



Universidad De Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

LAS COMUNIDADES DE AGUAS SUBTERRANEAS EN CHILE: REGULACIÓN,
PROBLEMAS Y PROSPECTIVAS

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

NICOLE VANESSA RAVANAL SALINAS
PROFESOR GUÍA SR. GUSTAVO MANRÍQUEZ LOBOS

Santiago, Chile

2011

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
--------------------------	----------

PRIMERA PARTE: GENERALIDADES RESPECTO DE LAS AGUAS

CAPITULO I

ACERCA DE LAS AGUAS TERRESTRES Y LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS EN GENERAL

1.1 Clasificación de las aguas terrestres.....	7
1.1.1 Aguas superficiales.....	7
1.1.2 Aguas subterráneas.....	8
1.1.3 Del ciclo hidrológico y del uso conjunto de aguas superficiales y subterráneas.....	8
1.1.4 Gestión integrada de aguas superficiales y subterráneas en la legislación comparada.....	11
1.2. Las organizaciones de usuarios en la legislación chilena.....	13
1.2.1 Concepto de organizaciones de usuarios y su clasificación legal.....	13
1.2.2 Juntas de vigilancia.....	14
1.2.3 Asociaciones de canalistas y comunidades de aguas.....	15
1.2.4 Comunidades de aguas subterráneas.....	16

CAPÍTULO II

MARCO REGULATORIO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS EN CHILE

2.1 Breve reseña histórica.....	18
2.2. Legislación vigente.....	19

2.2.1 Código de Aguas, de 1981.....	19
2.2.2 Resolución N° 425, de 2007 de la Dirección General de Aguas.....	20
2.2.3 Ley N° 20.017, de 2005.....	21

CAPÍTULO III

COMUNIDADES DE AGUAS SUBTERRÁNEAS ORGANIZADAS EN CHILE: EL CASO DE LA COMUNIDAD DE AGUAS SUBTERRÁNEAS COPIAPÓ-PIEDRA COLGADA-PIEDRA COLGADA DESEMBOCADURA Y COMUNIDAD DE AGUAS SUBTERRÁNEAS DEL SECTOR ACUÍFERO DE YALI ALTO

3.1 Comunidad de Aguas Subterráneas Copiapó-Piedra Colgada-Piedra Colgada Desembocadura.....	22
3.1.1 Procedimiento de organización y formalización de esta comunidad de aguas subterráneas.....	23
3.1.2 Análisis de los estatutos vigentes.....	24
3.2 Comunidad de Aguas Subterráneas del Sector Acuífero de Yali Alto.....	31
3.3 Preocupación de la autoridad ante la escasa organización de comunidades de aguas subterráneas en el país.....	32
3.4 Experiencia comparada.....	33

SEGUNDA PARTE: LAS COMUNIDADES DE AGUAS SUBTERRÁNEAS A LA LUZ DE LA NORMATIVA

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN VIGENTE DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

4.1 Regulación vigente de las aguas subterráneas y su compleja inserción en un cuerpo pensado originalmente para las aguas de naturaleza superficial.....	36
---	----

4.1.1 Precariedad normativa: Insuficiente regulación de las aguas subterráneas en la ley.....	36
4.1.2 Inconsistencia normativa: Tratamiento de las aguas subterráneas en un cuerpo legal orientado eminentemente a las aguas superficiales.....	37
4.2 Ley N° 20.017 y las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas: inconsistencia legal al regular en forma conjunta las organizaciones de usuarios de aguas superficiales y subterráneas.....	38
4.2.1 Incorporación de las aguas subterráneas a las juntas de vigilancia.....	39
4.2.2 Modificación del hecho que origina las comunidades de aguas subterráneas.....	40

CAPITULO V

ORGANIZACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE AGUAS SUBTERRÁNEAS A LA LUZ DE LA NORMATIVA VIGENTE

5.1 Origen de pleno derecho de las comunidades de aguas subterráneas.....	42
5.1.1 Consideración previa: Instrumentos que limitan la extracción de aguas subterráneas.....	42
5.1.2 Hecho que origina de pleno derecho las comunidades de aguas subterráneas.....	44
5.1.3 Interpretación armónica de la normativa que regula el origen de las comunidades de aguas subterráneas.....	44
5.2 Organización y registro: formación legal y administrativa de las comunidades de aguas subterráneas.....	47
5.2.1 Procedimiento voluntario.....	47
5.2.2 Declaración por vía judicial.....	48
5.3 Ámbito de competencia de las comunidades de aguas subterráneas.....	49

TERCERA PARTE: LAS COMUNIDADES DE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA

CAPITULO VI

PROBLEMAS QUE ENFRENTA LA CONSTITUCIÓN DE COMUNIDADES DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

6.1 Falta de aplicación de la normativa que regula las comunidades de aguas subterráneas.....52

6.2 Dificultades para la determinación del ámbito de competencia de las comunidades de aguas subterráneas.....54

6.3 Relación con las organizaciones de usuarios de aguas superficiales: Necesidad de independencia y autonomía.....56

6.4 Importancia de las comunidades de aguas para la gestión sustentable del acuífero.....56

6.5 Dificultades de gestión que enfrenta la Dirección General de Aguas.....57

CONCLUSIONES.....58

BIBLIOGRAFÍA.....61

INTRODUCCIÓN

Incuestionable es la importancia que representa el agua actualmente en el mundo entero, siendo un recurso de gran valor para el desarrollo de diferentes actividades industriales, agrícolas y energéticas, como así también de vital relevancia para la vida humana.

El interés por las comunidades de aguas subterráneas surge al advertir la carencia de una regulación adecuada de las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas, dentro de la legislación general del derecho de aguas vigente, en tiempos donde la asociatividad entre los usuarios cobra particular relevancia para una mejor gestión de los acuíferos.

La actual regulación de las organizaciones de usuarios en el Código de Aguas presenta problemas estructurales al tratar en forma conjunta instituciones propias de las aguas superficiales aplicadas al recurso hídrico subterráneo, situación que será abordada en este trabajo de investigación y que constituye el eje del mismo. La carencia de normativa legal apropiada ha llevado a la Administración a suplir las deficiencias con actos administrativos como la Resolución DGA N° 425, de 2007, que constituye la principal fuente normativa de las aguas subterráneas en Chile.

Como consecuencia de lo anterior, se presentan una serie de problemáticas en cuanto a la determinación de los supuestos fácticos que determinan el origen de una comunidad de aguas subterráneas, su ámbito de competencia, su procedimiento de registro en la Dirección General de Aguas, la relación con otras organizaciones de usuarios y la falta de conceptualización -legal y técnica- de los elementos que componen el sistema de las aguas subterráneas.

Uno de los objetivos de este trabajo es entender las características singulares de las aguas subterráneas para luego exponer y analizar, en forma ordenada y sistemática, el estatuto jurídico aplicable a las organizaciones de usuarios que se formen sobre dichas aguas, detectando problemas en la regulación y proponiendo soluciones en relación a ello.

Además, se pretende realizar un análisis crítico de la normativa –legal y administrativa- vigente sobre las comunidades de aguas subterráneas, su contexto normativo y su lugar dentro del derecho de aguas chileno, buscando una interpretación armónica de sus disposiciones de frente a las controversias relacionadas con la ausencia de normas de rango legal o reglamentario que regulen específicamente las comunidades de aguas subterráneas y que las separen de las organizaciones de usuarios de aguas superficiales.

Muchas de las materias del Derecho de Aguas chileno vigente están recién siendo estudiadas y sistematizadas, lo que provoca un vacío ostensible en la comprensión del conjunto de dicho derecho y, en especial, de las normas que regulan e inciden en las aguas subterráneas. Lograr una interpretación razonable de dicho estatuto especial permitiría, incluso, modificar el Código de Aguas a la luz de los nuevos conocimientos que se adquieran.

La investigación, por lo mismo, no profundiza en ciertos aspectos ya conocidos del Derecho de Aguas, como el derecho de aprovechamiento o el derecho real de servidumbre que permita su ejercicio. Así, se buscará una sistematización del conjunto de normas que inciden en el problema de la desconexión entre la regulación actual de las comunidades de aguas subterráneas y la normativa contenida en el Código de Aguas.

En síntesis, la hipótesis que se pretende demostrar es que, a la luz del las falencias de la normativa que rige actualmente a las aguas subterráneas, se generan importantes inconsistencias y dificultades respecto a la existencia de comunidades de aguas subterráneas, siendo la mayor prueba de ello el hecho de que en Chile sólo exista una comunidad de aguas subterráneas legalmente organizada y registrada, y otra en procedimiento de registro, no habiendo más casos en nuestro país; y cuya organización en mayor número es de total relevancia para lograr un mejor aprovechamiento de los acuíferos en nuestro país.

De esta forma, se analizará la normativa aplicable a las aguas subterráneas, de manera general, así como la modificación introducida por la Ley N° 20.017, de 2005; asimismo, la Resolución DGA N° 425, de 2007; como también jurisprudencia administrativa emanada de la Dirección General de Aguas atinente a la investigación.

PRIMERA PARTE: GENERALIDADES RESPECTO DE LAS AGUAS

CAPITULO I

ACERCA DE LAS AGUAS TERRESTRES Y LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS EN GENERAL

1.1. Clasificación de las aguas terrestres.

El Código de Aguas¹ de nuestro país establece en su artículo 1° el ámbito de aplicación de sus disposiciones, indicando que sólo regula lo referido a las aguas terrestres, excluyéndose las aguas marítimas.

En seguida en el inciso 1° de su artículo 2°, este cuerpo legal establece que las aguas terrestres son superficiales o subterráneas. Para los efectos de este trabajo, esta clasificación es de suma importancia, toda vez que estará centrado específicamente en las aguas subterráneas y en las organizaciones de usuarios que se formen en torno a ellas.

Por ello, cabe referirse a continuación a esta clasificación con el objeto de delimitar cuáles aguas serán de nuestro interés en esta oportunidad.

1.1.1 Aguas superficiales.

El inciso 2° del artículo 2° del Código de Aguas define a las aguas superficiales como aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas.

Conforme lo señala el mismo artículo 2° citado, son aguas corrientes las que escurren por cauces naturales, como los ríos, o artificiales, como los canales; mientras que las aguas detenidas son aquellas que están acumuladas en depósitos naturales o

¹ D.F.L. N° 1.122. CHILE. Código de Aguas. Diario Oficial de 13 de agosto de 1981. Santiago, Chile, 29 de octubre de 1981.

artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses.

Todas las fuentes acá citadas escapan al presente estudio, quedando fuera del análisis que se ofrece a continuación.

1.1.2 Aguas subterráneas.

Conforme al inciso final del artículo 2° del Código de Aguas, son aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas.

El hecho de que las aguas subterráneas no se encuentren a la vista del hombre, ha hecho que se piense comúnmente que las mayores fuentes de aguas se manifiestan en forma superficial; lo que se suma a las grandes cantidades de dinero dirigidas a construir obras hidráulicas visibles como, por ejemplo, represas, diques, embalses o canales de regadío.

Sin embargo, a pesar de estar permanentemente en un segundo plano, el 97 % de la disponibilidad de agua dulce de nuestro planeta corresponde a aguas subterráneas que se encuentran ubicadas en el subsuelo², asemejándose a un gran embalse natural subterráneo.

1.1.3 Del ciclo hidrológico y del uso conjunto de aguas superficiales y subterráneas.

Además de su difícil ubicación al no estar a la vista del hombre, las aguas subterráneas presentan distintas fases o etapas para su aprovechamiento, cuales son i) la exploración; ii) la perforación; y, iii) la explotación. Esta mayor complejidad de acceso a las aguas subterráneas, ha determinado que históricamente se haya tenido un conocimiento más acabado de las aguas superficiales, ignorándose la interrelación que conecta a unas con otras.

² JOHNSON, Edward. El agua subterránea y los pozos. Saint Paul, Minnessota, Johnson Division UOP Inc., 1975, 3p.

En virtud de diversos estudios, desarrollados a partir de la segunda mitad del siglo pasado, se concluyó esta relación conexas entre las aguas superficiales y subterráneas, de la que no cabe duda en estos tiempos. En nuestra legislación, a partir del año 2005, por medio de la Ley N° 20.017, se fortalece y reconoce expresamente la vinculación e interrelación entre aguas superficiales y subterráneas, especialmente a través de lo previsto en el artículo 3° del Código de Aguas que consagra el principio de la unidad de la corriente incluyendo ambas aguas, y lo establecido en el artículo 22 del mismo cuerpo legal que reconoce la relación entre el recurso hídrico superficial y subterráneo para efectos de constitución de derechos de aprovechamiento.

Así, se ha planteado modernamente la posibilidad de llevar a cabo un uso conjunto de las aguas superficiales con las aguas subterráneas, toda vez que traería consigo una serie de ventajas, las que, a modo de ejemplo, son enumeradas por Gustavo Manríquez Lobos³, a saber:

i) Complemento de dotaciones.

Al estar prácticamente agotados (otorgados) los recursos superficiales, el alumbramiento de aguas subterráneas se presentaría como una buena posibilidad para aumentar la dotación de agua con que cuentan los usuarios actuales, en aquellos casos en que el agua superficial sea insuficiente.

ii) Regulación de caudales.

Un problema al que se enfrentan los usuarios de aguas es la disponibilidad sujeta a fluctuaciones de las fuentes superficiales, que por razones de diversa índole no tienen un flujo constante, ya sea durante épocas del año o en determinados días. Una buena solución para el problema planteado sería suplir las deficiencias que presente la fuente superficial con las aguas subterráneas, toda vez que estas permitirían mantener caudales constantes.

iii) Mejoramiento de la calidad del agua.

El agua superficial está sujeta a todo tipo de contaminación, dado que tienen una alta exposición y que se encuentran a la mano de la población al momento que

³ MANRÍQUEZ Lobos, Gustavo. Apuntes Curso Derecho de Aguas. En: Curso Derecho de Aguas, 1er semestre de 2008, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. sp.

estos requieren deshacerse de de desechos y residuos. En cambio, el agua subterránea, por su situación física de ocultamiento, lo que la hace difícilmente contaminable, de modo que su uso conjunto con las aguas superficiales elevará la calidad de estas últimas.

iv) Reordenación de usos.

