



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

**“Facultades de la Dirección General de Aguas en la Extracción de Aguas,
Modificación de Cauces Naturales, Construcción de Obras Hidráulicas en
Cauces Naturales y Conservación de los Caudales Mínimos”**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumno: Farit Antonio Gutiérrez Torres

Profesor Guía: Gustavo Manríquez Lobos

Santiago, 2015

*Dedicada a mis padres, por su irrestricto
apoyo durante todo mi proceso universitario.*

*A mi novia Victoria y a mi hijo Gaspar,
por ser la inspiración y el aliento vital
en el proceso de elaboración de esta memoria.*

Índice.....	2
--------------------	----------

Introducción.....	6
--------------------------	----------

Capítulo I

1. La Cuenca hidrográfica y el cauce.....	8
--	----------

1.1. La cuenca u hoya hidrográfica.....	8
--	----------

1.2. Tratamiento jurídico de la cuenca.....	11
--	-----------

1.3. Cauce Natural y Artificial.....	12
---	-----------

1.3.1 Definiciones legales del cauce natural.....	15
--	-----------

1.4 Cauce Natural: Tratamiento jurídico.....	17
---	-----------

1.5 Administración y delimitación del cauce natural.....	21
---	-----------

Capítulo II

2. La Dirección General de Aguas y la extracción de aguas desde los cauces naturales.....	27
--	-----------

2.1. La Dirección General de Aguas.....	27
2.2. Facultades de la Dirección General de Aguas en la extracción de aguas en los cauces naturales.....	29
2.2.1. Policía y vigilancia en los cauces naturales de uso público.....	29
2.2.2. La policía y vigilancia en cauces en los que se encuentran constituidas juntas de vigilancia.....	37
a) Cauces naturales, o secciones de éste, en el que existe una junta de vigilancia.....	41
b) Cauces naturales, o secciones de éste, en el que no existe una junta de vigilancia.....	50
2.3 Autorización para realizar obras en general en los cauces naturales.....	51

Capítulo III

3. La Dirección General de Aguas y las obras hidráulicas: Construcción y operación.....	63
3.1 Reseña histórica de las obras hidráulicas en Chile.....	64
3.2 Las obras hidráulicas de captación en los cauces naturales.....	67
3.3 Las obras hidráulicas de acopio de aguas.....	72
3.3.1 Construcción y operación de obras hidráulicas de embalses de aguas para una central hidroeléctrica.....	74
3.3.2 Construcción y operación de obras hidráulicas de embalses de aguas para riego.....	83
3.4 Recepción de las obras hidráulicas por la Dirección General de Aguas.....	85
3.5 El Abandono de las obras hidráulicas.....	87
3.6 Obras hidráulicas sometidas al sistema de evaluación de impacto ambiental.....	89

3.7 Participación de la Dirección General de Aguas en el estudio de impacto ambiental, en la fiscalización y seguimiento ambiental.....95

Capítulo IV

4. La Dirección General de Aguas y la conservación de caudales mínimos.....98

4.1 Concepto de caudal mínimo o ecológico.....98

4.2 Marco Legal del caudal mínimo o ecológico.....101

4.3 El caudal mínimo en el Derecho comparado.....106

4.4 Atribuciones de la Dirección General de Aguas respecto del caudal mínimo ecológico.....111

Conclusiones.....120

Bibliografía.....123

Introducción

Nuestra actual legislación de aguas establece que, quien quiera hacer uso del recurso hídrico, deberá ser titular de un derecho de aprovechamiento, el cual detentará gracias a un acto administrativo de la autoridad o por reconocimiento legal en los casos procedentes. El Servicio competente para otorgar el derecho de aprovechamiento es la Dirección General de Aguas, organismo público dependiente del Ministerio de Obras Públicas, y cuyas principales funciones recaen sobre las aguas, ya sea relativo a la extracción de ellas desde fuentes naturales, como a materias relacionadas con el recurso hídrico, como son la realización de obras en los cauces de ríos o lagos y a la construcción de obras hidráulicas en éstos. En ese sentido, quien sea titular de un derecho de aprovechamiento de aguas (en este caso superficiales), deberá, necesariamente construir obras que le permitan extraer el recurso hídrico desde su fuente natural, de tal forma de poder ejercer su derecho. Como se expondrá en el desarrollo de esta memoria, generalmente las obras de extracción de aguas estarán situadas en los cauces naturales, cuyo lecho es, por regla general, un bien nacional de

