, como ocurre en aquellos casos en que se privilegia, por ejemplo, el abastecimiento de agua potable de una población en desmedro de derechos de los regantes”¹². En este orden de ideas, si se privilegia un uso por sobre otro para la redistribución, según Muñoz “podría cuestionarse la constitucionalidad de esta norma”¹³ en el sentido que:

“(...) El acto de privar a una persona de una parte del caudal de aguas que le correspondería según las disponibilidades existentes, representa un acto expropiatorio que, por lo tanto, requeriría de una ley, de conformidad con las reglas generales establecidas en el art. 19 N° 24 CPR. Sin embargo, en el caso en estudio tal privación proviene de un acto de una autoridad administrativa”¹⁴.

En cuanto al régimen de responsabilidad de la administración del Estado, Obando y Allesch señalan que “parece ser que una alternativa factible consistiría en aplicar el art. 314 inc. 7 CA en consonancia con el art. 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE)¹⁵ y hacer responsable al Estado de los daños causados por falta de servicio, en conformidad a las reglas generales¹⁶. Para determinar si existe o no una falta de

¹⁰ Artículo 19 N° 24 de la CPR.

¹¹ VERGARA 1999, 370.

¹² Ídem.

¹³ MUÑOZ 2011, 1145.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Art. 42 LOCBGE: Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

¹⁶ OBANDO y ALLESCH 2014, 76.

servicio que justifique una responsabilidad extracontractual del Estado, debe observar si la DGA dictó o no normas jurídicas administrativas necesarias para aplicar o fiscalizar a redistribución de aguas¹⁷ en virtud de la declaración del escasez del art. 314, pudiendo ser responsable en caso que: a) “la DGA haya dictado normas jurídica administrativas para fiscalizar la redistribución de las aguas, cualquiera sea el agente redistribuidor y su incumplimiento ocasiona daño a particulares”¹⁸; o b) “si la DGA no ha dictado las normas jurídico administrativas aludidas y se ocasiona un daño a particulares”¹⁹.

En suma, la indemnización del inc. 7 del art. 314 CA procederá alegarse en caso de que los perjuicios sufridos a causa de la redistribución de agua afecten a titulares de derechos de aprovechamiento a causa de una negligencia o falta de servicio de la administración, al privilegiar un uso por sobre otro. Tal como señala Rojas, la declaración de escasez busca actuar “favoreciendo a todos los usuarios y no solo a algunos de ellos –no pudiendo establecerse *preferencias*–, con el fin de reducir de esta forma los efectos de la extraordinaria sequía”²⁰. Una redistribución de agua a prorrata de los derechos de los titulares no podrá ser considerada como indemnizable, pues se genera en base a las “disponibilidades existentes”.

III. Criterios que permiten configurar una época de extraordinaria sequía

1. Época extraordinaria de sequía en base a lo establecido por la DGA

La relevancia de la interrogante ¿qué entender por el término “época de extraordinaria sequía” (EES)? Hace necesario que dichos criterios sean tratados de manera aparte. En primer término, la respuesta puede ser extraída del inc. 2 del artículo 314 CA al corresponderle a la DGA calificar las épocas de sequía que revistan el carácter de extraordinarias.

La Resolución (Res.) de la DGA N° 1674 de junio de 2012 se encarga de establecer los criterios para calificar las EES²¹. Los criterios utilizados por la Res. DGA N° 1674/2012 “son netamente físicos, basados en condiciones hidrometeorológicas, como precipitaciones, caudales de los ríos, volúmenes de embalses y las condiciones de los acuíferos”²².

De este modo, en el caso de aguas superficiales, las EES serán dadas en base a Índices de Precipitación Estandarizada (IPE) e Índices de Caudales Estandarizados (ICE). El artículo 4 de la Res. DGA N° 1674/2012 se encarga de

¹⁷ *Ibidem*, 77.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ ROJAS 2012, 238.

²¹ La normativa en comento dejó sin efecto la Resolución N° 39 de la DGA de 1984 que fijaba criterios para calificar épocas de extraordinaria sequía.

²² TAPIA 2018, 57.

fijar, en base a una división territorial por microzonas, los indicadores de IPE e ICE bajo los cuales una zona será considerada de extraordinaria sequía.

Por otra parte, para el caso de las aguas subterráneas, se considerará la disminución ostensible de las fuentes de captación de aguas para abastecimiento²³. El artículo 10 de la Res. DGA N° 1674/2012 señala que la verificación de sequía se verificará si la capacidad del acuífero: a) en el caso de las empresas sanitarias dicha capacidad sea menor al 50% del informado a la SISS en el último proceso tarifario. En los casos de los sistemas de agua potable rural, cuando sea menor al 50% de los derechos de aprovechamiento de agua subterránea otorgados.

Así, se observa que los criterios para la declaración de escasez, según el CA, dicen relación con criterios físicos meteorológicos, dependiendo la disponibilidad de agua de los cauces naturales en base a IPE y/o ICE; o cuando haya una disminución ostensible de las fuentes de abastecimiento para consumo humano, en caso de las aguas subterráneas.

2. Construcción de los conceptos sequía y escasez

Es menester destacar que la disposición en comento utiliza indistintamente los términos *sequía* ("épocas de extraordinaria sequía") y *escasez* (al poder el Presidente de la República "declarar zonas de escasez"). En el derecho nacional, ambos términos no han sido objeto de discusión, pero es relevante tener presente que no necesariamente son considerados sinónimos; y, a su vez, el concepto de escasez no es unívoco. Por ejemplo, "la escasez puede ser meteorológica, hidrológica, pero desde el punto de vista antropocéntrico, la escasez es siempre económica y social, relativa a determinado contexto de uso y distribución"²⁴; donde incluso –desde una perspectiva de ecología política– el concepto de escasez se entiende no como una ausencia física de agua, sino más bien como un efecto correlativo de falta de recursos monetarios y de influencia política-económica²⁵.