Consistente con el párrafo anterior, existirán usos que preferirán las aguas subterráneas, como es el caso del agua potable, o bien en situaciones particulares se permitirá la sustitución de aguas superficiales por subterráneas, o viceversa, de acuerdo a las circunstancias que se presenten en cada caso concreto.

v) Recarga artificial de acuíferos.

Tal como sucede con el almacenamiento de aguas superficiales, es posible modificar la disponibilidad del agua subterránea sobre la base de inyectar a los acuíferos aguas sobrantes invernales, utilizando los reservorios como si fuesen embalses subterráneos, lo que permitiría un uso intensivo de las aguas subterráneas. No obstante esta figura se encuentra regulada en la normativa, no se conocen casos en que la recarga artificial de acuíferos se haya aplicado en nuestro país.

En razón de que tanto las aguas superficiales como subterráneas forman parte del mismo ciclo hidrológico⁴, estamos de acuerdo con el uso conjunto que se plantea en este punto, lo que debe obedecer a políticas públicas integrales, que tiendan a un manejo del recurso hídrico en forma coordinada; sin embargo, y en lo que interesa para los efectos de este trabajo, creemos que en lo que respecta a las organizaciones de usuarios, éstas deben estar claramente delimitadas en razón de la fuente, natural o artificial, desde donde los usuarios extraen y aprovechan sus aguas.

Así, no podrán tener el mismo tratamiento legal una asociación de canalistas y una comunidad de aguas subterráneas, toda vez que presentan particularidades

⁴ SORIANO Carreño, Luis Carlos. Las aguas en nuestro Derecho. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Concepción. Chile. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1986, 8p. Señala en lo relativo al ciclo hidrológico, lo que sigue: "Este ciclo hidrológico determina el hecho de que el agua que existe en circulación es una cantidad determinada. El agua es toda una. Su procedencia es una, sea cual fuere el estado en que se encuentre: sólido, líquido o gaseoso. Sea cual fuere su ubicación, está en íntima relación o interacción. Es la unidad del ciclo hidrológico".

incompatibles de objeto. Esta necesidad de diferenciación entre las organizaciones ya se vio reflejada en el Código de Aguas de 1981, que distinguió entre las comunidades de aguas, comunidades de obras de drenaje, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia. No obstante ello, el legislador omitió distinguir entre las comunidades de aguas que se formaran según fuera sobre aguas superficiales o subterráneas, las que como se verá más adelante, necesitaban de una regulación que hiciera previamente esa distinción.

En efecto, el Código de Aguas de 1981 desarrolló acabadamente las instituciones jurídicas relativas a las aguas superficiales, sin abordar de la misma forma las aguas subterráneas, las que requirieron de actos administrativos posteriores que vinieran a suplir tales deficiencias y que hoy se encuentran contenidas en la Resolución DGA N° 425, de 2007, que dispone normas de exploración y explotación de aguas subterráneas y que representa el cuerpo que regula en detalle las instituciones de las aguas subterráneas, entre ellas, las comunidades de aguas que se originen sobre las aguas que detentan esta naturaleza.

Una gestión integrada de las aguas superficiales y subterráneas en manos de la autoridad, en este caso la Dirección General de Aguas, a través de un tratamiento conjunto, no atenta contra la autonomía que deben tener las organizaciones de usuarios dentro del marco de la legalidad y conforme a las facultades y atribuciones que le otorga el ordenamiento jurídico. Tal como se verá a lo largo del desarrollo que a continuación se ofrece, las organizaciones de usuarios previstas en la ley obedecen a objetos y ámbitos de competencia diversos, por lo que la intromisión de unas con otras lleva a la confusión y a un inadecuado aprovechamiento del recurso hídrico.

1.1.4 Gestión integrada de aguas superficiales y subterráneas en la legislación comparada⁵.

En la legislación comparada, encontramos el caso de España y Francia, en donde se contempla una organización especial enfocada en la administración de la

⁵ OJEDA Mansilla, Mariza. Las organizaciones de usuarios de aguas en la legislación chilena y comparada. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Valdivia. Chile. Universidad Austral de Chile, Escuela de Derecho, 2003, 162-184 pp.

cuenca hidrográfica, como un todo, integrando tanto aguas superficiales como subterráneas. Eso responde a lo ya señalado precedentemente, en el sentido que todas las aguas son parte del mismo ciclo hidrológico, por lo que es necesaria una política pública macro tendiente al tratamiento conjunto de aguas superficiales y subterráneas.

No obstante ello, y tal como planteamos en este trabajo, la existencia de organizaciones de usuarios específicas para las aguas subterráneas es del todo necesaria para una gestión eficiente de la unidad acuífera, y no atenta contra la existencia de estos organismos de cuenca.

En efecto, en las legislaciones citadas, la presencia de estos organismos⁶ no obsta que se organicen formalmente comunidades de aguas subterráneas, sino que por el contrario, tienen la facultad de promoverlas cuando la situación así lo amerite.

Así se desprende, por ejemplo, de la Ley de Aguas española de 2001, que reglamenta en su artículo 87 la situación de las comunidades de usuarios de sectores hidrogeológicos y de acuíferos, estableciendo que los usuarios de esa unidad estarán obligados, a requerimiento del organismo de cuenca, a constituir una comunidad de usuarios, correspondiendo a dicho organismo, a instancia de parte o de oficio, determinar sus límites y establecer el sistema de utilización conjunta de las aguas. Agrega el artículo 88 de la misma ley, que el organismo de cuenca podrá, además, obligar a la constitución de comunidades que tengan por objeto el aprovechamiento conjunto de aguas superficiales y subterráneas, cuando así lo aconseje la mejor utilización de los recursos de una misma zona⁷.

⁶ En el derecho español se conocen como organismos de cuenca (Ley de Aguas de 2001), mientras que en la legislación francesa reciben el nombre de agencias (Ley de 1964), cuyo ámbito de intervención comprende aguas superficiales y subterráneas.

⁷ OJEDA Mansilla, Mariza. Op.cit. 183p.

1.2. Las organizaciones de usuarios en la legislación chilena.

1.2.1 Concepto de organizaciones de usuarios y su clasificación legal.

Las organizaciones de usuarios de aguas son entidades, sin fines de lucro⁸, reguladas principalmente en el Código de Aguas y que tienen por objeto, fundamentalmente, administrar las fuentes de abastecimiento de aguas superficiales o subterráneas; distribuir las aguas entre sus miembros y resolver los conflictos que existieren entre los usuarios o entre éstos y la propia organización. Estas organizaciones de usuarios se encuentran reguladas en el Título III del Libro II del Código de Aguas, encontrando su fundamento legal en el artículo 186 de dicho ordenamiento.

Para conceptualizar las organizaciones de usuarios debemos remitirnos al mismo artículo 186 del Código de Aguas, norma de la que se desprende que estas corresponden a una comunidad de hecho que se forma en aquellos casos en que dos o más personas son titulares de derechos de aprovechamiento sobre una misma fuente, sea de aguas superficiales o subterráneas, sea sobre cauces naturales o artificiales.

Entre las características⁹ más importantes de las organizaciones de usuarios, podemos señalar que:

- i) Poseen unidad de objeto, es decir, todas ellas pretenden gestionar la extracción de aguas desde una determinada fuente.
- ii) No se trata de organizaciones *intuitu personae*, en donde no es requisito la denominada *afectio societatis*, pudiendo tener un número indeterminado de socios, y la

⁸ SEGURA Riveiro, Francisco. Derecho de Aguas. Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2006, 170-171 pp. Señala al respecto que: "En efecto se trata de entidades privadas, que si bien no persiguen fin de lucro de manera directa, al menos de manera indirecta se genera este lucro, pues su función no es la beneficencia, sino la de procurar el mejor aprovechamiento del recurso, construir y mantener obras de regadío, bocatomas y demás. Estas obras significan para cada uno de los miembros el mejor uso de sus recursos y de esta manera su patrimonio aumenta, no directamente, pero sí de forma indirecta desde que su derecho es más valioso para terceros interesados y a su vez mediante un mejor aprovechamiento de aguas mejora la productividad de las actividades que desarrolla."

⁹ *Ibíd.* 172-174 pp.

entrada y salida de la entidad se produce mediante la adquisición o la venta, según sea el caso, de los derechos de cada uno.

iii) Los integrantes deben ser titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, cualquiera sean las características de su uso.

iv) Los miembros de estas organizaciones conservan en su patrimonio los derechos de aprovechamiento de aguas, sin que exista un desplazamiento patrimonial hacia la sociedad.

v) Las organizaciones de usuarios tienen la facultad de resolver conflictos entre socios o comuneros, actuando la directiva de la organización como árbitro arbitrador.

Cabe en seguida referirnos a cada una de las organizaciones de usuarios contempladas en nuestra legislación, con sus particularidades.

1.2.2 Juntas de vigilancia.

La última frase del citado artículo 186 del Código de Aguas delimita el ámbito de competencia de las juntas de vigilancia, y las diferencias de las otras organizaciones. Esta frase señala que en el caso de que dos o más personas tengan derechos de aprovechamiento de aguas sobre un mismo cauce natural podrán organizarse como junta de vigilancia, de lo que se desprende que las demás organizaciones de usuarios se constituirán sobre cauces artificiales, siendo ésta la principal particularidad que distingue a las juntas de vigilancia.

Complementa lo anterior, el artículo 263 inciso 1° del Código de Aguas, al señalar que quienes aprovechen aguas superficiales o subterráneas de una misma cuenca u hoyo hidrográfica podrán organizarse en una junta de vigilancia. Así, de acuerdo con lo que se ha señalado precedentemente, es posible afirmar que quienes sean titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, sean éstas superficiales o subterráneas, de una misma cuenca u hoyo hidrográfica, deben formar parte de la respectiva junta de vigilancia.

De esta forma, el elemento esencial que determina el ámbito de competencia de las juntas de vigilancia es una misma cuenca u hoyo hidrográfica, la que se

encuentra definida en el artículo. 3° inciso 2° del Código de Aguas en los siguientes términos: “La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua, discontinua, superficial o subterráneamente.”

Hay que igualmente recordar que todos los derechos de aprovechamiento de aguas se extraen originariamente desde un cauce natural; en otras palabras, por ejemplo, los canales se alimentan desde cauces naturales, siendo la bocatoma del canal el límite donde termina la competencia de las juntas de vigilancia y en donde comienza la competencia de la otra organización de usuarios que se forme en ese cauce artificial. Sin perjuicio de lo anterior, al captar sus aguas desde el cauce natural, toda organización de usuarios que se forme sobre los cauces artificiales formará parte integrante de la junta de vigilancia que corresponda al cauce natural desde donde sus bocatomas captan las aguas, según se desprende del artículo 272 del Código de Aguas¹⁰.

1.2.3 Asociaciones de canalistas y comunidades de aguas.

Estas organizaciones tienen doctrinariamente un tratamiento conjunto y casi no presentan diferencias. Las asociaciones de canalistas y comunidades de aguas encuentran su fundamento en el artículo 186 del Código de Aguas, y ejercen su jurisdicción en las fuentes artificiales desde las cuales captan sus aguas. La competencia de estas organizaciones de usuarios, tal como lo señala el artículo 200 del Código de Aguas, se extiende “hasta donde exista comunidad de intereses, aunque solo sea entre dos comuneros”.

De esta manera, los usuarios de una misma fuente artificial podrán organizarse formalmente ya sea como comunidad o asociación, con el objeto de tomar las aguas del canal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias

¹⁰ Dicha norma señala en su inciso 1° que “Si por otorgamiento de derechos, construcción de nuevas obras de riego o de regulación de la cuenca se constituye un nuevo derecho de agua, el que lo goce quedará incorporado a la junta de vigilancia respectiva.”

para su aprovechamiento, según lo señala expresamente el Código de Aguas en su artículo 186.

De esta forma, el elemento determinante es aprovechar las aguas de una misma fuente artificial. En caso de que exista, por ejemplo, una red de canales, cuyos títulos señalan todos el mismo punto de captación desde la fuente natural, pueden formarse tantas comunidades de aguas o asociaciones de canalistas como canales existan, las que a su vez formarán parte de las organizaciones de usuarios de extensión mayor, como otras comunidades, asociaciones o juntas de vigilancia.

En otras palabras, si dos o más titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, captan sus aguas a partir de un mismo marco partidior ubicado en un determinado canal, podrán organizar una comunidad o asociación desde ese marco partidior; a su vez, dicha organización formará parte de la que se forma a partir de la obra artificial mayor; y todas a su vez, formarán parte de la junta de vigilancia que se organice en la cuenca u hoya hidrográfica en la que se ubican dichas aguas; formando todas parte de un sistema de administración de la fuente desde donde provienen las aguas originariamente.

1.2.4 Comunidades de aguas subterráneas.

Tal como se adelantó, las organizaciones de usuarios se encuentran reguladas en el Título III, Libro II, del Código de Aguas, indicándose en sus inicios -artículo 186- la situación de hecho que las origina por el sólo ministerio de la ley. En efecto, es el párrafo 1° de ese Título el que trata las comunidades de aguas, regulando el procedimiento de organización, la forma de elección y conformación de un directorio que las dirige, los derechos y obligaciones que surgen entre sus miembros y, en general, cualquier cuestión relevante para los efectos de administrar y distribuir las aguas conforme al ordenamiento.

Sin embargo, en cuanto a las comunidades de aguas subterráneas, las únicas normas del Código de Aguas que las reconocen expresamente son los artículos 63 y 65 preceptuando que las declaraciones de zonas de prohibición o de áreas de

restricción darán origen a una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidas en ellas.

Cabe señalar entonces que las normas contenidas en el Título III Libro II antes indicado, no especificaron si se trataba de comunidades aguas superficiales o subterráneas, siendo aplicables las normas a ambos tipos de organizaciones de usuarios; no obstante ello, se desprende que el espíritu del legislador fue regular en especial las primeras, por lo que para encontrar la regulación específica de las segundas, debemos remitirnos a la Resolución DGA N° 425, de 2007, que si bien es un mero acto administrativo, se ha constituido en un verdadero sustituto legal o reglamentario y que ha venido a desarrollar el régimen que afecta a las aguas subterráneas en nuestro país.

Así, si dos o más personas aprovechan las aguas de un mismo acuífero del sector hidrogeológico de aprovechamiento común, podrán organizarse como comunidad de aguas subterráneas, la que deberá organizarse en la forma dispuesta en el párrafo 1º del Título III del Libro Segundo del Código de Aguas.