uso público. El presente trabajo tiene como objeto establecer y delimitar las facultades que posee la Dirección General de Aguas sobre el cauce, las aguas que escurren por él y las obras que se construyan en éste, determinando además, las atribuciones de los demás organismos públicos. En ese sentido, se analizará las normas del Código de Aguas que establece las facultades de la Dirección General de Aguas al respecto, pero también otras normas que se han dictado con posterioridad a dicho cuerpo legal, las cuales han introducido nuevas regulaciones en la materia, tal es el caso de la Ley 19.400 de Ley de Bases Generales de Medio Ambiente, que establece que ciertas obras deban ser sometidas, para su aprobación, a un Estudio de Impacto Ambiental. Por otro lado, pero con directa relación con los cauces y el agua que transportan, está el caudal mínimo ecológico, concepto nuevo que fue incorporado al Código de Aguas luego de la reforma que éste recibió el año 2005; de desarrollará en el presente trabajo el concepto de caudal mínimo y el rol de la Dirección General de Aguas en la determinación de éste y su fiscalización.

Capítulo I

1. La Cuenca Hidrográfica y El Cauce

1.1 La Cuenca u Hoya Hidrográfica

El agua, elemento dinámico, está en continuo movimiento, cambiando tanto de estado físico como de un lugar a otro, lo que se denomina Ciclo Hidrológico. Además de las mencionadas propiedades del agua, se distribuye en el planeta en forma irregular, la mayor parte se encuentra en los océanos y mares, en menor medida y como otra forma de acumulación, en las grandes masas de nieve y hielo de los casquetes polares, la mínima parte se encuentra disponible en las capas del subsuelo y en lagos y ríos.

El agua es un elemento esencial para la vida vegetal y animal. Constituye un recurso determinante para las actividades humanas, y es desde muchos puntos de vista un estructurador del espacio. La instalación

del hombre, desde épocas remotas, y en la actualidad, condiciona la localización y crecimiento de los centros urbanos.

La mayor parte de las aguas procedente de las lluvias, de los manantiales y del derretimiento de las nieves y hielos no se evapora ni se infiltra, sino que corre por la superficie terrestre. El destino final de estas aguas superficiales es, casi siempre, el mar. Así, los ríos devuelven a su origen el exceso de aguas, siendo por ello definidos como líneas de drenaje natural, también puede decirse que un río es una corriente constante de aguas.¹

La cuenca u hoya de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, sub afluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella en forma continua o no superficial o subterráneamente. También se puede definir como el espacio físico terrestre delimitado por las mayores alturas o elevaciones de la tierra que lo rodean, que drena la totalidad de sus aguas hacia un sector común, con salida a través de un punto único. Es una zona geográfica física unida en torno a un cauce natural que es su centro el

¹ MARRERO, Levi. La Tierra y sus Recursos, una geografía nueva. P. 174

que puede ser único o configurado por varios ramales con descarga a un cauce central el cual tiene salida y desembocadura al mar.

Nuestra Legislación de aguas, contiene una referencia descriptiva de la cuenca u hoya hidrográfica, esto en el artículo 3 del Código de Aguas que señala: “Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente. La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente.”. Esta descripción que entrega la ley se refiere tanto a las cuencas exorreicas, es decir, aquellas que tienen un punto de salida hacia el mar (presentes en nuestro país desde la región de Atacama al sur); como a las cuencas endorreicas, que son aquellas que no desembocan en el mar, pues pierden su agua producto de la evaporación, formando los salares (este tipo de cuencas, en Chile, se ubican desde la región de Arica y Parinacota hasta Atacama).