El término *sequía*, es definido por la Real Academia de la Lengua Española como un "tiempo seco de larga duración" que, ya de manera más técnica puede ser generalizada como "deficiencia de precipitaciones por un periodo relativamente prolongado"²⁶. Por su parte, la Organización Meteorológica Mundial (OMM) la define como "un período de condiciones meteorológicas anormalmente secas, suficientemente prolongado como para que la falta de precipitaciones cause un grave desequilibrio hidrológico"²⁷. A su vez, la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por la sequía grave o la desertificación, en particular

²³ Ídem.

²⁴ MARTIN Y PINTO 2015, 148.

²⁵ SWYNGEDOUW 2009, 58.

²⁶ Definición consultada en el diccionario online de la RAE.

²⁷ OMM 1990, 745.

en África (CNULD) la entiende como un “fenómeno que se produce naturalmente cuando las lluvias han sido considerablemente inferiores a los niveles normales registrados, causando un agudo desequilibrio hídrico que perjudica los sistemas de producción de recursos de tierras”²⁸. Incluso, el concepto de sequía es categorizado por la comunidad científica en diversas acepciones en razón a la disciplina de análisis²⁹.

De este modo, se observa que, si bien es complejo esbozar un concepto unitario de sequía, esta se caracteriza por contemplar, para su medición, parámetros climatológicos e hidrológicos³⁰; siendo así un fenómeno natural³¹. La DGA al definir los criterios para definir una EES, toma en consideración índices medibles y comparables con años anteriores, como el ICE e IPE o las condiciones hidrológicas de los acuíferos. Se podría señalar, por tanto, que los criterios para definir una EES en la Res. DGA N° 1674/2012, se ajustan a las definiciones de sequía desarrolladas por la comunidad científica y política internacional.

Algo más complejo es la construcción del concepto de escasez hídrica, pues es entendido más bien como un fenómeno creado por el hombre. Este surge a partir de un uso excesivo de los recursos hídricos, traducida en una sobreexplotación. La escasez de agua puede verse agravada, además, por factores como la contaminación del agua y, por supuesto, durante los episodios de sequía³². Por lo precedentemente señalado, la escasez hídrica no podría entenderse como un fenómeno natural.

Desde la Ecología Política, se plantea que la escasez hídrica es una construcción social que tiene su base “en el desenvolvimiento de relaciones sociales de confrontación”³³, de directa vinculación con problemáticas de justicia socioambiental. Este enfoque analiza cómo las instituciones sociales y políticas, las normas culturales, e incluso los derechos de propiedad sobre

²⁸ CNULD 1996. Art. 1, letra c.

²⁹ Sin ser objetivo de esta investigación profundizar en las clasificaciones de la sequía, sí es pertinente señalar sus generalidades acorde a la sistematización diseñada por VALIENTE 2001, 59-64: a. Sequía meteorológica: referente a la desviación de precipitación respecto a la media durante un período de tiempo prolongado; b. Sequía agrícola: relativa la afectación que produce la falta de agua en la agricultura. Esta es producida “cuando no hay suficiente humedad en el suelo para permitir el desarrollo de un determinado cultivo en cualquiera de sus fases de crecimiento”. c. Sequía hidrológica: referida a la deficiencia en el caudal o volumen de aguas superficiales o subterráneas, en base a lo informado por mediciones hidrológicas. d. Sequía socioeconómica: Es producida cuando la disponibilidad de agua disminuye hasta el punto de producir daños (económicos o personales) a la población de la zona afectada por la escasez de lluvias.

³⁰ MISHRA & SINGH 2010, 211.

³¹ Ver artículo “How to distinguish water scarcity and drought in EU water policy?” de SCHMIDT & BENÍTEZ-SANZ 2013. Disponible en: <http://www.globalwaterforum.org/2013/08/26/how-to-distinguish-water-scarcity-and-drought-in-eu-water-policy/> [fecha de consulta: 14 de enero de 2019].

³² Ídem.

³³ PADILLA 2012, 92.

el aprovechamiento, son parte de factores que influyen en el acceso (o en la privación) al agua³⁴.

El tema del concepto de escasez ha sido también trabajado por la doctrina nacional. Al respecto, Costa señala que la regulación de aguas posee una dilema material, circunscrito a la escasez física de agua, de origen tanto natural como antrópico (sobreexplotación) “problema que está muy relacionado con la geografía del país y tiene una distribución irregular, pues mientras en algunas zonas de Chile hay abundantes cantidades de agua, en otras la realidad es la contraria”³⁵, pero, que a su vez, la escasez está relacionada con problemas distributivos reflejados en conflictos de acceso al agua entre comunidades y empresas³⁶. Por su parte, Recabarren señala que el agotamiento del agua tiene relación directa con el crecimiento económico y la sobreexplotación del recurso por parte de sectores económicos como el minero, agropecuario e industrial; facto que, sumado al escenario de sequía, se generen situaciones de escasez en relación a la disponibilidad concentrada en las zonas norte y centro de Chile³⁷.

De este modo, tal como señalan Martin & Pinto³⁸, “la escasez no puede presentarse como un hecho de la naturaleza vinculado a la falta de precipitaciones o escurrimiento de caudales exclusivamente, sino que constituye, a la vez, el resultado de un determinado esquema de distribución de las aguas que privilegia unos usos o usuarios a favor de otros”. Por tanto, normativa que apunte a regular medidas extraordinarias o de emergencia para hacer frente a la escasez hídrica, debe también contemplar los factores antropológicos que afectan a la carestía de agua

IV. Propuestas de modificaciones a la disposición

1. Redefinir el carácter extraordinario de la sequía

Habiendo desarrollado ya la diferencia entre los conceptos de “sequía” y “escasez hídrica”, corresponde analizar la pertinencia del presupuesto de aplicabilidad de la declaración de escasez, es decir, para EES o sequía extraordinaria por “períodos máximos de seis meses no prorrogables”.