CAPITULO II

MARCO REGULATORIO DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS EN CHILE

2.1 Breve reseña histórica.

En el derecho romano, regía el *pars fundi*, en donde el dueño de un fundo extendía su dominio hasta lo alto del cielo y hasta las entrañas de la tierra; por lo tanto, era dueño a su vez de las aguas subterráneas que encontrara.

Luego, el derecho español regulaba las aguas subterráneas basándose en el sistema musulmán, en donde se conocían los pozos ordinarios y los pozos cartesianos, perteneciendo los primeros al dueño del suelo y los segundos a quien los hubiere construido¹¹.

En Chile, antes de la dictación del primer Código de Aguas, la legislación respecto de las aguas subterráneas era sumamente escasa, y solamente encontrábamos en el ordenamiento jurídico las disposiciones de los entonces artículos 945 del Código Civil y 85 del Código de Minería¹².

Con la dictación del Código de Aguas de 1951, las aguas subterráneas son tratadas por primera vez en nuestro país, abordando en su Título III, del Libro Primero, la adquisición de los derechos de aprovechamiento otorgados como mercedes de aguas subterráneas; y, al referirse en su Título II, del Libro Segundo, a la exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales.

El posterior Código de Aguas, de 1969, dio tratamiento a las aguas subterráneas en términos similares a su antecesor, en el Título III, Libro Primero, refiriéndose ambos cuerpos legales sucintamente a la exploración y explotación de las aguas subterráneas.

¹¹ SORIANO Carreño, Luis Carlos. Op. cit. 21p.

¹² LIRA Urquieta, Pedro y De la Maza Risopatrón, Lorenzo. Régimen Legal de las Aguas en Chile. Santiago, Chile, Editorial Nacimiento, 1940. 38-39pp.

2.2. Legislación vigente.

2.2.1 Código de Aguas, de 1981.

El Código de Aguas de 1981, vigente actualmente, fue promulgado en virtud del Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 1.122, de fecha 13 de agosto de 1981, y publicado en el Diario Oficial el 29 de octubre del mismo año. En lo que nos atañe, este cuerpo normativo de rango legal regula las aguas subterráneas en su Título VI del Libro Primero. Se trata de 15 artículos divididos en 3 párrafos.

El primer párrafo corresponde a las normas generales, y comprende los artículos 56 y 57.

En tanto, el párrafo segundo, establece normas relativas a la exploración de aguas subterráneas, situación que regula por medio de dos artículos (58 y 58 bis).

En seguida, el párrafo tercero desarrolla la explotación de aguas subterráneas, desde el artículo 59 al 68.

En lo que interesa para los efectos de este trabajo, las comunidades de aguas subterráneas sólo se encuentran mencionadas a propósito de las declaraciones de zonas de prohibición y áreas de restricción (artículos 63 inciso 2° y 65 inciso final), más no se encuentran desarrolladas especialmente.

Por ello, para encontrar la regulación de las comunidades de aguas subterráneas debemos remitirnos al Título III del Libro II del Código de Aguas, que hace aplicables sus normas a estas organizaciones de usuarios, al señalar en el artículo 258 que las normas contenidas en el párrafo 1° de dicho Título, son aplicables a todo tipo de organizaciones de usuarios -entre ellas las comunidades de aguas subterráneas- "en cuanto sean compatibles con su naturaleza y no contradigan lo dispuesto en sus estatutos.

Así, las normas del Código de Aguas que regulan las comunidades de aguas en general, serán aplicables a las comunidades de aguas subterráneas en la medida que sean compatibles con la naturaleza de estas; de lo contrario, no son aplicables, y como veremos en este desarrollo, las normas de éstas son muchas incompatibles con las otras, al responder a situaciones de distinto objeto y naturaleza, de manera que quedan desprovistas de regulación.

2.2.2 Resolución N° 425, de 2007 de la Dirección General de Aguas.

La escasa regulación de las aguas subterráneas en el Código del ramo, hizo necesario que la Dirección General de Aguas estableciera el régimen jurídico de estas a través de la dictación de diversos actos administrativos, mediante los cuales dispuso –y desarrolló– las normas de exploración y explotación de las aguas subterráneas. La citada resolución data de fecha 31 de diciembre de 2007, y fue publicada en el Diario Oficial el 16 de abril de 2008.

La Resolución DGA N° 425, de 2005, encuentra sus antecedentes en las Resoluciones DGA N° 186, de 1996, y N° 341, de 2005, y responde a la modificación del Código de Aguas en virtud de las leyes N° 20.017, de 2005, y N° 20.099, de 2006.

Entre sus motivaciones principales está el de profundizar conceptos técnicos, establecer normas que se adecúen a las modificaciones legales de que ha sido objeto la legislación de aguas en los últimos años, y disponer de disposiciones que sean las indicadas para enfrentar los nuevos desafíos que presentan las aguas subterráneas en el país.

Este acto administrativo detalla las normas sobre el aprovechamiento de las aguas subterráneas, de acuerdo a la siguiente composición:

Un Capítulo I (artículos 1° al 19), en que aborda la exploración de aguas subterráneas, dividido en dos párrafos, dependiendo si la exploración se lleva a cabo en inmuebles de dominio privado o en bienes nacionales.

En seguida, un Capítulo II, dividido en seis párrafos, y en donde el párrafo 4° adquiere especial relevancia en cuanto establece normas dirigidas a las comunidades de aguas subterráneas (artículos 37 al 41)¹³.

¹³ Los demás párrafos establecen disposiciones generales (1°), normas relativas a las áreas de protección (2°), limitaciones a la explotación de aguas subterráneas (3°), disposiciones especiales como por ejemplo el cambio de punto de captación de los derechos de aguas subterráneas (5°), y disposiciones transitorias (6°).

2.2.3 Ley N° 20.017, de 2005.

La Ley N° 20.017, fue publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de junio de 2005, entrando en vigencia en esa fecha, e introdujo modificaciones importantes en el Código de Aguas. En materia de aguas subterráneas podemos mencionar, sin analizar aún, que las modificaciones, en síntesis, son las siguientes:

- i. Respecto de la exploración de aguas subterráneas, se incorporó la figura de remate, consistente en que si dentro del plazo de 6 meses contados desde la presentación de una solicitud de exploración, se presenta otra sobre la misma extensión territorial, se resolverá mediante remate entre los solicitantes y cualquier otro interesado que se presente; y, comprobada la existencia de aguas subterráneas en el área explorada, el beneficiario del permiso de exploración tendrá preferencia para que se le otorgue el derecho de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas (actuales incisos 2° y 3° del artículo 58 y artículo 58 bis del Código de Aguas).
- ii. Respecto a la explotación, y específicamente las comunidades de aguas subterráneas, esta ley incorporó el hecho de que la declaración de una zona de prohibición da origen a una comunidad de aguas subterráneas formada por todos los usuarios comprendidos en ella (agregó actual inciso 2° artículo 63 del Código de Aguas), incorporando además la posibilidad de que cualquiera persona pueda ejecutar la recarga artificial de acuíferos (actual inciso 2° artículo 66 del Código de Aguas).

Además, es importante señalar las modificaciones que esta ley introdujo en los artículos 186 y 263 del Código de Aguas, cambios que serán analizados específica y detalladamente en un capítulo de este trabajo, toda vez que tratan de modificaciones que tienen relación con las organizaciones de usuarios y la incorporación en ellas de los titulares de aguas subterráneas.

CAPITULO III

COMUNIDADES DE AGUAS SUBTERRANEAS ORGANIZADAS EN CHILE: EL CASO DE LA COMUNIDAD DE AGUAS SUBTERRANEAS COPIAPÓ PIEDRA COLGADA- PIEDRA COLGADA-PIEDRA COLGADA DESEMBOCADURA Y COMUNIDAD DE AGUAS SUBTERRANEAS DEL SECTOR ACUIFERO DE YALI ALTO

Vistos los antecedentes normativos, cabe referirnos ahora a las comunidades de aguas subterráneas organizadas en Chile y registradas –o en proceso de registro- en la Dirección General de Aguas.

A diferencia de las organizaciones de usuarios de aguas superficiales, cuya existencia en las distintas fuentes naturales y artificiales data de antiguos tiempos, las comunidades de aguas subterráneas en nuestro país no constituyen una práctica común, constatándose en este trabajo de investigación la existencia de sólo una comunidad de aguas subterráneas formalmente organizada en Chile y otra en proceso de registro en la Dirección General de Aguas.

Si bien existen varias unidades acuíferas que han sido declaradas como zonas de prohibición y áreas de restricción, y que como vimos, en esos casos, corresponde imperativamente organizarse, esto no ha sucedido, siendo casi inexistente la organización de comunidades de aguas subterráneas en nuestro país.

3.1 Comunidad de Aguas Subterráneas Copiapó-Piedra Colgada-Piedra Colgada Desembocadura.

Un caso que sí ha dado cumplimiento a esta obligación corresponde a la “Comunidad de Aguas Subterráneas Copiapó-Piedra Colgada-Piedra Colgada Desembocadura”, la que se declaró organizada por medio de la Resolución DGA N° 304, de 15 de marzo de 2005; resolución que igualmente ordenó el registro de la referida organización de usuarios, para dar cumplimiento así al artículo 196 del Código de Aguas.

3.1.1 Procedimiento de organización y formalización de esta comunidad de aguas subterráneas.

Cabe señalar que estas unidades acuíferas fueron declaradas primeramente como área de restricción por medio de la Resolución DGA N° 162, de fecha 22 de marzo de 2001, toda vez que de la Minuta Técnica N° 211/2000 se concluyó que existía a ese momento un riesgo de descenso generalizado de los niveles estáticos en el largo plazo, que afectaban la capacidad productiva de dichas unidades acuíferas, debido a una insuficiente recarga en relación a la explotación existente.

Lo anterior se decretó dando observancia a la normativa, toda vez que el organismo competente para realizar la declaración de área de restricción es la Dirección General de Aguas en conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la Resolución DGA N° 425, de 2007, al señalar que este Servicio deberá declarar un determinado sector hidrogeológico de aprovechamiento común como área de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, de oficio o a petición de cualquier usuario del respectivo sector, cuando los estudios técnicos demuestren que la necesidad de esta declaración, como era el caso de estas unidades.

Por lo anterior, se constató la necesidad de proteger las unidades acuíferas en comento mediante la declaración de área de restricción ya indicada, dándose así cumplimiento a lo establecido además en el artículo 65 del Código de Aguas que dispone que constituyen áreas de restricción aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él.

Asimismo, se impuso como exigencia que esta comunidad de aguas subterráneas instalara un sistema de medición periódica de la situación de las aguas subterráneas de dichas unidades acuíferas y de los caudales explotados, información que deberá estar a disposición de la Dirección General de Aguas para cuando esta lo requiera.

Así las cosas, la comunidad de aguas subterráneas indicada se organizó mediante un procedimiento judicial seguido ante el 1° Juzgado de Letras de Copiapó

en causa Rol 46.178, el cual concluyó con sentencia de fecha 29 de abril del año 2004, declarándose constituida la comunidad de aguas subterráneas Copiapó- Piedra Colgada-Piedra Colgada Desembocadura, ubicada en la comuna y provincia de Copiapó, en la Región de Atacama, originada, como se señaló, como consecuencia de la declaración de área de restricción de esas unidades acuíferas. Además se señala, en dicha resolución judicial, que son miembros de la comunidad los titulares originarios de derechos de aprovechamiento de aguas tanto definitivos como provisionales, de uso consuntivo, permanentes y continuos, consignados en la nómina acompañada al expediente y los que a cualquier título les sucedan de acuerdo a las disposiciones legales vigentes. Asimismo, por la sentencia se tuvieron por aprobados los estatutos propuestos, y, finalmente se señalaron los integrantes del primer directorio de carácter provisional conjuntamente con el imperativo de reducción a escritura pública de dicha resolución y de los estatutos acordados y aprobados por el Tribunal.

La sentencia que reconoció la existencia de esta comunidad de aguas subterráneas se redujo a escritura pública ante el Notario Público Titular de la Provincia de Copiapó don Luis Alberto Contreras Fuentes, con fecha 9 de diciembre del año 2004, bajo el número de repertorio 239. Posteriormente se inscribió en el registro de propiedad de aguas del Conservador de Bienes Raíces de Copiapó a fojas 59, número 50 del año 2005.

Posteriormente, se cumplió con el requisito fundamental para que se entienda organizada una comunidad de aguas subterráneas, el cual es su registro en la Dirección General de Aguas, el que tiene a su cargo la custodia del registro especial, de acuerdo al artículo 196 del Código de Aguas. Así, se solicitó este registro mediante el Oficio Ord. N° 581, de fecha 21 de diciembre del año 2004, del Director Regional de Aguas de la Región de Atacama dirigido al Señor Director General de Aguas, concluyendo así el procedimiento de formalización y organización de la comunidad con la dictación de la Resolución DGA N° 304, de fecha 15 de marzo del año 2005.

3.1.2 Análisis de los estatutos vigentes.

Los estatutos de las comunidades de aguas subterráneas establecen un conjunto de disposiciones que regulan los múltiples aspectos que determinan su

constitución, administración y ejercicio de facultades y atribuciones. Como se señaló anteriormente, el caso de la comunidad en comento es la única jurídicamente formalizada en nuestro país, por lo cual, sus disposiciones resultan paradigmáticas para las futuras comunidades de aguas subterráneas a desarrollarse.

En escritura pública suscrita ante el Notario Público Titular de la provincia de Copiapó don Luis Alberto Contreras Fuentes, con fecha 9 de diciembre del año 2004, bajo el número de repertorio 239, se establecen los Estatutos de la Comunidad de Aguas Subterráneas de Copiapó-Piedra Colgada-Piedra Colgada-Desembocadura.

El articulado comienza señalando el nombre y domicilio de la Comunidad de Aguas Subterráneas, los cuales se detallaron anteriormente.

Continúa con la determinación del objetivo y señala: “Su objetivo es: distribuir las aguas del referido acuífero entre los comuneros de acuerdo con sus derechos de aprovechamiento (...)”.