1.1.2 Tratamiento jurídico de la Cuenca.

Debido a la configuración geográfica de nuestro país, montañoso y angosto, las cuencas que encontramos son de corto recorrido y con una gran pendiente hacia el mar, lo que provoca caudales torrentosos, con grandes fluctuaciones, producto de las precipitaciones y de los deshielos estivales. Esto genera una serie de inconvenientes a la hora de aprovechar el recurso hídrico, lo que obliga a la construcción de embalses para retener el agua y controlar los caudales; y defensas fluviales para evitar perjuicios producto de crecidas e inundaciones. A esta serie de medidas, junto con otras, se les denomina “administración integral de cuencas hidrográficas”. La gestión integrada de los recursos hídricos es un proceso que promueve el desarrollo y gestión coordinados del agua, la tierra y los recursos relacionados, con el fin de maximizar el bienestar económico y social resultante de manera equitativa sin comprometer la sostenibilidad de ecosistemas vitales²; esta actividad no está considerada en nuestra legislación, siendo una falencia de

² ROVERE Marta Brunilda, El agua como valor ambiental, social y económico: Gestión, planificación y protección de los recursos hídricos de conformidad al desarrollo sustentable, editado por WALSH Juan Rodrigo, Ambiente, Derecho y Sustentabilidad, La Ley S.A., Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 236.

ella³. Esto en razón de que la cuenca es un entorno natural que está compuesto por distintos factores naturales que son interdependientes entre sí, flora, fauna, suelo y asentamientos humanos, los cuales dependen del curso de agua que desciende por el cauce. Esta materia cobra especial relevancia respecto a los caudales ecológicos, tema que se abordará más adelante.

1.3 Cauce Natural y Cauce Artificial.

El escurrimiento superficial de las aguas sobre la superficie terrestre forma, como ya se mencionó, los cauces naturales. Es preciso señalar, para un acabado estudio respecto a éste, que existen diversos tipos de cauces naturales.

- a. **Cauces Naturales de Aguas Corrientes:** Es la porción de tierra que fue ocupada por agua durante la crecida máxima ordinaria, siendo la crecida máxima ordinaria el aumento de volúmenes de escurrimiento de agua que originaron el ascenso del nivel del agua registrado en

³ MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo. Apuntes del curso de Derecho de Aguas. P. 30

períodos de hasta 5 años, debiéndose incluir para su cálculo la estadística disponible de caudales. El límite lateral del cauce natural es la línea de ribera⁴.

- b. **Cauces Naturales de Aguas detenidas:** Estos cauces están definidos en el artículo 35 del Código de Aguas, que expresa que álveo o lecho de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas es el suelo que ellas ocupan en su mayor altura ordinaria⁵.

La continua necesidad del hombre para aprovechar las aguas, lo ha llevado a desarrollar diversas obras, ya sea de conducción de las éstas, como de acopio, sea para disponer del vital recurso en lugares donde antes no llegaba (obras de irrigación), como para contar con ella en tiempos en que escasea (obras de acopio). De esta forma, nacen otras clasificaciones de cauces, los cauces artificiales.

⁴ DÖLLING, Oscar. 2006. Concepto de Cauce Natural de Uso Público. Seminario de Post Grado DIHA-2006. Pontificia Universidad Católica de Chile.

⁵ MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo. Ob. cit. P. 33.

- a. **Cauce artificial de aguas corrientes:** el artículo 36 del Código de Aguas lo define como “...*canal o cauce artificial es el acueducto construido por la mano del hombre*”.