La disposición en comento entiende, por tanto, que existen períodos de sequía tanto ordinarios como extraordinarios, aplicándose solo para estos últimos la declaración de escasez. Sin embargo, es necesario recalcar que el Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR2) catalogó el período entre los años 2010-2015 como un período de mega sequía³⁹, ya que los efectos

³⁴ FRAKGOU & MCEVOY 2016, 2.

³⁵ COSTA 2016, 343.

³⁶ AGUA QUE HAS DE BEBER 2014 en COSTA 2016, 343.

³⁷ RECABARREN 2016, 124.

³⁸ MARTIN & PINTO 2015, 149.

³⁹ Ver informe CR2 de 2015.

de esta, al menos de la zona central de país, fue de extraordinaria en su duración y extensión y que, si bien más de la mitad del régimen pluviométrico fue producto de alteraciones climáticas, también el cambio climático antrópico es responsable de al menos un cuarto del déficit observado durante el período de estudio; fracción que prevén aumentará en el futuro⁴⁰. Si tenemos presente que en el verano de 2018 la DGA, estimaba que 61 comunas de Santiago estaban afectadas por escasez de agua, traducibles a 2.617.934 habitantes, equivalente al 14,89% de la población del país⁴¹, no es una solución seguir planteado a la sequía como un período extraordinario.

En este sentido, es necesario plantear las hoy consideradas sequías extraordinarias o ESS, más bien como períodos recurrentes y prolongados⁴², que están teniendo una afectación directa en abastecimiento de agua para consumo humano. Según un catastro realizado el año 2014 por la DOH⁴³, se detectó que existían 534 localidades del país con problemas de abastecimiento de agua potable, en donde residen alrededor de 400.000 personas. Dichas cifras distan de ser extraordinarias, ya que, en un nuevo catastro del año 2017, la misma DOH estimó que más de 500 mil personas de zonas rurales tienen problemas de abastecimiento de agua⁴⁴.

La respuesta administrativa para satisfacer estos problemas de falta de agua para consumo humano, de manera improvisada y sin poseer regulación preventiva atingente al tema, ha sido el arriendo de camiones aljibe. Solo al año 2015 la administración del Estado a través de la Oficina Nacional de Emergencias (ONEMI) invirtió más de 34 mil millones de pesos para abastecer de agua potable a zonas con déficit hídrico⁴⁵, sin que haya existido “una correlación entre las zonas objeto de decretos de escasez hídrica y aquellas con mayor gasto público en el arriendo de camiones aljibes”⁴⁶⁻⁴⁷. Esta información puede complementarse con la obtenida mediante la investigación periodística de Arellano, quién observó que “entre 2010 y agosto de 2016, el Estado – ONEMI, Intendencias Regionales y Gobernaciones Provinciales– ha desembol-

⁴⁰ CR2 2015, 22.

⁴¹ COOPERATIVA 2018. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/serviciosbasicos/agua/escasez-de-agua-afecta-a-61-comunas-del-pais/2018-02-02/070846.html> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].

⁴² CR2 2015, 21.

⁴³ LA TERCERA 2014. Disponible en: [http://www.latercera.com/noticia/vivir-sin-agua-potable-en-chile-la-realidad-de-mas-de-400-mil-personas/\[fecha de consulta: 10 de enero de 2019\].](http://www.latercera.com/noticia/vivir-sin-agua-potable-en-chile-la-realidad-de-mas-de-400-mil-personas/[fecha de consulta: 10 de enero de 2019].)

⁴⁴ EL MERCURIO ONLINE 2017. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/05/29/860377/Revelan-que-15-millones-de-chilenos-viven-sin-tratar-sus-aguas-servidas-y-500-mil-sin-agua-potable.html> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].

⁴⁵ Datos entregados por Oficio N° 1833 de 4 de noviembre de 2016 por ONEMI, en TAPIA 2018, 64.

⁴⁶ TAPIA 2018, 63.

⁴⁷ En un desglose por región, en la investigación señalada, se observó que el mayor gasto fue dirigido para cubrir el déficit hídrico de las regiones de la Araucanía (\$ 8.283.335.390 pesos chilenos) y el Bío-Bío (\$ 8.238.976.364 pesos chilenos), habiéndose declarado, en ambas regiones, solo un decreto de escasez en las fechas estudiadas: en la Cuenca del Río Laja (Decreto de Escasez N° 18, 2014).

sado más de \$92 mil millones en el arriendo de camiones aljibe con el objetivo de suministrar agua a más de 400 mil habitantes de 175 comunas del país⁴⁸.

A mayor abundamiento, Costa señala que la escasez hídrica debe dejar de verse como un problema coyuntural, pasando a uno de carácter estructural “[e]ste reconocimiento de la escasez como cuestión estructural es muy relevante, pues se prevé que vaya acrecentándose en el futuro en lugar de alivianarse”⁴⁹. Incluso el Banco Mundial ha señalado que “[e]n el futuro la escasez de agua ya restrictiva en las partes norte y central del país, se acentuará debido a los nuevos requerimientos”⁵⁰. En el mismo sentido, Martín señala “cada vez es más frecuente en el ámbito del derecho de aguas el recurso a declaraciones de emergencia hídrica o sequía suspendiendo la aplicación de la ley y habilitando competencias extraordinarias para la autoridad, cuya reiteración o prórroga extiende o perpetúa el período de excepción acentuando el fenómeno e invirtiendo el orden entre norma de principio y excepción”⁵¹, esto no por un tema antojadizo, sino por el aumento de la frecuencia de situaciones de sequía, tradicionalmente declaradas como extraordinarias. Sin embargo, los mecanismos regulatorios clásicos para lidiar con la escasez son débiles, mostrando signos “evidentes de obsolescencia, ineficacia y por lo tanto crisis”⁵².