Sin embargo, de una simple mirada a los métodos de extracción de las aguas subterráneas se observan dificultades derivadas de la falta de un dispositivo de extracción común para varios usuarios de las aguas. En primer lugar, en el caso de los acuíferos no encontramos –como sí ocurre con los cauces superficiales- una bocatoma con una compuerta que permita identificar perfectamente la cantidad de agua que entra o sale de la fuente, y cuya correcta administración es fácilmente fiscalizable. En el caso de los acuíferos, a pesar de requerir mismo manejo, “porque también tienen una cantidad de agua que les ingresa anualmente o decenalmente y otra que sale, natural o artificialmente”¹⁴, es compleja la gestión del recurso hídrico por encontrarse oculto en el seno de la tierra, por lo cual “quien quiere aprovechar un embalse subterráneo o parte de él, actualmente está obligado a hacer una investigación por su cuenta, lo cual limita bastante el uso de ellos porque las investigaciones, en estos casos, son muy onerosas, y lo son todavía más cuando hay que estudiar, por separado, un trozo de un embalse subterráneo”¹⁵.

¹⁴. PERALTA Toro, Fernando. Las aguas subterráneas un recurso inexplorado y desconocido. *Revista Ius et Praxis*. 1 (1): 43, 1993.

¹⁵ *Ibíd.*

En segundo lugar, se presentan problemas al momento de que las aguas sean distribuidas por la comunidad, ya que pueden existir tantas obras de captación (generalmente pozos) como titulares de derechos de aprovechamiento, no existiendo una obra común identificable desde la cual todos los usuarios extraigan las aguas, como ocurre en el caso de las comunidades de aguas superficiales, en que la extracción deberá realizarse, según indica el artículo 206 del Código de Aguas, por medio de dispositivos que permitan aforarla, tales como compuertas, marcos partidores, u otros. Dichos mecanismos son comunitarios, siendo los comuneros quienes determinan las características de los dispositivos de extracción, y así “el repartidor, delegado, y en general, cualquier autoridad de la comunidad, pueda saber en forma cierta, la cantidad de agua que en un momento determinado está extrayendo un comunero, y poder precisar de esta manera, si dicha extracción corresponde o no a los derechos que dicho comunero tiene.”¹⁶

De esta manera, lo que hacen los estatutos citados es reproducir una norma que fue pensada originalmente respecto a las comunidades de aguas superficiales, ya que en estos casos su finalidad es la distribución de las aguas entre los distintos comuneros, o sea, “adoptar el conjunto de medidas tendientes a establecer su repartición más equitativa y expedita, en relación con los derechos de aprovechamiento constituidos sobre ellas”¹⁷, en donde claramente hay una obra de captación común que se ubica en la fuente natural (generalmente una bocatoma) desde donde ejercen sus potestades las comunidades de aguas superficiales –o asociación de canalistas según la forma que hubieren adoptado- para su posterior entrega a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas.

A pesar de lo precisado, en el artículo noveno de los estatutos en estudio se reitera este concepto al señalar: “La competencia de la comunidad de aguas en lo concerniente a la distribución de las aguas de acuerdo con los derechos de aprovechamiento de cada comunero (...);” siendo complementado mediante el Título Tercero que expresa la forma material de distribución de las aguas.

¹⁶ FIGUEROA Tagle, Gonzalo. Comentarios al Código de Aguas. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969, t. I, 495p.

¹⁷ *Ibíd.*490p.

Así las cosas, se señala como principal objeto de la comunidad de aguas subterráneas la distribución de las aguas, lo que en la práctica resulta imposible de ejecutar, ya que, por regla general, las obras de captación se refieren a un determinado derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, los que se refieren generalmente pozos o norias de propiedad privada del titular del derecho, sin agrupar la misma obra a todos los titulares que forman parte de una determinada unidad acuífera, como sí ocurre con las bocatomas en el caso de las comunidades de aguas superficiales.

En relación a las comunidades de aguas subterráneas, como especificaremos más adelante, el objeto debiera ser establecer un mecanismo de control de extracciones en cada pozo o noria que permita asegurar la extracción del caudal establecido en el título respectivo de cada comunero. Asimismo, debe administrar de la forma más eficiente la unidad acuífera sobre la cual sus miembros ejercen sus derechos de aprovechamiento; unidad acuífera que presenta un comportamiento hídrico común que requiere una gestión coordinada para la sustentabilidad del recurso hídrico, para lo cual la comunidad debe dotarse de herramientas e instrumentos para gestionar las aguas protegiendo el recurso y asegurando a los usuarios que el uso de unos no afectará el de los otros.

Así, la importancia de constituirse formalmente como comunidad de aguas subterráneas radica en las características particulares del recurso hídrico subterráneo, ya que estas aguas por su forma de presentación en la naturaleza requieren ser alumbradas por mecanismos de extracción con características especiales, y, además, representan una riqueza natural de formación milenaria, constituyendo un patrimonio difícil de incrementar y renovar, cuya conservación en calidad y cantidad debe constituir una necesidad.

Dicho lo anterior, es importante destacar que las aguas subterráneas están disminuyendo en importantes acuíferos existentes en el país, como resultado de una sobreexplotación de los mismos, producto de usos irregulares (sin derechos), una mala interpretación de los derechos que los Códigos de Aguas y de Minería, entregan a los mineros; la bebida y uso doméstico, la extracción de aguas subterráneas por caudales

superiores a los constituido, y la explotación misma de los derechos de aprovechamiento.

Así, en esta línea, es que los estatutos de la comunidad de aguas subterráneas en estudio se contienen disposiciones tendientes a la salvaguarda del recurso, señalando en su artículo primero: "(...) El objetivo de la comunidades corresponde a la protección de los intereses comunes de sus asociados, promoviendo una gestión integrada y sustentable del acuífero, modernizando su gestión e incorporando para estos efectos la asesoría y el apoyo de profesionales y técnicos especializados; Instalar y operar un programa de control de extracciones; Conservar, mantener y mejorar sus obras de captación; Estudiar e implementar técnicas que permitan la recarga artificial de la fuente subterránea; Regular la explotación del acuífero procurando la participación activa de todos los comuneros, evaluando en forma permanente y oportuna el acuífero para prevenir los efectos adversos asociados a la sobreexplotación de sus aguas, efectos como la distribución progresiva del volumen embalsado, así como su recarga, problemas derivados de la contaminación del acuífero o disminución de la calidad del agua; Realizar estudios que permitan aplicar medidas de restricción a la explotación cuando sea necesario; y, Ejecutar o celebrar toda clase de actos o contratos que directa o indirectamente conduzcan al propósito de la comunidad."

De esta forma, reconociendo el control de los caudales extraídos en cada punto de captación como objetivo primordial, los estatutos de la comunidad de aguas no lo establecen en forma correcta e incluso se confunden los conceptos de distribución de las aguas y sistema de control de extracciones. Lo anterior se ve materializado mediante el Título Tercero de los estatutos titulado: "De la forma material de distribución de las aguas", sin embargo, en su desarrollo establece "el legítimo derecho de cada comunero de captar el caudal establecido en el título respectivo y determina la obligación de instalar en el punto de captación un dispositivo que le permita llevar un control de los caudales extraídos; agregando, que la instalación o reparación de los dispositivos de control podrá hacerse por el directorio a costa del interesado, o bajo la responsabilidad y vigilancia de aquel, si se permite hacerlo a éste último. El comunero que se considere perjudicado por la instalación o reparación de los dispositivos de

control, podrá reclamar al directorio para que resuelva la cuestión en la forma dispuesta en los artículos 243 y siguientes del Código de Aguas”. Así las cosas, es claro que las comunidades de aguas subterráneas deben abocarse a velar por que las extracciones se ajusten a los derechos legítimos de cada comunero y no a distribuir aguas.

El establecimiento de mecanismos de control de extracciones debe otorgar a los comuneros un sistema de reclamación y sancionatorio adecuado para asegurar el derecho de todo comunero de extraer las aguas que le corresponden según su título. Para velar por el cumplimiento de este sistema, en el artículo decimooctavo, se indica que: “Si algún comunero, por sí o por interpósita persona, alterase un dispositivo de control de extracciones, implicará que éste será restablecido en el acto al estado que corresponde, debiendo además pagar la multa que fije el directorio, lo cual es sin perjuicio de la privación del agua hasta que cumpla con estas obligaciones. Las reincidencias serán penadas con el doble o triple de la multa, según corresponda. Las mismas reglas se aplicarán a los comuneros que hicieren labores para aumentar la dotación de agua. Las medidas a que se refiere dicho artículo estatutario, serán impuestas por el directorio sin perjuicio de las respectivas sanciones penales (por ejemplo la formalización y condena por usurpación de aguas). Para hacer efectiva la privación de agua a que se refiere dicha disposición, el directorio podrá designar un inspector que aplique y vigile la privación señalada, cuyas costas (honorarios) serán de cargo del infractor. Se hace presente que se presume autor del hecho al beneficiado con ellos, y, que estas sanciones pasan contra los sucesores morosos a cualquier título”.

A este respecto, las facultades del directorio de la Comunidad de Aguas Subterráneas respectiva, en el artículo vigésimo noveno de los estatutos se establecen los deberes y atribuciones del directorio, entre los cuales, se indican; “Velar porque se respeten los derechos de aprovechamiento de agua de los comuneros en el acuífero, impidiendo que se extraigan aguas sin título; Vigilar la instalación y funcionamiento de los sistemas de control de extracciones, atender la manutención y reparación de los dispositivos o instrumentos de medición, y a todo cuanto tienda al goce completo y correcta distribución de los derechos de agua de los comuneros; Implementar un

programa de control de extracciones para tener un conocimiento progresivo y real del comportamiento del acuífero, para lo cual deberá instalar o disponer la instalación de los instrumentos necesarios que permitan medir el caudal de explotación de los pozos. Durante el periodo de explotación deberá mantener un Registro de Producción de cada captación. Establecerá en el acuífero una red de monitoreo de niveles y calidad de aguas. Deberá entregar a la Dirección General de Aguas la información obtenida en el programa de control de extracciones del acuífero en la forma con el contenido y la frecuencia que la propia Dirección establezca mediante resolución fundada; Requerir de los órganos competentes las medidas necesarias para obtener el cese inmediato de extracciones clandestinas o el ejercicio de derechos caducados y de las extracciones o el ejercicio de derechos caducados y de las extracciones que excedan el caudal concedido al titular, pudiendo solicitar el auxilio de la fuerza pública para concretar dicho mandato; Realizar programas de extensión para difundir entre los comuneros las técnicas y sistemas que tiendan a un mejor empleo del agua, pudiendo celebrar convenios para este objeto”.

Dichas medidas se complementan en el artículo trigésimo con la facultad otorgada al directorio de: “Solicitar a la autoridad correspondiente, por intermedio del Juez, el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir y respetar el programa de control de extracciones. Ordenado el auxilio de la fuerza pública, ésta deberá ser concedida y de ella se hará uso con allanamiento y descerrajamiento, si fuere necesario. Los dueños de inmuebles en que se haga control de extracciones no podrán impedir que los directores, repartidores y delegados entren en sus predios cuando sea menester para el desempeño de sus funciones. Si el dueño de un predio se opusiere, se solicitará por el directorio, en la misma forma, el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de la multa que puede imponerle el juez. Si el dueño de la heredad fuere comunero en las aguas, la multa la aplicará el directorio”. Las citadas facultades y atribuciones del directorio lo deben constituir en el ente encargado de hacer cumplir las decisiones que se adopten entre los comuneros con el objeto de que estos salvaguarden sus derechos de aprovechamiento de extracciones excesivas que pudieren realizar los demás comuneros, ya que como se señaló las obras de extracciones en el caso de los acuíferos son de propiedad de cada comunero, ubicándose dentro de sus predios, por lo que extracciones excesivas afectan a todos

los usuarios del acuífero. Asimismo se debe propender a conservar y preservar el acuífero en cuanto a la calidad y cantidad de las aguas contenidas en él, sin el cual, la gestión de los acuíferos se diluye entre los usuarios individualmente considerados, lo que importaría en los hechos una falta de gestión y un aprovechamiento de los recursos hídricos fundado en intereses personales, por sobre los comunes.

De esta forma, de la lectura y análisis de los estatutos, queda en evidencia que el objeto de la comunidad de aguas subterráneas estudiada en este acápite es establecer un sistema de control de extracciones, más que una distribución –o reparto de las aguas propiamente tal- como ocurre en las organizaciones de usuarios de aguas superficiales.

3.2 Comunidad de Aguas Subterráneas del Sector Acuífero de Yali Alto.

Por sentencia de fecha 25 de mayo de 2010, complementada por sentencia de 13 de octubre del mismo año, causa Rol número 2334-2006, el Primer Juzgado de Letras de Melipilla declaró la existencia de la Comunidad de Aguas Subterráneas del Sector Acuífero de Yali Alto, conforme al procedimiento judicial establecido en el artículo 188 del Código de Aguas. Posteriormente, las sentencias indicadas se redujeron a escritura pública con fecha 29 de marzo de 2011, ante la Notario Público de Melipilla doña Rosemarie Mery Ricci, conforme lo ordena el inciso 2° del artículo 197 del Código de Aguas.

Esta comunidad de aguas subterráneas se originó a partir de la declaración de área de restricción de que fue objeto el sector hidrogeológico denominado Yali Alto, en virtud de la Resolución DGA N° 371, de 27 de octubre de 2005. Dicha resolución estableció que de acuerdo a los informes técnicos efectuados en la zona se concluyó que era necesario restringir el acceso a la unidad acuífera Yali Alto, ya que existía un riesgo de descenso generalizado de los niveles estáticos en el largo plazo, afectando la capacidad productiva de los acuíferos, debido a una insuficiente recarga. Por lo anterior, la Dirección General de Aguas dictó esta resolución con el objeto de que se respetaran y se garantizase el derecho de propiedad de los derechos ya otorgados en dicho acuífero, tomando las medidas que correspondan dentro de sus atribuciones

para resguardar el ejercicio efectivo de los derechos, por lo que declaró entonces la unidad acuífera Yali Alto como área de restricción de acuerdo a los términos del artículo 65 del Código de Aguas.

Respecto a la comunidad de aguas subterráneas que se originó a partir de la referida Resolución DGA N° 371, de 2005, la propia resolución resolvió que la comunidad debía organizarse formalmente dentro del plazo de 90 días contados desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de dicha resolución. En este caso concreto del Yali Alto, la solicitud de organización de la comunidad de aguas subterráneas obedeció a solicitud de fecha 28 de junio de 2006, cuyo proceso judicial se encuentra con sentencia firme y ejecutoriada, encontrándose pendiente la aprobación por parte de la Dirección General de Aguas.