- b. **Cauce artificial de aguas detenidas:** el mismo artículo 36, en su inciso final señala que embalse es una “...*obra artificial donde se acopian aguas*”

La relevancia de ésta clasificación radica en el distinto régimen jurídico aplicable al suelo ocupado por el cauce o álveo. Así las cosas, la regla general es que el lecho ocupado por el cauce natural de aguas corrientes es siempre de uso público⁶, en cambio el álveo utilizado por las aguas detenidas se presume de dominio privado, a menos que dicho cauce pueda ser navegado por una embarcación de más de cien toneladas, según señala el artículo 35 del Código de Aguas. Estos cauces se determinan por el D.S. N° 11 de 1998 de la subsecretaría de marina. Ahora bien, respecto al álveo de los cauces artificiales, estos serán siempre de dominio privado.

⁶ Se exceptúan de este régimen jurídico los cauces naturales de corrientes discontinuas, formadas por aguas pluviales, que nacen y mueren dentro de una misma heredad, los cuales son de dominio privado, según el artículo 31 del Código de Aguas.

1.3.1 Definiciones legales del Cauce Natural

El Código de Aguas, en el artículo 2, distingue entre Aguas superficiales y Aguas subterráneas, entendiendo por las primeras como “...aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas”. A su vez, clasifica las aguas superficiales en Aguas Corrientes, que son “...las que escurren por cauces naturales o artificiales”, y las Aguas detenidas, que son aquellas que “...están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses”.

El artículo 38 del Código de Aguas define el cauce natural o álveo como “...corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas. Este suelo es de dominio público y no accede mientras tanto a las heredades contiguas, pero los propietarios riberaños podrán aprovechar y cultivar ese suelo en las épocas en que no estuviere ocupado por las aguas.”

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos precedentes, las porciones de terrenos de un predio que, por avenida, inundación o cualquier causa quedaren separadas del mismo, pertenecerán siempre al dueño de éste y no formarán parte del cauce del río.

Por otro lado, el Código Civil, en su artículo 650 establece que el cauce natural es *“El suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas, forma parte de la ribera o del cauce, y no accede mientras tanto a las heredades contiguas”*. Como se puede apreciar, la definición otorgada por este cuerpo legal, es muy similar al expresado por el Código de Aguas.

El D.S. N° 609 de 1979 del Ministerio de Bienes Nacionales en su artículo 4 letra b) señala: *“Se considerará cauce de río, lago o estero la superficie que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces periódicas ordinarias.”*

1.4 El Cauce Natural: Tratamiento Jurídico.

El Código de Aguas, en el citado artículo 38, nos entrega de inmediato el calificativo jurídico de dominio del cauce, siendo el álveo de dominio público, no accediendo a las heredades continuas. Sin embargo, en nuestro país, debido a la poca disponibilidad de agua, los propietarios riberaños podrán utilizar la porción del álveo descubierto con ocasión de la baja del caudal. Este es un permiso precario, que en cuanto el agua vuelva a ocupar la totalidad del cauce, dicho permiso terminará. Se concede pues, por la ley, un “derecho de uso y goce a los propietarios riberaños sobre el suelo del álveo cuyos límites se podrían precisar, por analogía, de acuerdo con lo previsto por el artículo 650 del Código Civil, para el caso del aluvión: dentro de las respectivas líneas de los predios prolongadas directamente hasta el agua.”⁷

En nuestro derecho, el dominio público está constituido por el conjunto de bienes nacionales de uso público, o sea, aquellos bienes que

⁷ VERGARA DUPLAQUET, Ciro. Comentarios al Código de Aguas “De las servidumbres en materia de aguas”. P. 220

pertenece a la nación toda y su uso a todos los habitantes. En el mismo sentido, el artículo 589 de nuestro Código Civil. prescribe que “*El uso de los bienes públicos pertenece a todos los habitantes del país*”.

El cauce natural abarca, por tanto, los terrenos del lecho o álveo del río ocupados permanentemente por agua y los terrenos de playa y tiene su límite en la línea de ribera, es decir que se desarrolla (a cada lado) entre el eje del río y la línea de ribera. Los terrenos ubicados entre el eje del río y la línea de ribera a cada lado son de dominio público y por tanto constituyen el cauce natural de uso público⁸.