Es por esto, que se propone repensar el carácter extraordinario de la sequía o escasez hídrica, aceptando sus episodios cada vez más frecuentes, implementando medidas que escapen de las respuestas tradicionales del derecho, para trabajar en nuevos principios que puedan dar soluciones a dichas problemáticas⁵³. Si bien no es objeto de este trabajo proponer nuevos principios en la materia, sí se busca iniciar una reflexión referente al tema, donde tal vez el derecho ambiental pueda ser de gran ayuda⁵⁴.

2. Propuesta contenida en Indicación Sustitutiva de 2014 al Boletín N° 7543-12

El año 2011, un grupo transversal de diputados presentó una moción para reformar el Código de Aguas, con el objetivo de corregir los problemas de equidad en el acceso al agua y sustentabilidad ambiental (Boletín N° 7543-12)⁵⁵. Dicho proyecto no tuvo mayor tramitación hasta que, en octubre de

⁴⁸ Ver ARELLANO 2017. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2017/03/21/el-negocio-de-la-sequia-el-punado-de-empresas-de-camiones-aljibe-que-se-reparte-92-mil-millones/> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].

⁴⁹ COSTA 2016, 343.

⁵⁰ BANCO MUNDIAL en COSTA 2016, 343.

⁵¹ MARTÍN 2018, 143.

⁵² *Ibidem*, 126.

⁵³ *Ibidem*, 143.

⁵⁴ Al respecto se recomienda la lectura de EMBID 2018.

⁵⁵ Las menciones realizadas al presente proyecto de ley durante este trabajo se esbozan en relación al estado de tramitación al 1 de marzo de 2018. A esta fecha, el PL se encuentra en su segundo trámite constitucional en la Comisión de Agricultura del Serenado, luego de haberse discutido por la Comisión de Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía de la Cámara Alta.

2014, el ejecutivo ingresó al Congreso Nacional una indicación sustitutiva a dicho proyecto de ley (PL), con el fin de fortalecer la calidad de bien público del agua. Los ejes de dicha indicación fueron, en su momento, los siguientes: a) Modificación del régimen concesional, incorporando disposiciones que buscaban transformar al derecho de aprovechamiento de aguas, en una concesión limitada (solo para los nuevos derechos, máximo treinta años prorrogables), estableciendo la caducidad por no uso del agua y por su no regularización, y la limitación de su ejercicio en función del interés público; b) Reconocimiento del derecho humano de acceso al agua y el saneamiento y sus consideraciones ecosistémicas: esto por medio de la consagración legal de priorización de usos en el otorgamiento de los nuevos derechos, constitución de reservas de aguas y fortalecimiento de las normas en materia de caudal ecológico mínimo.

Dentro de las disposiciones propuestas de modificación, se encuentran el artículo 314 del CA. Estas pueden agruparse en base a tres ideas, que se describen a continuación:

a) Presupuesto de aplicabilidad de la norma: la indicación sustitutiva de 2014 (IS 2014), propuso modificar la duración de la declaración de escasez de seis meses no prorrogables "por un período máximo de un año, prorrogable por un período igual o menor". Posteriormente, la Comisión de RRHH, Desertificación y Sequía del Senado (en adelante Comisión RRHH Senado), aprobó el cambio de presupuesto de aplicabilidad, eliminando la EES por "una situación de severa sequía", manteniendo el período máximo de un año prorrogable. Para ello, se propone también la modificación del inc. 2° del artículo 314, debiendo la DGA redefinir qué entender por una situación de severa sequía.

b) Reglas sobre redistribución: La propuesta original de la IS 2014, pretendía modificar el inc. 3° del art. 314 CA, en el sentido de poder redistribuir las aguas, pudiendo para ello suspender las atribuciones de las JdV y los seccionamientos, sin importar la existencia de un acuerdo previo que tuvieran los usuarios. En la discusión parlamentaria, esta disposición fue modificada por la Cámara de Diputados posteriormente aprobada por la Comisión RRHH Senado en el siguiente sentido:

"Declarada la zona de escasez hídrica, con el objeto de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía, especialmente para garantizar la función de subsistencia de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° bis⁵⁶, la Dirección General de Aguas podrá exigir, para estos efectos, a la o las Juntas de Vigilancia respectivas, la presentación de un acuerdo de redistribución, dentro del plazo de 15 días corridos contados

⁵⁶ El PL propone garantizar uso del agua para consumo y el saneamiento en un art. 5 bis. Al respecto el inc. 2° del art. Propuesto señala: Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, de subsistencia y saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.

desde la declaratoria de escasez. Este acuerdo, deberá contener las condiciones técnicas mínimas y las obligaciones y limitaciones que aseguren que en la redistribución de las aguas, entre todos los usuarios de la cuenca, prevalezcan los usos para el consumo humano, de subsistencia y el saneamiento, precaviendo la comisión de faltas graves o abusos”.

De este modo, la propuesta aprobada por la Comisión RRHH Senado, retoma la idea de respetar los acuerdos de redistribución de los usuarios si es que estos existiesen. Sin embargo, este acuerdo deberá ser presentado en un plazo de 15 días y contener una serie de condiciones en donde se priorice los usos para el consumo humano, de subsistencia y saneamiento. Luego, se agregan nuevos incisos cuarto y quinto, que fijan: i) reglas de aprobación del acuerdo por parte de la DGA, obligando a respetar acuerdos aprobados por anterioridad por el Servicio⁵⁷; y ii) reglas de priorización de redistribución del agua para consumo humano, en caso de que existan prestadores de servicios sanitarios en la cuenca⁵⁸.