3.3 Preocupación de la autoridad ante la escasa organización de comunidades de aguas subterráneas en el país.

Esta realidad nacional deficiente en materia de comunidades de aguas subterráneas ha sido advertida por la autoridad, buscando actualmente corregir estas deficiencias a través de la creación de la Unidad de Organizaciones de Usuarios y Eficiencia Hídrica, según lo establece la Resolución DGA N° 1187, de 12 de abril de 2011.

La referida resolución reconoce el rol de los privados en las definiciones y el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, sin olvidar el papel que les cabe a los órganos del Estado en materia de planificación, fiscalización y asignación del recurso hídrico.

Que por lo mismo, es importante la asociatividad de los privados a través de la organización de juntas de vigilancia, asociaciones de canalistas y comunidades de aguas, para tutelar la correcta administración del recurso. Además, para un correcto rol de estas organizaciones, la Dirección General de Aguas ha estimado imprescindible el fortalecimiento de ellas y fomentar especialmente la creación de aguas subterráneas.

En razón de ello, se ha creado la Unidad indicada, la que dependerá directamente del Subdirector o Subdirectora de Coordinación de la Dirección General de Aguas.

La citada resolución enumera los objetivos que tendrá esta unidad, los que, en síntesis, son los siguientes:

- 1) Promover la formación legal de organizaciones de usuarios;
- 2) Fortalecer las organizaciones de usuarios y ,en especial, fomentar la creación de comunidades de aguas subterráneas;
- 3) Muy importante para los efectos de esta investigación, es lo señalado en el objetivo de incentivar proyectos pilotos de organizaciones de usuarios, en donde se señala que estos proyectos se fomentarán especialmente respecto de comunidades de aguas subterráneas en las áreas de restricción y zonas de prohibición, propendiendo a una efectiva aplicación de la normativa y al control de las extracciones de las mismas.
- 4) Proponer líneas de acción y políticas que apunten a mejorar el uso eficiente del agua, fundamentalmente a través de gestionar la demanda de los recursos hídricos en el país, con la consecuente disminución en los niveles de contaminación del agua y la liberación de recursos hídricos para el desarrollo de nuevas actividades.

3.4 Experiencia comparada.

Respecto de la situación de otros países en torno a este tema, podemos referirnos en especial al caso español, en donde las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas, reguladas en la Ley de Aguas de dicho país, se conocen con el nombre de comunidades de regantes de aguas subterráneas. En España, la declaración de sobreexplotación de un acuífero –de similares términos a las declaraciones de la Dirección General de Aguas en Chile- conlleva la obligatoriedad de constituirse en comunidad de regantes.

Tal es el caso de la Comunidad de Regantes de Aguas Subterráneas del Campo de Montiel¹⁸, acuífero que fue objeto de la declaración de sobreexplotación en 1988, pero que recién fue constituida formalmente el 3 de diciembre de 2001. Si tomamos este caso podemos observar la misma falencia que se da en el caso chileno, en donde la declaración proteccionista de una unidad acuífera respectiva constituye el fundamento previo para el origen imperativo de una comunidad de aguas subterráneas, y en donde tarda en demasía la constitución de la misma.

El llamado Campo de Montiel es un acuífero compartido por las cuencas hidrográficas de los ríos Guadiana y Guadalquivir, y el hecho de estar organizados y agrupados como Comunidad de Regantes ha sido determinante para que los derechos de los usuarios hayan estado defendidos y protegidos. Asimismo, la organización ha permitido que se cuente con un inventario de todos los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que se ejercen en dicha unidad acuífera, disponiendo además de sistemas de control cuantitativo y cualitativo de las aguas, y de convenios con universidades en aras de una mejor gestión de la unidad acuífera en forma conjunta entre los usuarios y la Administración.

La necesidad de organizarse formalmente en comunidades de regantes la vemos asimismo en el caso de Cataluña, también España. En dicha región, en las cuencas internas de Cataluña, pueden identificarse 39 masas de aguas subterráneas (en nuestro lenguaje 39 unidades acuíferas), en donde sólo se han formado comunidades de regantes de aguas subterráneas respecto de 6 de ellas¹⁹.

En el caso español, por ejemplo, la importancia de las comunidades de aguas subterráneas radica en que representan un instrumento que garantiza la participación

¹⁸ VASQUEZ, Juan. Comunidad de Regantes de Aguas Subterráneas Privadas del Campo de Montiel. En: Jornadas sobre la Participación de los Usuarios de Aguas Subterráneas en la Gestión y Planificación de los Recursos Hídricos: 27 de enero de 2010. Valladolid, España. Confederación Hidrográfica del Duero y el Ministerio de Medio Ambiente Rural y Marino. pp.sp.

¹⁹ A modo de ejemplo, la Comunidad de Usuarios de la Cubeta de Abrera, la Comunidad de Usuarios de Aguas de la Cubeta de Sant Andreu (CUACSA) y la Comunidad de Usuarios de Aguas del Valle Bajo y Delta del Llobregat (CUADLL). Planas Olivella, Josep – Presidente Associació Catalana de Comunitats d'Usuaris d'Aigües Subterrànies (2010): "Experiencias de las comunidades de Usuarios de Cataluña", en Jornadas sobre la Participación de los Usuarios de Aguas Subterráneas en la Gestión y Planificación de los Recursos Hídricos, organizadas por la Confederación Hidrográfica del Duero y el Ministerio de Medio Ambiente Rural y Marino, Valladolid, España, 27 de enero de 2010.

del usuario en la política del agua en la medida que le ofrece más capacidad de representación y de interlocución, y permiten una mejor gestión de las unidades acuíferas, toda vez que se podrá identificar de manera anticipada cuando el recurso hídrico este amenazado de sobreexplotación²⁰.

Vistos los casos de comunidades de aguas subterráneas organizadas en nuestro país, cabe preguntarse el por qué de esta escasez de comunidades de aguas subterráneas frente a la multiplicidad de organizaciones de usuarios que coexisten respecto de las aguas superficiales.

Para responder esta inquietud que aqueja al sistema de organizaciones de usuarios debemos analizar la normativa vigente, a fin de identificar las deficiencias que han originado la realidad existente en nuestro país, y así, detectadas, se estará en una mejor posición para enfrentar un cambio tendiente a la mayor organización de comunidades de aguas subterráneas, las que traerá consigo una serie de ventajas que se analizarán más adelante en este texto.

²⁰ JORNADAS sobre la Participación de los Usuarios de Aguas Subterráneas en la Gestión y Planificación de los Recursos Hídricos, organizadas por la Confederación Hidrográfica del Duero y el Ministerio de Medio Ambiente Rural y Marino [en línea] <<http://www.aeuas.org/valladolid.aspx>> [consulta: 02 diciembre 2011]

SEGUNDA PARTE: LAS COMUNIDADES DE AGUAS SUBTERRANEAS A LA LUZ DE LA NORMATIVA

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN VIGENTE DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

4.1 Regulación vigente de las aguas subterráneas y su compleja inserción en un cuerpo pensado originariamente para las aguas de naturaleza superficial

4.1.1 Precariedad normativa: Insuficiente regulación de las aguas subterráneas en la ley.

La Resolución DGA N° 425, de 2007, que dispone normas de exploración y explotación de aguas subterráneas, constituye el principal cuerpo normativo que regula el aprovechamiento de las aguas subterráneas en nuestro país. Su naturaleza jurídica es la de un acto administrativo emanado de la Dirección General de Aguas. Esta resolución ha sido objeto de discusión toda vez que sus normas producen efectos generales en circunstancias que sólo una ley puede producirlos. Así lo entendemos al revisar el artículo 63 de nuestra Carta Fundamental, en su número 20, que señala que es materia de ley toda norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. En efecto, la Resolución DGA N° 425, de 2007, estatuye las bases esenciales del régimen normativo al que están afectas las aguas subterráneas, estableciendo normas de carácter general y con obligatoriedad de observancia por parte de los particulares, por lo que pensamos debió ser dictada en virtud de una ley, y no a través de un acto administrativo emanado de la autoridad.

El fundamento legal de esta resolución se encontraría sustento en el artículo 58 inciso 1° del Código de Aguas que establece que “Cualquiera persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas”. De esta forma, sería el Código de Aguas el que le otorga un mandato a la Dirección General de Aguas para normar la exploración

de aguas subterráneas; sin embargo, además de la duda constitucional ya planteada, este mandato se refiere expresamente sólo a la posibilidad de establecer normas para explorar aguas, no así respecto a la explotación, por lo que se podría poner en duda la legalidad de la referida Resolución DGA N° 425, de 2007. Así, creemos necesario que la normativa contenida en esta resolución adquiera rango legal y que la exploración y explotación de aguas subterráneas encuentre sustento en la legislación, y no en un acto meramente administrativo.

Así, a pesar de esta especie de mandato legal, no puede una norma del Código de Aguas vulnerar una disposición de rango constitucional, en este caso el artículo 63 número 20 de la Ley Fundamental²¹, cual es clara en señalar que toda norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases de un ordenamiento debe ser objeto de una ley, no de un acto administrativo.

4.1.2 Inconsistencia normativa: Tratamiento de las aguas subterráneas en un cuerpo legal orientado eminentemente a las aguas superficiales.

El Código de Aguas es un cuerpo legal que tuvo su origen en la necesidad de regular el aprovechamiento de los cauces superficiales, principalmente para el riego y el desarrollo de la agricultura. Luego, en esa misma línea, las normas relativas a las organizaciones de usuarios contenidas en el Código de Aguas tenían como propósito regular las relaciones entre los distintos regantes que buscaban desarrollar de mejor manera su actividad, aprovechando las aguas, regando sus campos y cultivando sus productos.

Además, respecto a las organizaciones de usuarios, las comunidades de aguas superficiales presentan una diferencia esencial con las comunidades de aguas subterráneas, por lo que no pueden ser tratadas de la misma forma y por lo mismo, muchas normas aplicables a unas serán incompatibles al aplicársele a las otras. La diferencia fundamental radica en que las comunidades de aguas superficiales, tal como

²¹ Además del numeral 20, podría vulnerarse el numeral 18, toda vez que señala que es materia de ley toda norma que fije las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública. Las bases de estos procedimientos están fijados en la Ley N° 19.880, no obstante ello, la Resolución DGA N° 425 desarrolla procedimientos, como por ejemplo, el relativo a la exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales.

lo indica el artículo 186 del Código de Aguas, se forman sobre cauces artificiales, generalmente canales de regadío; en cambio, las comunidades de aguas subterráneas se forman por el aprovechamiento común de una misma unidad acuífera, y como sabemos, estas corresponden ciertamente a una fuente natural, no artificial; así, la unidad acuífera es la fuente natural desde donde se captan las aguas subterráneas.

Como se especificará en el capítulo siguiente, las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas presentan particularidades y diferencias de objeto con las que se forman respecto de aguas superficiales, por lo que la regulación en el Código de Aguas de las comunidades de aguas subterráneas carece de la normativa apropiada y eso llevó a la Administración a suplir estas deficiencias con la dictación de actos administrativos tendientes a llenar los vacíos y superar las inconsistencias.

4.2 Ley N°20.017 y las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas: Inconsistencia legal al regular en forma conjunta las organizaciones de usuarios de aguas superficiales y subterráneas

Aún cuando las aguas superficiales y subterráneas forman parte del mismo ciclo hidrológico, no pueden tratarse de la misma forma las organizaciones de usuarios que se forman respecto de unas y otras aguas.

Creemos que la Ley N° 20.017, de 2005, no utilizó la técnica legislativa correcta al introducir las aguas subterráneas en el articulado del Código de Aguas relativo a las organizaciones de usuarios, ya que debió haber modificado la legislación de una manera más acuciosa considerando las aguas subterráneas y sus particularidades, no simplemente agregando la voz “subterráneas” en disposiciones cuyo espíritu del legislador primitivo era el de regular las organizaciones de usuarios de aguas superficiales²².

²² AREVALO Cunich, Gonzalo. Comunidades de Aguas Subterráneas: Dificultades en su organización y ejercicio. Revista Asociación Chilena de Abogados del Sector Sanitario. (13): 5, octubre 2010. Se manifiesta en esta línea al señalar que: “La incorporación de la expresión acuífero en el art. 186 del Código de Aguas evidencia la intención del legislador de que el citado Título III, referido en general a las organizaciones de usuarios, sea efectivamente aplicable tanto a organizaciones de usuarios de aguas superficiales como subterráneas. No obstante la clara intención del legislador, estimamos que atendidas las características particulares y

4.2.1 Incorporación de las aguas subterráneas a las juntas de vigilancia.

Lo anterior, se ve reflejado de manera más evidente en la modificación del artículo 263 del Código de Aguas, respecto al cual la Ley N° 20.017, de 2005, dispuso lo siguiente:

Introdúcense, en el artículo 263, las siguientes modificaciones: a) Agrégase, en el inciso primero, a continuación de la frase “aprovechen aguas”, las palabras “superficiales o subterráneas”.

Es decir, a partir de este artículo se entienden incorporados en la junta de vigilancia respectiva tanto los usos superficiales como los subterráneos. No cabe duda de ello al ceñirse al tenor literal de la norma, sin embargo el legislador debió advertir incompatibilidades prácticas que se producirían al respecto, como por el ejemplo en cuanto al objeto de las juntas de vigilancia y las comunidades de aguas subterráneas, los que difieren claramente.

Lo anterior es advertido por Gonzalo Arévalo Cunich²³, quien señala en esta línea lo siguiente, en relación al objeto de estas organizaciones de usuarios:

i) Reparto de las aguas. De acuerdo al artículo 266 del Código de Aguas la función principal de las juntas de vigilancia es la de repartir las aguas que se extraigan de un cauce natural para realizar la entrega del agua a los titulares de derechos de aprovechamiento conforme a sus títulos, terminando su jurisdicción en las bocatomas de los canales, a partir de las cuales la pasan a ejercer las propias asociaciones de canalistas o comunidades de aguas.

ii) Administración de la unidad acuífera. Distinto es el objeto de las comunidades de aguas subterráneas cual es administrar eficientemente la unidad acuífera sobre la cual ejercen sus derechos de aprovechamiento los propietarios de los mismos, tendiendo a una gestión coordinada para la sustentabilidad del recurso hídrico, y en definitiva, para la preservación de las aguas tanto en cantidad como en calidad.

especiales que son propias de las comunidades de aguas subterráneas, que las hacen diferentes a las restantes organizaciones de usuarios de que trata el Código de Aguas, hacía necesario un tratamiento específico y ciertamente distinto.”