Solo en caso de que no hubiese acuerdo por parte de la JdV, o no se diese cumplimiento, la DGA podrá suspender las atribuciones de la JdV y redistribuir las aguas⁵⁹. De todos modos, la DGA, con el fin de dar preferencia a los usos en función de la subsistencia y la ejecución de las obras en los cauces necesarias para ello, podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas destinadas con la ejecución de las obras en los cauces necesarias para ello desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin limitación de caudal ecológico; todo ello mientras se mantenga en vigencia el decreto de escasez⁶⁰.

⁵⁷ El nuevo inc. 4º propuesto señala: “De aprobarse el acuerdo por la Dirección General de Aguas, las Juntas de Vigilancia deberán darle cumplimiento dentro del plazo de cinco días corridos contado desde su aprobación y su ejecución será oponible a todos los usuarios de la respectiva cuenca. En caso que exista un acuerdo previo de las Juntas de Vigilancia que cumpla con todos estos requisitos y que haya sido aprobado por el Servicio con anterioridad a la declaratoria de escasez, se procederá conforme a este, debiendo ser puesto en marcha dentro del plazo de 5 días corridos contado desde la declaratoria”..

⁵⁸ El nuevo inc. 5º propuesto señala: “Con todo, aquellas asociaciones de canalistas o comunidades de aguas que, al interior de sus redes de distribución, abastezcan a prestadores de servicios sanitarios, deberán adoptar las medidas necesarias para que, con la dotación que le corresponda por la aplicación del acuerdo de distribución, dichos prestadores reciban el caudal o los volúmenes requeridos para garantizar la función de subsistencia”.

⁵⁹ El nuevo inc 5º propuesto señala: En caso que las Juntas de Vigilancia no presentaren el acuerdo de redistribución dentro del plazo contemplado en el inciso tercero o no diesen cumplimiento a lo indicado precedentemente, el Servicio podrá ordenar el cumplimiento de esas medidas o podrá disponer la suspensión de sus atribuciones, como también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez, para realizar directamente la redistribución de las aguas superficiales y/o subterráneas disponibles en la fuente, con cargo a las Juntas de Vigilancia respectivas.

⁶⁰ El nuevo inc. 6 propuesto señala: “Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección General de Aguas podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas destinadas con preferencia a los usos de la función de subsistencia y la ejecución de las obras en los cauces necesarias para ello desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas, sin sujeción a las normas establecidas en el título I del libro segundo y sin la limitación del caudal

c) Eliminación de indemnización a los afectados: Una propuesta interesante de la reforma, es el eliminar la posibilidad de indemnizaciones por quienes recibieren una menor proporción de agua a consecuencia de la redistribución para satisfacer los usos de subsistencia, realizadas por la JdV respectiva o la DGA⁶¹.

Las propuestas discutidas en relación al artículo 314 de la IS 2014, van el sentido correcto, ya que:

i. Acaban con la noción de EES, para reemplazarla por el concepto de severa sequía. Ello se acerca a la evidencia fáctica, donde los episodios de sequía están siendo cada vez más frecuentes y prolongados. Sin embargo, sería relevante avanzar en incluir tanto los conceptos de sequía como el de escasez hídrica, para poder permitir tomar mayores medidas preventivas en caso de falta de agua.

ii. Permite un mayor diálogo entre la autoridad y las JdV a la hora de redistribuir las aguas. De este modo, se respeta la gestión de las organizaciones de usuarios, quienes deben proponer acuerdos de redistribución. Solo en caso de que ello no se lograra, corresponde las atribuciones de la DGA.

iii. Al eliminar las indemnizaciones en caso recibir una menor proporción que pueda sufrir un titular en miras a satisfacer los usos de subsistencia, se abre una posibilidad para dar solución a un problema complejo tanto jurídica como socialmente: el alto gasto público en materia de abastecimiento de agua en camiones aljibe. Si entendemos al agua efectivamente como un bien nacional de uso público⁶², en virtud del interés nacional deben tomarse medidas de reducción temporal de derechos (como en este caso es el derecho propiedad), tal como procede en casos de excepción constitucional, cuando existan severos problemas de acceso al agua. Una interpretación en contrario incluso sería contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado chileno⁶³.

3. Propuesta contenida en Indicación Sustitutiva del 31 de enero de 2019 al Boletín N° 7543-12 (IS 2019)

El 31 de enero de 2019, el gobierno de Sebastián Piñera presentó una nueva indicación sustitutiva al proyecto comentado en el punto de ley, con una

ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1. Las autorizaciones que se otorguen en virtud de este inciso estarán vigentes mientras esté en vigor el decreto de escasez respectivo”.

⁶¹ Al respecto, la propuesta señala: “No tendrán derecho a esta indemnización quienes recibieren una menor proporción de agua a consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el inciso cuarto de este artículo”..

⁶² Art. 5 Código de Aguas.

⁶³ El año 2010, el Estado chileno suscribió la resolución ONU 64/292 que reconoce “que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”. El tema de la vinculación de los tratados internacionales sobre derechos humanos y el derecho al agua, ha sido tratado por trabajos como los de RECABARREN 2016, COSTA 2016, y/o TAPIA 2014.

serie de cambios en relación con lo discutido entre los años 2014-2018. La justificación de la IS 2019 es el de proveer de herramientas “para enfrentar la creciente escasez hídrica que afecta al país, y así dar mayor seguridad y equidad en el acceso al agua”⁶⁴⁻⁶⁵. En este sentido, la IS presenta una nueva propuesta de texto del CA, tomando como referencia el texto de 1981 y no lo discutido en el período del gobierno de Michelle Bachelet.