²³ *Ibíd.* 8p.

iii) Obras de captación normalmente individuales. Como se dijo, las juntas de vigilancia tienen como función el reparto de las aguas entre sus miembros, lo que difiere de la realidad de las comunidades de aguas subterráneas sustancialmente, toda vez que en ella no existe propiamente agua que distribuir, sino que ellas son extraídas desde la fuente natural –unidad acuífera- por los distintos usuarios, a través de la obras de captación que les son propias, las que normalmente son individuales.

4.2.2 Modificación del hecho que origina las comunidades de aguas subterráneas.

Como se comprobará más adelante, las comunidades de aguas subterráneas nacen de un hecho previo, por el solo ministerio de la ley. Originalmente el hecho que originaba las comunidades de aguas subterráneas era el uso común de la misma obra de captación de aguas subterráneas. A partir de la Ley 20.017, de 2005, se estableció la siguiente modificación:

Sustitúyense, en el artículo 186, la frase “canal o embalse, o usan en común la misma obra de captación de aguas subterráneas,” por “canal, embalse, o aprovechan las aguas de un mismo acuífero”.

Luego, el hecho que origina las comunidades de aguas subterráneas pasó de ser del aprovechamiento común de una misma obra de captación al aprovechamiento de las aguas de una misma unidad acuífera.

A nuestro juicio esto sin duda constituyó un avance, toda vez que como se indicó anteriormente lo normal es que las obras de captación de aguas subterráneas sean individuales y propias de cada usuario. Por tanto, carecía de sentido la antigua norma, en el sentido de que es difícil encontrar en las aguas subterráneas la existencia de una obra de captación común.

Esto a diferencia de las obras de captación de aguas superficiales, que en la mayoría de los casos corresponden a bocatomas de las que captan sus aguas los diferentes usuarios.

No obstante ello, el articulado siguiente que va tratando las distintas organizaciones de usuarios adolece de los mismos vicios señalados anteriormente, en razón de que se trata de un conjunto de normas pensado originalmente para regular específicamente las organizaciones de usuarios de aguas superficiales.

La dictación de la Ley N° 20.017, de 2005, a nuestro juicio, representaba una buena oportunidad para dar forma a un estatuto jurídico que regulara las comunidades de aguas subterráneas al interior del Código de Aguas. Sin embargo, esto sólo quedó la intención –si es que la hubo-, y como hemos visto, las modificaciones en relación a las comunidades de aguas subterráneas fueron escasas e insuficientes, sin advertirse un trabajo depurado y de fondo, continuándose entonces con una regulación deficiente de estas organizaciones de usuarios.

CAPITULO V
ORGANIZACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE AGUAS SUBTERRANEAS A
LA LUZ DE LA NORMATIVA VIGENTE

5.1 Origen de pleno derecho de las comunidades de aguas subterráneas

5.1.1 Consideración previa: Instrumentos que limitan la extracción de aguas subterráneas²⁴.

²⁴ Corresponde en este punto referirse a los presupuestos de hecho exigidos por la normativa para que proceda la declaración de un sector hidrogeológico determinado ya sea como zona de prohibición o área de restricción.

i) Zonas de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas

El art. 63 del Código de Aguas otorga la facultad de la Dirección General de Aguas de declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, mediante resolución fundada en la protección del acuífero. El contenido de esta norma es desarrollado por el art. 36 de la Resolución DGA N° 425, de 2007, que señala la procedencia de esta medida en aquellos casos en que este Servicio haya constatado alguna de las situaciones que a continuación se señalan:

a) Que los descensos generalizados provoquen el agotamiento de algunas zonas del acuífero, imposibilitando la extracción de aguas subterráneas de derechos de aprovechamiento existentes en dichas zonas.

b) Que la recarga del acuífero sea superada, produciendo descensos sostenidos de sus niveles, al grado que provoque reducciones superiores al cinco por ciento del volumen almacenado en un plazo de cincuenta años.

c) Que se produzca afección a los caudales de los cursos de aguas superficiales y vertientes en más de un diez por ciento del caudal medio de estiaje, afectando derechos de aprovechamiento existentes.

d) Que exista contaminación del acuífero por desplazamiento de aguas contaminadas o de la interfase agua dulce-salada en sectores próximos a aguas salobres, comprometiendo las captaciones existentes.

e) Que exista afección al medio ambiente en los sectores protegidos indicados en el art. 22 letra f) de la misma Resolución DGA N° 425, de 2007, estos son: i) Zonas que alimenten vegas y bofedales en las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta, las que deberán ser delimitadas por la DGA y que no requieren declaración expresa para ser consideradas como zonas de prohibición; ii) Áreas protegidas por el Sistema Nacional de Áreas silvestres Protegidas por el Estado; iii) Humedales protegidos por el Convenio Ramsar; y, iv) Áreas que se encuentren bajo protección oficial conforme al art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300, que establece bases generales del medio ambiente (parques marinos, reservas marinas, etc.).

Así, en caso que la Dirección General de Aguas compruebe la existencia de uno de estos presupuestos, procederá a la declaración de zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, no pudiendo constituirse nuevos derechos de aprovechamiento en la zona acuífera afectada con ese acto emanado de la autoridad. Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad, de oficio o a petición de parte, podrá alzar esta medida si así lo aconsejan nuevas investigaciones y estudios técnicos sobre la zona acuífera de que se trate, ya sea por efectos naturales o por la recarga artificial que se ejecute en esa área.

Cabe señalar que los artículos del Título VI del Código de Aguas, denominado “De las aguas subterráneas”, establecen, entre otros, que la Dirección General de Aguas dispone de tres instrumentos para limitar la extracción de aguas subterráneas, para lo cual podrá decretar sobre determinadas unidades acuíferas: i) Zonas de prohibición; ii) Áreas de restricción; y, iii) Reducción temporal del ejercicio.

Dicho esto, es preciso indicar que el origen de las comunidades de aguas subterráneas está tratado especialmente en la normativa a propósito de estos instrumentos que la ley otorga para limitar la extracción de esas aguas.

En esta línea, el Código de Aguas establece, en sus artículos 63 y 65 respectivamente, que las declaraciones de zonas de prohibición y de áreas de restricción darán origen a una comunidad de aguas subterráneas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidas en ellas, lo que es reafirmado por lo previsto en la Resolución DGA N° 425, de 2007.

ii) Áreas de restricción para nuevas extracciones de aguas subterráneas

Respecto a las áreas de restricción, de acuerdo al art. 65 del Código de Aguas, corresponda tal declaración por parte de la DGA en aquellos casos en los que exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él. Desarrolla esta norma legal el art. 31 de la Resolución DGA N° 425, de 2007, señalando que corresponderá esta declaración cuando los estudios técnicos demuestren que la explotación previsible de aguas subterráneas en ese sector ocasionará alguno de los efectos ya señalados a propósito de las zonas de prohibición, enumerados anteriormente a partir de lo dispuesto en el art. 36 de la Resolución DGA N° 425, de 2007.

Es decir, la declaración de área de restricción es una medida de carácter preventiva que tiene por objeto impedir que se produzcan las situaciones que dan origen a la declaración de zona de prohibición. Será área de restricción cuando pueda preverse alguno de esos efectos, y será zona de prohibición cuando la existencia real de alguno de esos efectos se hubiere efectivamente constatado.

La diferencia entre ambas declaraciones radica en que en las zonas de prohibición no procede la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas; en cambio, en las áreas de restricción podrán otorgarse derechos provisionales conforme al art. 66 del Código de Aguas.

5.1.2 Hecho que origina de pleno derecho las comunidades de aguas subterráneas.

Lo anterior, plantea la interrogante de si sólo pueden organizarse comunidades de aguas subterráneas en unidades acuíferas que hayan sido objeto de alguna declaración de zona de prohibición o de área de restricción.

Esto, que pudiera llamar a confusión, se resuelve a partir de lo señalado en el artículo 186 del Código de Aguas que señala que si dos o más personas aprovechan aguas de un mismo acuífero podrán reglamentar la comunidad de aguas que existe por la sola concurrencia de ese hecho.

Es decir, por la sola ocurrencia de ese presupuesto fáctico se origina la comunidad de aguas subterráneas de pleno derecho²⁵, sin que sea necesaria ni una declaración de la autoridad ni una manifestación de voluntad por parte de los titulares de derechos de aprovechamiento de esa determinada unidad acuífera.

En esta parte es preciso reiterar que, como se adelantó, no es necesaria la declaración de zona de prohibición o área de restricción para que se origine el estado de comunidad. Bastará el aprovechamiento común de aguas subterráneas realizado por dos o más personas y que dichas aguas subterráneas se encuentren ubicadas en una misma zona acuífera para que cualquiera de esos usuarios –o todos en conjunto– proceda a iniciar alguno de los procedimientos de formalización de la comunidad.

5.1.3 Interpretación armónica de la normativa que regula el origen de las comunidades de aguas subterráneas.

Una interpretación armónica de las normas citadas sugiere, primeramente, que las comunidades de aguas subterráneas se originan por el sólo hecho de que dos o más personas aprovechen aguas de una misma unidad acuífera, naciendo así de pleno derecho.

²⁵ SEGURA Riveiro. Op cit. 176-177. Señala al respecto que en estricto derecho estas comunidades nacen por el solo ministerio de la ley, cuando se produce el hecho generador que indica la ley. Agrega, que si bien la comunidad surge por el solo ministerio de la ley, los interesados no están obligados a regular la comunidad que surge entre ellos, pero pueden hacerlo.

De esta forma los titulares de derechos de aprovechamiento cuyos usos se ejerzan en una misma unidad acuífera podrán reglamentar, facultativamente, la comunidad de aguas subterráneas que forman. En otras palabras, los usuarios de esa unidad acuífera no están obligados a organizar formalmente la comunidad de aguas subterráneas de la que forman parte por el sólo ministerio de la ley y que nació jurídicamente de pleno derecho.

Distinto es si una determinada unidad acuífera hubiere sido declarada como zona de prohibición o área de restricción por la Dirección General de Aguas, caso en el cual los usuarios de estas aguas deberán agruparse, obligatoriamente, bajo la organización de una comunidad de aguas subterráneas.

A nuestro juicio, se advierte que ese fue el espíritu del legislador, toda vez que las declaraciones de zonas de prohibición y áreas de restricción regulan situaciones específicas en donde una unidad acuífera se encuentra en una situación compleja, y en donde se hace necesario que los particulares adopten una posición activa en pos de una gestión adecuada y sustentable de la unidad acuífera de la que forman parte, haciendo imperativa entonces la formalización de una organización de usuarios, que en este caso corresponde a la de una comunidad de aguas subterráneas.

Esta interpretación es concordante con el criterio de la Dirección General de Aguas que emana de sus resoluciones que declaran ciertas unidades acuíferas como zonas de prohibición y áreas de restricción, en el sentido que considera el carácter obligatorio de organizar comunidades de aguas subterráneas en dichos sectores, estableciendo un par de párrafos que son comunes y que aparecen en todas las resoluciones de este tipo.

En esa línea, las resoluciones indicadas disponen lo siguiente, en términos generales, con alguna que otra variación menor:

“En virtud de la presente declaración de área de restricción se dará origen a la formación de una comunidad de aguas subterráneas para cada uno de los sectores hidrogeológicos antes indicados, compuestas por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en cada uno de dichos sectores.

La organización de dichas comunidades de aguas deberá promoverse en la forma prevista por los artículos 187 ó 188 del Código de Aguas. La Dirección General de Aguas velará por el cumplimiento de lo anterior, adoptando para ello las iniciativas que sean procedentes²⁶.

A mayor abundamiento, en otras resoluciones que establecen estas limitaciones de extracción de aguas subterráneas en determinadas unidades acuíferas, el carácter imperativo se encuentra aún en forma más expresa, estableciendo un plazo para la organización de la comunidad de aguas subterráneas que corresponda²⁷.

No obstante ello, este carácter imperativo –y del todo necesario- no ha sido observado ni por la Dirección General de Aguas, que no ha promovido la organización de comunidades, ni por los particulares, quienes no se han asociado legalmente, existiendo en Chile sólo unas pocas comunidades de aguas subterráneas (a las que nos referiremos en detalle más adelante), haciendo caso omiso a los deberes de

²⁶ Texto transcrito de la Resolución DGA N° 207, de 26 de octubre de 2009, que declara como área de restricción para nuevas extracciones de aguas subterráneas los sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común del acuífero del Huasco correspondientes a “Huasco Desembocadura”, “Freirina Bajo”, “Freirina Alto”, “Vallenar Bajo”, “Vallenar Alto”, “El Tránsito” y “Río del Carmen”, en la provincia de Huasco, Región de Atacama y parte de la provincia de Elqui, Región de Coquimbo.

En iguales términos se refiere, por ejemplo, la Resolución DGA N° 286, de 1 de septiembre de 2005, sobre las unidades acuíferas “Til Til”, “Chacabuco-Polpaico”, “Lampa”, “Colina Sur”, “Santiago Norte” y “Santiago Central”.

²⁷ A modo de ejemplo, puede citarse la Resolución DGA N° 115, tramitada con fecha 17 de agosto de 2009, que declara como área de restricción los sectores hidrogeológicos del valle del río Limarí correspondientes a “Combarbalá”, “Cogotí”, “Río Pama”, “Quebrada Grande”, “Higuerilla”, “El Ingenio”, y “Guatulame”, en las comunas de Combarbalá, Monte Patria, Río Hurtado, Ovalle, Punitaqui, en la provincia de Limarí, IV Región de Coquimbo. Dicha resolución establece, en lo que importa para estos efectos, lo siguiente: “La organización de dichas comunidades de aguas deberá promoverse en la forma prevista por los artículos 187 ó 188 y siguientes del Código de Aguas, dentro del plazo de 90 días contados desde la fecha de publicación en el Diario Oficial del hecho de haberse dictado la presente Resolución. La Dirección General de Aguas velará por el cumplimiento de lo anterior, adoptando para ello las iniciativas que sean procedentes”. En iguales términos se refieren por ejemplo, las Resoluciones DGA n°s 113, de 2 de julio de 2009 (sobre unidades acuíferas “Choapa Alto”, “Chalinga”, “Illapel” y “Canela”); 276, de 24 de septiembre de 2008 (sobre unidad acuífera “Paine”); 277, de 24 de septiembre de 2008 (sobre unidad acuífera “El Monte”); 241, de 31 de julio de 2008 (sobre unidades acuíferas “Puangue Alto”, “Puangue Medio”, “Cholqui”, “Popeta”, “Melipilla” y “La Higuera”); 75, de 21 de marzo de 2007 (sobre unidades acuíferas “Graneros-Rancagua” y “Olivar”); 74, de 21 de marzo de 2007 (sobre unidades acuíferas “Elqui Bajo”, “Santa Gracia” y “Serena Norte”); 371, de 27 de octubre de 2005 (sobre unidad acuífera “Yali Alto”); y, 322, de 21 de septiembre de 2005 (sobre unidades acuíferas “Rosario” y “Aguas Blancas”).

organización impuestos por las resoluciones que declaran zonas de prohibición o de restricción y que ordenan que la determinada organización de usuarios se formalice en un plazo concreto.