En materia de escasez, la IS 2019 presenta indicaciones para modificar el artículo 314 que pueden ser sistematizadas del siguiente modo:

a) Presupuesto de aplicabilidad de la norma: En el inciso primero, la IS 2019 propone que la declaración de escasez cuente de manera copulativa con los requisitos de la petición y del informe técnico de la para ser solicitada al Presidente de la República. En cuanto al período de duración, se reemplaza el período máximo de seis meses no prorrogables por una fórmula más flexible determinando su vigencia en el mismo texto del Decreto, así como la revisión de la mantención del mismo⁶⁶. La IS 2019, eso sí, mantiene si el concepto de EES, eliminando el aquel acordado en la discusión del proyecto de “severa sequía”.

b) Calificación de épocas de sequía: La IS propone la creación de un Panel de Expertos en Recursos Hídricos⁶⁷ que tendrá por objetivo la recomendación de políticas y criterios técnicos a la DGA para la gestión del agua, con el fin de asegurar su sustentabilidad. Dicho Panel, propone el ejecutivo, deberá revisar las calificaciones de EES que proponga la DGA, quedando del siguiente modo la redacción del inciso 2° del artículo 314: “[l]a Dirección General de Aguas someterá a la revisión del Panel de Expertos en Recursos Hídricos, previamente, los criterios objetivos para determinar mediante resolución, las épocas de sequía que revistan el carácter de extraordinarias”.

⁶⁴ Mensaje N° 369-366 que “Formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que reforma el código de aguas (Boletín N° 7.543-12). 31 de enero de 2019, 5.

⁶⁵ La IS 2019 contempla más de 130 indicaciones, que tienen su respaldo en 9 objetivos: i. Otorgar seguridad hídrica para los distintos usos del agua; ii. Gestionar las aguas subterráneas en forma sustentable; iii. Dar prioridad al consumo humano por sobre otros usos; iv. Promover los usos no extractivos del agua y la conservación; v. Mantener la certeza jurídica para los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas; vi. Desincentivar la especulación de los derechos de agua; vii. Agilizar y simplificar la gestión de expedientes; viii. Fortalecer las organizaciones de usuarios de aguas; y ix. Fortalecer la toma de decisiones y la coordinación interministerial.

⁶⁶ En particular se reemplaza en el inciso 1° del artículo 314 la frase “por períodos máximos de seis meses, no prorrogables” por la siguiente: “. En dicho Decreto se establecerán las condiciones para la vigencia de la medida, incluido el plazo en que se revisará la mantención de la misma”.

⁶⁷ La IS propone la incorporación de unos 6 y 7 al Título III del Libro II del Código de Aguas, con el fin de dotar nueva institucionalidad en materia de aguas. En concreto, se proponen 10 artículos (293 bis al 293 undecies), que crean el Panel de Expertos en recursos hídricos, organismo asesor y consultivo de la Dirección General de Aguas; así como también una Comisión Interministerial de Recursos Hídricos, integrada por el Ministros de Obras Públicas (quien la presidirá), Agricultura, Desarrollo Social, Medio Ambiente, Minería, Energía; y Economía, Fomento y Turismo. El secretario ejecutivo de la Comisión Interministerial será el Director General de Aguas.

c) Reglas sobre redistribución: en esta materia, la IS 2019 mantiene el texto vigente en materia de redistribución por parte de la DGA a falta de acuerdo de la JdV, pero agregando que, en caso que decida decretar la redistribución y se suspendan las atribuciones de la JdV, dicha decisión deberá ser revisada por el Panel de Expertos, mediante informe técnico de la DGA que deberá contemplar análisis sobre: el modo en que se efectuará la redistribución de las aguas disponibles y los costos de ejecución de la medida; tema que será de cargo de las Juntas de Vigilancia beneficiadas con la medida⁶⁸. La disposición mantiene también la facultad extraordinaria de suspender los seccionamientos.

A su vez, un nuevo artículo 314 bis propuesto, viene a regular el contenido de los acuerdos de gestión con el que deben contar las organizaciones de usuarios que administren fuentes de aguas superficiales y/o subterráneas en caso de que sea decretada la EES, con el de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía. Dicho acuerdo, señala la propuesta, Dicho acuerdo deberá ser remitido a la DGA, para archivo y publicación en sitio web institucional para público conocimiento.

En este mismo punto es interesante agregar que en el inciso 3° se reorganiza la atribución de autorización extracción de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin la limitación del caudal ecológico mínimo del inciso 4°. Sin embargo, la propuesta agrega que deben privilegiarse las aguas para el consumo humano.

d) Indemnizaciones: la IS 2019, mantiene la idea de indemnizar a las titulares que reciban una menor proporción de agua a consecuencia de la redistribución que realice la DGA, a pesar de los severos problemas de acceso al agua y de la necesidad de tomar medidas urgentes para abastecer de agua potable en zonas rurales. La redacción sí se acota a los daños y perjuicios que sean consecuencia directa de la menor proporción de aguas recibida.

En suma, la IS 2019 propone actualizaciones al decreto de escasez, pero mantiene la esencia de la disposición vigente. Se destaca la flexibilidad del período de duración del Decreto, dejando de lado los seis meses no prorrogables.

Sin embargo, la IS 2019 deja lado toda la discusión que se dio en la discusión de la IS 2014 relativa a modificar la aplicación de los decretos de escasez en casos de EES, reemplazando el concepto por épocas de severa sequía. Mantener la idea de una sequía como algo extraordinario; así como la eliminación de las indemnizaciones en caso de que se reciba menos proporción de agua que la que en derecho corresponda. Ello implica desconocer la recurrencia de estos períodos fruto del cambio climático, e incluso genera una incoherencia con las mismas premisas que justifican la IS donde, se

⁶⁸ Numeral 2 del nuevo inciso 3° del artículo 314 propuesto por la IS 2019.

preocupa el ejecutivo por la persistencia de dichos episodios al señalar que: “[a]ctualmente, esta situación de escasez hídrica se evidencia, por ejemplo, en la existencia de casi 60 comunas bajo decreto de escasez -algunas desde hace varios años”⁶⁹.