5.2 Organización y registro: formalización legal y administrativa de las comunidades de aguas subterráneas

Como se señaló anteriormente, las comunidades de aguas se constituyen de pleno derecho al darse la situación de hecho prevista en la ley, siendo la reglamentación u organización una fase posterior que no hace sino formalizar una situación ya existente.

Existen dos formas establecidas en la normativa para formalizar las comunidades de aguas de aguas subterráneas, a saber:

- Mediante escritura pública en los términos previstos en el art. 187 del Código de Aguas;
- Por vía judicial en virtud de un procedimiento establecido en ese mismo cuerpo legal.

En consistencia con lo anteriormente expuesto, si dos o más personas integran una comunidad de aguas subterráneas, aprovechando las aguas de una misma unidad acuífera podrán organizarse formalmente como comunidad de aguas subterráneas, para lo cual se atenderá la forma dispuesta en el párrafo 1º del Título III, Libro II del Código de Aguas, por lo que cabe referirse a continuación al procedimiento de organización o formalización indicado.

5.2.1 Procedimiento voluntario.

Conforme lo dispone el artículo 187 de ese cuerpo legal, las comunidades de aguas deberán organizarse por escritura pública suscrita por todos los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas existente en un mismo acuífero o sector hidrogeológico. De la referida norma se desprende que para la formalización de esta situación de hecho, en virtud de un procedimiento voluntario, es necesario que

todos los interesados que sean propietarios de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas comparezcan y suscriban la escritura pública respectiva.

5.2.1 Declaración por vía judicial.

Este procedimiento puede originarse ya sea por iniciativa de un interesado o excepcionalmente por la propia Dirección General de Aguas, citándose a un comparendo ante el Juez del lugar en que se ubiquen las captaciones de los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas.

La citación se hará en la forma y términos previstos en el artículo 188 del Código de Aguas. En el referido comparendo, los interesados harán valer sus títulos o antecedentes que sirvan para fijar sus derechos; y a falta de acuerdo entre los titulares, el Juez resolverá sin más antecedentes que los acompañados. El Juez podrá asimismo abrir un término de prueba y designar un perito, si así lo requiriese.

Dándose los presupuestos de hecho exigidos en la ley –esto es, que dos o más personas hagan aprovechamiento común de las aguas de un mismo acuífero o de un sector hidrogeológico, el Tribunal se encuentra en el imperativo jurídico de declarar formalmente la existencia de la comunidad, fijando los derechos de los comuneros por sentencia judicial, y procediendo luego a la elección de sus representantes.

Luego de dictada la sentencia, procede efectuar las publicaciones de un extracto de ella en los diarios que indica la ley. Efectuado dicho trámite, corresponde reducir a escritura pública la sentencia, el comparendo, los estatutos y demás piezas importantes de la organización judicial de la comunidad de aguas, para concluir la tramitación con la inscripción conservatoria y el posterior registro en la Dirección General de Aguas, conforme lo ordena el art. 196 del Código de Aguas.

Una vez que se registre la comunidad de aguas respectiva en la Dirección General de Aguas, ésta se entenderá formalmente organizada, tal como lo dispone el artículo 196 del Código de Aguas²⁸.

²⁸ El artículo 196 del Código de Aguas dispone expresamente, en su inciso 1°, que “Las comunidades se entenderán organizadas por su registro en la Dirección General de Aguas”.

Que se entienda organizada significa que la situación de hecho –el estado de comunidad- se encuentra formalizado legalmente; esto, trae como efecto, o consecuencia, que además la comunidad de aguas obtenga por ese sólo hecho la personalidad jurídica respectiva, de acuerdo a lo establecido en el inc. 4° del art. 196 del Código de Aguas, pudiendo así actuar como tal en la vida del derecho.

5.3 Ámbito de competencia de las comunidades de aguas subterráneas

Para delimitar el ámbito de competencia de una determinada comunidad de aguas subterráneas, es importante fijar con precisión la unidad acuífera sobre la cual esta recaiga.

Las normas pertinentes, esto es, el artículo 186 del Código de Aguas y el artículo 37 de la Resolución DGA N° 425, de 2007, hablan de aprovechamiento de “aguas de un mismo acuífero” y de “sector hidrogeológico de aprovechamiento común”, respectivamente.

Dada esta falta de uniformidad conceptual corresponde aclarar las diferencias entre acuífero y sector hidrogeológico, para determinar la interpretación correcta en cuanto al ámbito de competencia sobre el cual recaerá la comunidad de aguas subterráneas que se forme.

El Diccionario de la Real Academia Española define acuífero como aquella “capa o vena subterránea que contiene agua”. Otros términos comunes que también se usan para definir acuífero son los de formación almacenadora y depósito de aguas subterráneas. La literatura especializada la define, por ejemplo, como aquellas formaciones o estratos comprendidos dentro de la zona de saturación, de los cuales se puede obtener agua con fines utilitarios²⁹; entendiéndose por zona de saturación aquella situada encima de la capa impermeable donde el agua rellena completamente los poros de las rocas.

²⁹ Johnson, Edward. Op. cit. 21p.

Sector hidrogeológico, en tanto, corresponde a una unidad estudiada por la geología en que existen aguas subterráneas que tienen la capacidad de ser aprovechadas³⁰.

Es decir, se tratan ambos –acuífero y sector hidrogeológico- de unidades geológicas cuya importancia radica en su capacidad de suministrar agua a pozos y manantiales, los que a su vez constituyen fuentes desde las cuales el recurso hídrico puede ser extraído y aprovechado por los particulares.

Para Gonzalo Arévalo Cunich, en el ámbito jurídico, el acuífero constituiría una unidad de extensión mayor que un sector hidrogeológico, que puede estar formado, a su vez, por distintos sectores o subsectores, dándose en los hechos una relación de género-especie, que tienen un comportamiento diferente y particular, lo que les da una independencia, siendo claramente identificables y reconocibles³¹. No estamos de acuerdo con que se trate de una relación de género-especie, sino que se tratan ambos conceptos de unidades geológicas miradas desde distintas perspectivas; por ello, hemos preferido en este trabajo referirnos a las unidades acuíferas, como aquella fuente de aguas subterráneas de comportamiento hídrico singular cuyas aguas son aprovechadas por uno o más titulares de derechos de aprovechamiento.

Sin embargo, estamos de acuerdo con la interpretación antes indicada –de Arévalo Cunich- al señalar que lo importante para delimitar el ámbito de competencia de una comunidad de aguas subterráneas, es que exista un aprovechamiento común de dos o más personas sobre una unidad acuífera³² cuyo comportamiento se dé de manera independiente respecto de cualquiera otra.

³⁰ La Real Academia Española define a la hidrogeología como aquella parte de la geología que se ocupa del estudio en particular de las aguas subterráneas, y de su aprovechamiento.

³¹ ARÉVALO Cunich, Gonzalo. Op. cit. 6p.

³² En relación a los deberes y atribuciones que tendrá el directorio de las comunidades de aguas subterráneas sobre esa unidad acuífera, el artículo 38 de la Resolución DGA N° 425, de 2007, señala que, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 241 del Código de Aguas y acorde con lo dispuesto en los numerales segundo, tercero, quinto y veintiuno del citado artículo, el directorio de las comunidades de aguas subterráneas tendrá, entre otros, los siguientes deberes y atribuciones: uno) Distribuir las aguas del referido acuífero entre los comuneros de acuerdo con sus derechos de aprovechamiento; dos) Promover una gestión integrada y sustentable del acuífero; tres) Instalar y operar un programa de control de extracciones; cuatro) Mantener un registro de producción de cada captación; cinco) Establecer en el acuífero una red de medición

Es así como, el ámbito de competencia de la comunidad de aguas subterráneas estará delimitado sobre un acuífero o sobre un sector hidrogeológico determinado que, previa comprobación a partir de los estudios técnicos respectivos, demuestre tener un comportamiento independiente respecto de cualquier otra fuente de aguas subterráneas, no importando su extensión sino su vida particular y singular.

de niveles y calidad de aguas subterráneas; seis) Atender oportunamente los requerimientos de información que debe entregar a la Dirección General de Aguas, de acuerdo a lo estipulado en el Código de Aguas; siete) Conservar, mantener y mejorar sus obras de captación; ocho) Estudiar e implementar técnicas que permitan la recarga artificial de la fuente subterránea; nueve) Regular la explotación del acuífero, haciendo evaluaciones en forma permanente y oportuna para prevenir efectos asociadas a la sobreexplotación de sus aguas; diez) Realizar estudios que permitan aplicar medidas de restricción a la explotación cuando sea necesario.

TERCERA PARTE: LAS COMUNIDADES DE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA

CAPITULO VI

PROBLEMAS QUE ENFRENTA LA CONSTITUCIÓN DE COMUNIDADES DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

6.1 Falta de aplicación de la normativa que regula las comunidades de aguas subterráneas.

Como se ha visto en el desarrollo, existen diversas unidades acuíferas de nuestro país que han sido objeto de declaraciones por parte de la Dirección General de Aguas, ya sea de zona de prohibición o área de restricción, casos en los cuales corresponde que imperativamente los usuarios de esas aguas se organicen formalmente como comunidades de aguas subterráneas, debiendo además la Dirección General de Aguas promover la organización de la mismas. Sin embargo, esto no ha ocurrido, siendo casi inexistentes estas comunidades, siendo inoperante la normativa contenida específicamente en los artículos 37 y siguientes de la Resolución DGA N° 425, de 2007.

Esta situación ha sido advertida por el propio órgano de la Administración encargado del recurso hídrico –DGA-, según consta de la Resolución DGA N° 1187, de 12 de abril de 2011, que como vimos crea la Unidad Organizaciones de Usuarios y Eficiencia Hídrica, dictada precisamente con el objeto de lograr el fortalecimiento de las organizaciones de usuarios y fomentar la creación de comunidades de aguas subterráneas.

Además, contribuye a esta falta de aplicación de la normativa, el hecho que la propia DGA desconoce cómo debe actuar y operar en la formalización de este tipo de comunidades de aguas. El mejor ejemplo que acredita esta afirmación de “desconocimiento” de la DGA es el MEMO DGA Región Metropolitana N° 166, de fecha 11 de agosto de 2011, dictado dentro del procedimiento de registro de la Comunidad

de Aguas Subterráneas del sector acuífero Yali Alto, a la cual ya nos referimos en la parte pertinente de esta obra.

En dicho MEMO (dirigido al Dpto. de Administración de Recursos Hídricos de la DGA), el Servicio Regional de la DGA reconoce desconocer los términos en que debe realizar el informe técnico previo a proceder con el registro de la citada comunidad. Para comprobar esto fehacientemente, y por la importancia de este reconocimiento, es que me permito citar en forma textual este acto dictado por la DGA Región Metropolitana:

“Con fecha 5 de abril de 2011, el Sr. (...), en representación de la Comunidad de Aguas Subterráneas del sector acuífero Yali Alto, ha solicitado el registro de la comunidad en el Registro de Organizaciones de Usuarios de la Dirección General de Aguas. / Mediante ORD. D.L.O.U., de 16 de junio de 2011, la División Legal de este Servicio ha solicitado a esta Dirección Regional que elabore un informe técnico en base a las pautas que se consignan en el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, en su página 197, punto 11.6. / **Al respecto, el citado manual establece los aspectos técnicos a considerar para la confección del informe técnico respectivo referido a las comunidades creadas cuyos derechos de aprovechamiento recaen sobre aguas superficiales, y cuyas obras se refieren a bocatomas y cauces artificiales. / Dado lo anterior, y con el fin de continuar con la tramitación de la solicitud en comento, solicito a Ud. tener a bien establecer los aspectos técnicos a considerar para la elaboración del informe técnico respectivo, acorde con las características de este tipo de solicitud, y a las experiencias que ha habido en otras regiones**³³. / Saluda atentamente a Ud., (...) Director Regional Subrogante de la Dirección General de Aguas / Región Metropolitana de Santiago.”

De lo destacado, podemos inferir lo que sigue:

1° Que, la DGA Región Metropolitana desconoce los términos del informe técnico que debe efectuar para proceder al registro de la comunidad.

³³ Énfasis agregado.

2° Que, el Manual citado sólo establece los aspectos del informe técnico respecto de comunidades de aguas superficiales, no subterráneas.

3° Que, la DGA Región Metropolitana le está solicitando al Dpto. de Administración de Recursos Hídricos que le indique cómo continuar con este “tipo” de solicitud, ya que ignora cómo seguir adelante.

4° Que, finalmente, solicita este nivel regional metropolitano que se le indique cómo se ha actuado en experiencias similares en otras regiones.

Respecto de esto último, como hemos visto, no existen “experiencias similares” en otras regiones, sino que sólo tenemos una experiencia, esta es, la ya analizada Comunidad de Aguas Subterráneas Copiapó-Piedra Colgada-Piedra Colgada Desembocadura.

Constatamos así, que el propio Servicio desconoce cómo tramitar la formalización y registro de las comunidades de aguas subterráneas, haciendo patente la necesidad de una regulación específica.

6.2 Dificultades para la determinación del ámbito de competencia de las comunidades de aguas subterráneas.

Las resoluciones de la Dirección General de Aguas que declaran zonas de prohibición o áreas de restricción, que originan las comunidades de aguas subterráneas, no han utilizado un lenguaje común para determinar el ámbito de competencia que tendrá la respectiva organización de usuarios que se forme como consecuencia de esa declaración.

En esta línea, en una misma resolución se declaran áreas de restricción distintas unidades acuíferas, no quedando claro si debe formarse solo una comunidad de aguas subterráneas que comprenda todas las unidades acuíferas indicadas o si deben originarse tantas comunidades como unidades acuíferas se encuentren afectadas por la declaración³⁴. Vemos una solución en la definición precisa del

³⁴ En esta línea podemos citar la Resolución DGA N° 207, de 26 de octubre de 2009, que declaró áreas de restricción los sectores de “Huasco Desembocadura”, “Freirina Bajo”, “Freirina

presupuesto fáctico que origina las comunidades de aguas subterráneas, y en ese sentido este debe ser el aprovechamiento de una misma unidad acuífera, que presente una individualidad y comportamiento independiente respecto de cualquiera otra, por dos o más personas, y cuyos usos se encuentren interrelacionados de manera que el mal uso de un usuario afectará el uso de otro. Si no existe relación entre los usos implicará la existencia de una unidad acuífera distinta, que tiene otro comportamiento hídrico, debiendo esta unidad ser materia de otra comunidad de aguas.

Esta especie de seccionamiento, “seccionando” los acuíferos a partir de los distintos comportamientos independientes existan dentro de él, lo toma Gonzalo Arévalo Cunich, haciendo extensivo el seccionamiento de los ríos (fuente superficial) hacia los acuíferos (fuente subterránea)³⁵.

Alto”, “Vallenar Bajo”, “Vallenar Alto”, “El Tránsito” y “Río del Carmen”, en la provincia de Huasco, Región de Atacama. El resuelvo 5° de la citada resolución dispone que “En virtud de la presente declaración de área de restricción se dará origen a una comunidad de aguas subterráneas para cada uno de los sectores hidrogeológicos antes indicados, compuestas por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en cada uno de dichos sectores”. Del tenor literal de esta resolución se advierte la intención de que cada una de estas unidades acuíferas cuente con una comunidad de aguas subterráneas autónoma.

Por otro lado, la Resolución DGA N° 162, de 22 de marzo de 2001, declaró áreas de restricción respecto de tres unidades acuíferas: “Copiapó”, “Piedra Colgada” y “Piedra Colgada Desembocadura”, en la III Región, y dispuso en su resuelvo 6° que “En virtud de la presente declaración de área de restricción se dará origen a la formación de una comunidad de aguas subterráneas compuesta por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidas en ella”. A partir de esta declaración se organizó una sola comunidad de aguas subterráneas que comprendió las tres unidades acuíferas señaladas.

Se explica lo anterior en la medida que los usos de esas tres unidades acuíferas se encuentren relacionados y no tengan un comportamiento unos respecto de los otros, ya que de lo contrario debieron haberse organizado, a nuestro juicio, tres comunidades de aguas subterráneas distintas, esto es, una por cada unidad acuífera declarada como área de restricción.

Por lo anterior, nuevamente nos referimos al hecho de establecer el ámbito de competencia de cada comunidad, debiendo existir tantas comunidades de aguas subterráneas como unidades acuíferas de comportamiento independiente existan.

³⁵ En esta línea se manifiesta ARÉVALO Cunich, Gonzalo. Op.cit.6p. Quien señala: “En concordancia con lo señalado en el punto precedente, e interpretando armónicamente las normas relativas al seccionamiento de un cauce natural, cabe señalar que nada obsta a que dicho “seccionamiento” se produzca también a nivel de acuífero, reconociéndose diversos sectores hidrogeológicos con características particulares cuya administración queda encargada a una comunidad de aguas independiente al resto que pueda coexistir en el mismo acuífero”.

6.3 Relación con las organizaciones de usuarios de aguas superficiales: Necesidad de independencia y autonomía.

El hecho de que las comunidades de aguas subterráneas no se encuentren reguladas especialmente, las ha dejado en una situación desfavorable de frente a las organizaciones de usuarios de aguas superficiales. A partir de las dificultades ya señaladas en este desarrollo, en cuanto a que su objeto difiere del de las organizaciones de usuarios de aguas superficiales, las comunidades de aguas subterráneas requieren contar con autonomía respecto a las juntas de vigilancia, en razón de que ambas organizaciones, como vimos, tienen distinta naturaleza y objeto, apareciendo la necesidad de una regulación que distinga entre las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas respecto de las otras; regulación que deberá ser objeto de una modificación legal –no administrativa- y que deberá determinar sus facultades y atribuciones.

6.4 Importancia de las comunidades de aguas para la gestión sustentable del acuífero.

Otro problema es la falta de sustentabilidad en el aprovechamiento de las aguas de las unidades acuíferas. A partir del aprovechamiento intensivo de las aguas subterráneas, cabe hacer un uso sostenible de los acuíferos para evitar fenómenos no deseados como la sobreexplotación y/o la degradación de la calidad natural del agua y con ello una disminución de los recursos hídricos disponibles. Resulta fundamental entonces la participación de los propios usuarios en la gestión de los acuíferos, generando políticas de prevención, para evitar problemas ambientales derivados de la explotación descontrolada del agua subterránea, los cuales son de difícil mitigación y reversibilidad, resultando relevante la determinación de las extracciones aceptables y localización óptima de las captaciones; desarrollando una modalidad técnica de explotación sin menoscabo a derechos de terceros, y sin que signifique deterioro ambiental inaceptable e irreversible. Además, en cuanto a la participación, la organización de comunidades de aguas subterráneas facilita y permite la

participación³⁶ activa de los usuarios, dando a ellos una información transparente y confiable, sobre la situación actual y la evolución del recurso ante un determinado nivel de explotación de un determinado acuífero o sector hidrogeológico.

6.5 Dificultades de gestión que enfrenta la Dirección General de Aguas.

La Dirección General de Aguas carece de los medios suficientes para realizar una gestión adecuada sobre todos los acuíferos y sectores hidrogeológicos existentes en nuestro país, por lo que son, de esta forma, los propios usuarios los que deben comprender que se encuentran unidos por una misma comunidad de intereses que debe preservarse por el bien de todos ellos. De esta forma, la constitución de una comunidad de aguas subterráneas constituye un instrumento indispensable y eficaz para la adecuada gestión de los recursos hídricos existentes en los distintos sistemas acuíferos del país. Nadie conoce mejor la situación de los sistemas acuíferos que aquellas personas que extraen desde ellos las aguas subterráneas en forma diaria y permanente. Asimismo, nadie podrá estar más interesado por la preservación de los acuíferos que aquellas personas que tienen derechos de aprovechamiento en ellos.

³⁶ Esta participación activa de los usuarios se relaciona con la función social que cumplen estas organizaciones, tal como lo identifica SEGURA Riveiro, Francisco. Op. cit. 171p. Señalando que las organizaciones de usuarios “cumplen también un fin social, especialmente en el mundo rural –que se acentúa cuando mayor es su cobertura geográfica-, pues se produce entre sus miembros un autocontrol del uso y cuidado de las aguas –una policía privada como dicen algunos autores- evitando gastos al Estado”.

CONCLUSIONES

a) Respecto de la existencia de comunidades de aguas subterráneas en Chile

1° Consta de esta investigación la casi nula presencia de comunidades de aguas subterráneas en nuestro país, existiendo casos aislados en la Región de Atacama (Comunidad de Aguas Subterráneas Copiapó-Piedra Colgada-Piedra Colgada Desembocadura, ya organizada y registrada) y en la Región Metropolitana (Comunidad de Aguas Subterráneas del sector acuífero Yali Alto, en proceso de registro ante la DGA).

2° Además, se ha constatado la inexistente obediencia a las resoluciones de la DGA que, al momento de declarar una unidad acuífera como zona de prohibición o área de restricción, ordenan la constitución de comunidades de aguas subterráneas en las unidades protegidas en virtud de esas declaraciones.

b) Respecto de la regulación: de las aguas subterráneas, en general, y de las comunidades de aguas subterráneas, en especial

3° Se observa una regulación deficiente de las aguas subterráneas en general. El Código de Aguas dedica algunos artículos sólo a aspectos fundamentales, pero la regulación en extenso la encontramos en un acto administrativo dictado por la propia Dirección General de Aguas. Por tanto, las aguas subterráneas no tienen una regulación legal ni reglamentaria detallada, sino que a través de mero un acto administrativo.

4° Y, específicamente en relación a las comunidades de aguas subterráneas, la situación es aún más precaria, toda vez que se las intenta regular haciendo una remisión a las normas que tratan las comunidades de aguas superficiales, las que evidentemente presentan particularidades y objetivos diversos a las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas que han sido materia de esta investigación.

5° En consistencia con el párrafo precedente, cabe señalar que somos de la opinión de que las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas fueron introducidas al

ordenamiento de manera forzada en un cuerpo legal –Código de Aguas- ideado originariamente para regular las aguas de naturaleza superficial.

c) Respetto de las dificultades que se presentan para la formalización y registro de las comunidades de aguas subterráneas

6° Se constatan diversas dificultades que enfrentan los distintos actores que intervienen en el aprovechamiento del recurso hídrico subterráneo.

7° En cuanto a los usuarios, estos no disponen de una regulación que les permita tener reglas claras sobre la tramitación a que deben sujetarse para organizarse como una comunidad de aguas subterráneas.

8° Respetto de la DGA, se ha comprobado en este documento de que este Servicio desconoce cómo actuar y proceder para la formalización y registro de las comunidades de aguas subterráneas; desconocimiento, que por el contrario, no se observa respecto de la constitución de organizaciones de aguas superficiales.

d) Respetto de la importancia de propender a la masificación de la existencia de comunidades de aguas subterráneas en las unidades acuíferas existentes en nuestro país

9° Constituye una de las principales conclusiones de este trabajo, el hecho de que a partir de la utilización de las aguas subterráneas, es necesario un uso sostenible de los acuíferos para evitar la sobreexplotación y/o la degradación de la calidad natural del agua y con ello una disminución de los recursos hídricos disponibles. Resulta fundamental entonces la participación de los propios usuarios en la gestión sustentable de los acuíferos, de manera de identificar las extracciones y captaciones legítimas; y desarrollando sistemas de control que eviten el menoscabo de los derechos de aprovechamiento de los usuarios, de manera que estos puedan ser ejercidos y sin que ello signifique deterioro ambiental inaceptable e irreversible.

10° Constituye entonces el control de las extracciones un fin elemental de las comunidades de aguas subterráneas. Así, la organización de usuarios goza de certeza

respecto de cuáles son los derechos de aprovechamiento que legítimamente pueden ser ejercidos en una unidad acuífera determinada, y una vez organizada, tendrá todas las atribuciones que el ordenamiento le confiere para poder fiscalizar el correcto aprovechamiento de los recursos hídricos disponibles.

e) Respetto de la preocupación actual de la autoridad por incentivar la organización de comunidades de aguas subterráneas

11° Contribuye al mejoramiento de la gestión de las aguas subterráneas la creación de la Unidad de Organizaciones de Usuarios y Eficiencia Hídrica, que tiene su origen en la Resolución DGA N° 1187, de 2011, toda vez que al reconocer la falta de aplicación efectiva de la normativa que regula las comunidades de aguas subterráneas, la DGA ha dictado esta resolución con el objeto de fomentar la creación de estas organizaciones de usuarios, para una mejor organización, mejor funcionamiento y tutela de la correcta administración del recurso hídrico subterráneo, permitiendo una gestión eficiente y sustentable.

12° El hecho de que las comunidades de aguas subterráneas no se encuentren específicamente reguladas, las ha puesto en una situación desfavorable de frente a las organizaciones de usuarios de aguas superficiales. A partir de las dificultades ya señaladas en el desarrollo de esta obra, las comunidades de aguas subterráneas requieren contar con autonomía respecto a las juntas de vigilancia, en razón de que ambas organizaciones tienen naturaleza y objeto diversos, apareciendo claramente la necesidad de contar con una regulación que distinga entre las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas respecto de las otras; regulación que deberá ser objeto de una modificación legal –no a través de actos administrativos.

13° Creemos entonces en la necesidad de que estas comunidades detenten rango legal, especificándose con claridad su ámbito de competencia como también los deberes y atribuciones con que cuentan para la gestión eficiente y sustentable de las unidades acuíferas de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

AREVALO Cunich, Gonzalo. Comunidades de Aguas Subterráneas: Dificultades en su organización y ejercicio. Revista Asociación Chilena de Abogados del Sector Sanitario. (13): 5, octubre 2010.

D.F.L. N° 1.122. CHILE. Código de Aguas. Diario Oficial de 13 de agosto de 1981. Santiago, Chile, 29 de octubre de 1981.

FIGUEROA Tagle, Gonzalo. Comentarios al Código de Aguas. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969.

JOHNSON, Edward. El agua subterránea y los pozos. Saint Paul, Minnessota, Johnson Division UOP Inc., 1975.

JORNADAS sobre la Participación de los Usuarios de Aguas Subterráneas en la Gestión y Planificación de los Recursos Hídricos, organizadas por la Confederación Hidrográfica del Duero y el Ministerio de Medio Ambiente Rural y Marino [en línea] <<http://www.aeuas.org/valladolid.aspx>> [consulta: 02 diciembre 2011]

LIRA Urquieta, Pedro y De la Maza Risopatrón, Lorenzo. Régimen Legal de las Aguas en Chile. Santiago, Chile, Editorial Nacimiento, 1940.

MANRÍQUEZ Lobos, Gustavo. Apuntes Curso Derecho de Aguas. En: Curso Derecho de Aguas, 1er semestre de 2008, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

OJEDA Mansilla, Mariza. Las organizaciones de usuarios de aguas en la legislación chilena y comparada. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Valdivia. Chile. Universidad Austral de Chile, Escuela de Derecho, 2003.

PERALTA Toro, Fernando. Las aguas subterráneas un recurso inexplorado y desconocido. Revista Ius et Praxis. 1 (1): 43, 1993.

SORIANO Carreño, Luis Carlos. Las aguas en nuestro Derecho. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Concepción. Chile. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1986.

SEGURA Riveiro, Francisco. Derecho de Aguas. Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2006.

VASQUEZ, Juan. Comunidad de Regantes de Aguas Subterráneas Privadas del Campo de Montiel. En: Jornadas sobre la Participación de los Usuarios de Aguas Subterráneas en la Gestión y Planificación de los Recursos Hídricos: 27 de enero de 2010. Valladolid, España. Confederación Hidrográfica del Duero y el Ministerio de Medio Ambiente Rural y Marino.