Conclusión

El CA busca dotar de reglas para el aprovechamiento del agua en Chile, a fin de gestionar una correcta distribución del recurso. Con este fin, desarrolla sus normas en base a una regla general de disponibilidad. De manera excepcional, posee disposiciones aplicables ante escenario de escasez de agua: a. Normativa relativa al consumo humano; y b. Atribuciones presidenciales ante la falta de agua. Dentro de este último grupo, se enmarca el artículo 314 del CA que permite declarar zonas de escasez en épocas de extraordinaria sequía.

Dicha disposición regula una serie de temas relativos al procedimiento, el actuar del organismo público y los efectos de la declaración. En cuanto a la forma de declarar la escasez, esta es realizada por el Presidente de la República, previo informe de la DGA, que podrá declarar alguna zona del país como de escasez en “épocas de extraordinaria sequía” (EES) por un período máximo de seis meses no prorrogables. Por su parte, los usuarios tienen las atribuciones preferentes para fijar medidas extraordinarias de redistribución. Solo en caso de que no exista acuerdo entre los usuarios, podría la DGA proceder a actuar suspendiendo las atribuciones de la JdV y los seccionamientos, así como también podrá redistribuir las aguas; podrá también autorizar extracciones sin necesidad de constituir derechos y sin las limitaciones de caudal ecológico, por el período de vigencia del decreto. A pesar de que la norma entiende que es de aplicación en un período de extraordinaria sequía, el titular de derechos de aprovechamiento de aguas, que haya recibido menor proporción del agua que le correspondía durante el período de vigencia de la declaración de escasez, tiene derecho a ser indemnizado, cuando se hayan establecidos preferencias hacia algunos usuarios por sobre otros.

La Res. DGA N° 1674/2012, se encarga de establecer las EES, en base a criterios físicos, basados en condiciones hidrometeorológicas, que dependen de la disponibilidad de aguas en los cauces naturales o en caso de que exista una disminución ostensible de las fuentes de abastecimiento para consumo humano, en caso de las aguas subterráneas. El CA utiliza indistintamente los conceptos de sequía y escasez, empero no pueden ser considerados como sinónimos, siendo que los términos evocan a supuestos distintos. Mientras que la sequía, puede entenderse como un fenómeno de carácter natural, la escasez hídrica puede ser entendida como un fenómeno antrópico originado por factores como la sobreexplotación o la contaminación. Por tanto, normativa que apunte a regular medidas extraordinarias o de emergencia para

⁶⁹ Mensaje N° 369-366 que “Formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que reforma el código de aguas (boletín N° 7.543-12). 31 de enero de 2019, 3.

hacer frente a la escasez hídrica, debe también contemplar los factores antropológicos que afectan a la carestía de agua.

En relación con el concepto de EES, el artículo 314 entiende que existen períodos de sequía tanto ordinarios como extraordinarios, aplicándose solo para estos últimos la declaración de escasez. Sin embargo, la forma en que se ha presentado y efectos derivados de la sequía, durante los últimos años, en nuestro país, no permiten seguir entendiendo dichos episodios como extraordinarios. En este sentido, es necesario plantear las hoy consideradas sequías extraordinarias o ESS, más bien como períodos recurrentes y prolongados, que están teniendo una afectación directa en abastecimiento de agua para consumo humano, que se ha traducido en efectos nocivos, como un alto gasto público en el arriendo de camiones aljibe. De este modo, la escasez hídrica debe dejar de ver como un problema coyuntural, pasando a uno de carácter estructural.

El PL Boletín N° 7543-12, que busca reformar el CA, presenta indicaciones que buscan reformar el artículo 314. En el presente trabajo, se analizaron las propuestas de la IS 2014 y la IS 2019, las que tienen visiones contrapuestas sobre cómo tratar la escasez hídrica en los aspectos del presupuesto de aplicabilidad y las indemnizaciones. Por una parte, la IS 2014, propone cambios sustanciales al precepto como reemplazar la condición de EES a una "situación de sequía severa", así como terminar con las indemnizaciones en caso de que se reciba menor proporción de agua; mientras la IS propone mantener el concepto de EES y no alterar mayormente el aspecto indemnizatorio vigente, a pesar que el escenario hídrico actual no puede medirse bajo los mismo parámetros que el del año 1981.

Independiente que visión termine primando en la reforma al CA, es necesario que la propuesta que apruebe el Congreso contemple la mayor recurrencia y prolongación de los períodos de escasez en nuestro país; así como que se pueda avanzar en distinguir los conceptos de escasez hídrica y sequía, en miras de generar una regulación avanzada, que contemple tanto consideraciones hidrometeorológicas como factores antrópicos.

Bibliografía citada

- ARELLANO, Alberto (2017). *El negocio de la sequía: el puñado de empresas de camiones, aljibe que se reparte \$92 mil millones*. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2017/03/21/el-negocio-de-la-sequia-el-punado-de-empresas-de-camiones-aljibe-que-se-reparte-92-mil-millones/> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].
- CENTRO DE CIENCIA DEL CLIMA Y LA RESILIENCIA (CR)2 (2015). *La megasequía 2010-2015: Una lección para el futuro*. Disponible en: <http://www.forestal.uach.cl/manejador/recursos/2015informe-a-la-nacinla-megasequia-2010-2015una-leccion-para-el-futuro-1.pdf> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].
- COSTA CORDELLA, Ezio (2016). Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 N° 1, 335-354.
- COOPERATIVA (2018). *Escasez de Agua afecta a 61 comunas del país*. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/servicios-basicos/agua/escasez-de-agua-afecta-a-61-comunas-del-pais/2018-02-02/070846.html> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].

- LA TERCERA (2014). *Vivir sin agua potable en Chile, la realidad de más de 400 mil personas*. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/vivir-sin-agua-potable-en-chile-la-realidad-de-mas-de-400-mil-personas/> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].
- EL MERCURIO ONLINE (2017). *Revelan que 1,5 millones de chilenos viven sin tratamiento de aguas servidas y 500 mil sin agua potable*. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/05/29/860377/Revelan-que-1-5-millones-de-chilenos-viven-sin-tratar-sus-aguas-servidas-y-500-mil-sin-agua-potable.html>.
- FRAGKOU, María Cristina y McEVOY, Jamie (2016). Trust matters: Why argumenting water supplies via desalination may not overcome perceptual water scarcity. *Desalination*, N° 397, 1-8.
- MARTIN, Liber (2018). La emergencia en el derecho de aguas. *Actas de las I Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 125-146.
- MARTIN, Liber y PINTO, Mauricio (2015). Escasez extraordinaria y derecho de aguas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 20, 147-164.
- METHA, Lyla (2007). Whose scarcity? Whose property? The case of water in western India. *Land Use Policy* N° 24, 654-663.
- MISHRA, Ashok K. y SINGH, Vijay P. (2010). A review of drought concepts. *Journal of Hydrology* N° 391, 202-216.
- MUÑOZ ESCUDERO, Gonzalo (2011). *Declaración de Zona de Escasez y sus efectos*. VERGARA BLANCO, Alejandro [director], Código de Aguas Comentado. Santiago: AbeledoPerrot. T.I, 1139-1147.
- OBANDO CAMINO, Iván y ALLESCH PEÑAILLO, Johann (2014). La responsabilidad civil extracontractual del Estado administrador por la redistribución de las aguas en caso de extraordinaria escasez o sequía. *Actas de Derecho de Aguas* N° 4, 65-79.
- ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL (1990). *Función de la Organización Meteorológica Mundial en el Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales*. Ginebra, OMM, 32.
- PADILLA CALDERÓN, Esther (2012). La construcción social de la escasez de agua. Una perspectiva teórica anclada en la construcción territorial. *Revista Región y sociedad* N° 3 especial, 91-116.
- RECABARREN SANTIBÁÑEZ, Oscar (2016). El Derecho de Aguas Chileno desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente. *Revista Justicia Ambiental* Año VIII N° 8, 109-138.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2003). La distribución de las aguas por las Juntas de Vigilancia. *Revista de Derecho Administrativo* N° 2, 317-326.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2012). La distribución y redistribución de las aguas en épocas de escasez: Actividad interventora de la Dirección General de Aguas. *Conflictividad administrativa y judicial*. *Actas de Derecho de Aguas* N° 2, 223-240.
- SCHMIDT, Guido y BENÍTEZ-SANZ, Carlos (2013). *How to distinguish water scarcity and drought in EU water policy?*. Disponible en: <http://www.globalwaterforum.org/2013/08/26/how-to-distinguish-water-scarcity-and-drought-in-eu-water-policy/> [fecha de consulta: 14 de enero de 2019].
- SWYNGEDOUW, Erik (2009). The Political Economy and Political Ecology of the Hydro-Social Cycle. *UCOWR Journal of Contemporary Water Research & Education*, N° 142, 56-90.
- TAPIA VALENCIA, Felipe (2014). Tratamiento del Derecho Humano de Acceso al agua en el ordenamiento jurídico e institucional chileno. *Actas de las VII Jornadas de Derecho ambiental*. Santiago: Universidad de Chile - Thompson Reuters Santiago, 305-332.
- TAPIA VALENCIA, Felipe (2018). Situación del acceso al agua en zonas rurales y principales conflictos derivados. *Actas de las I Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 49-67.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1999). El derecho de la sequía: la redistribución de las aguas. *Revista de Derecho Administrativo* Vol. I, N° 2, 361-370.

Normativa citada

- D.F.L. N° 1.122, fija texto de Código de Aguas. Diario Oficial, 29 octubre 1981.
- D.F.L. N° 1-19653, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de bases generales de la administración del Estado. Diario Oficial, 10 febrero 2001.
- Decreto N° 100, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 septiembre 2005.
- Decreto N° 19, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que Faculta a los ministros de Estado para firmar "por orden del Presidente de la República". Diario Oficial, 10 febrero 2001.
- Decreto N° 18, del Ministerio de Obras Públicas que Declara zona de escasez hídrica a la cuenca del Río Laja. Región del Bío-Bío. 8 enero 2018.
- Decreto N° 89, del Ministerio de Obras Públicas, que Declara zona de escasez hídrica a las comunas de La Higuera, La Serena, Coquimbo, Paihuano, Vicuña, Río Hurtado, Monte Patria, Ovalle, Punitaqui, entre otras. Región de Coquimbo. 3 mayo 2018.
- Decreto N° 95, del Ministerio de Obras Públicas que Declara zona de escasez hídrica a la provincia de Curicó, y a las comunas de Curepto, Constitución, Maule, Pelarco, entre otras. Región del Maule. 5 junio 2018.
- Decreto N° 112, del Ministerio de Obras Públicas que Declara zona de escasez hídrica a la comuna de Tiltil, provincia de Chacabuco, Región Metropolitana. 5 julio 2018.
- Decreto N° 114, del Ministerio de Obras Públicas que Declara zona de escasez hídrica a las comunas de Petorca, Cabildo, La Ligua, Zapallar y Papudo, provincia de Petorca, Región Valparaíso. 6 julio 2018.
- Decreto N° 125, del Ministerio de Obras Públicas que Declara zona de escasez hídrica a la comuna de Colina, Provincia de Chacabuco. 14 agosto 2018.
- Decreto N° 126, del Ministerio de Obras Públicas que Declara zona de escasez hídrica a las provincias de Los Andes, San Felipe, Quillota y Marga-Marga. Región de Valparaíso. 29 agosto 2018.
- Resolución N° 1674, de la Dirección General de Aguas, deja sin efecto resolución DGA N° 39, de 1984, y establece nuevos criterios para calificar épocas de extraordinaria sequía. 12 de junio de 2012.
- Resolución A/RES/64/292, de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el derecho humano al agua y el saneamiento. 28 julio 2010.