La calidad de Bien Nacional de Uso Público del cauce o álveo, es lo que determina que éste esté bajo la tutela de la autoridad administrativa correspondiente.

Ahora bien, en los cauces naturales de aguas corrientes se produce un fenómeno natural, producto de las características del suelo ocupado por el álveo. El seccionamiento de los ríos es un hecho que se produce por la

⁸ DÖLLING, Oscar, Cfr. ob. cit.

natural configuración hidrológica de nuestros cauces, hecho que ocurre en Chile, siendo ajeno este fenómeno a otros países. Consiste en que, a medida descende el río al mar, los diversos usos que se hacen a sus aguas, lo agotan en ciertos tramos de su recorrido, es decir, queda en descubierto su álveo, pero cuerdas o kilómetros más abajo, la corriente natural se rehace por filtraciones y afluencias de otras aguas o por otras causas,⁹ constituyendo en el hecho un nuevo cauce (siendo que es la continuación del mismo río), que es aprovechado por los interesados del sector en forma independiente, hasta que lo agotan o desemboca al mar.¹⁰

Este fenómeno se da con frecuencia en los ríos de la zona central, algunos de los cuales presentan tres, cuatro o más aprovechamientos generales separados, antes de que las aguas de la corriente natural se agoten definitivamente sin volver a rehacerse, o desemboquen en el mar. Cada uno de esos tramos en que las aguas son aprovechadas separadamente por un

⁹ El agua, al escurrir hacia el mar, se va infiltrando a través de las capas permeables del subsuelo y, dependiendo del caudal que transporte el cauce, puede llegar a desaparecer de la superficie, aún cuando siga su curso bajo el lecho, esto hasta que el agua se encuentre con un suelo impermeable y la acumulación la haga aflorar nuevamente a la superficie, por ello es común que durante el período de estiaje, varios ríos de la zona central se vean secos en algunas zonas y en otras se vean las aguas escurriendo río abajo

¹⁰ SEDA MORA, Mario. Comentarios al Código de Aguas: La Personalidad Jurídica y Constitución de las Juntas de Vigilancia. P. 20.

grupo de interesados, es lo que se denomina “sección de una corriente natural”.¹¹

Esta situación de hecho que se produce en ciertos ríos, fue tempranamente considerada por el legislador¹², que para evitar dificultades entre los interesados de las diversas secciones, le dio sanción legal, considerando cada sección como una corriente distinta, para los efectos de la distribución. El Código de Aguas tomó este concepto mencionándolo expresamente en dos normas¹³.

- Al legislar sobre las Juntas de Vigilancia señalando en el artículo 263 del citado cuerpo legal, que regularmente dichas Organizaciones agrupan a usuarios que en cualquier forma aprovechen aguas de una misma cuenca u hoya hidrográfica. Así, la regla general es que las Juntas de Vigilancia agrupan a todos los usuarios de una misma cuenca.

¹¹ Ob. Cit. P. 21

¹² La ley 3.390 de 1918, que introdujo reformas al Código Procedimiento Civil, agregó el art. 668 a dicho cuerpo normativo (hoy suprimido), señalando “los cauces naturales que después de agotados cambian de régimen en su trayecto por filtración o afluencias de otras aguas, cada sección en que esto ocurra se considerará como corriente distinta para los efectos de distribución de las aguas.”

¹³ VERGARA BLANCO, Alejandro. “La Cuenca Hidrográfica y el Seccionamiento de los ríos” P. 2.

- El artículo 264 establece una excepción a la regla entregada por la norma precedentemente citada, estableciendo *“en cada sección de una corriente natural que hasta la fecha de promulgación de este código y en conformidad a las leyes anteriores, se considere como una corriente distinta para los efectos de su distribución, podrá organizarse una junta de vigilancia para cada sección de una corriente natural en que se distribuyan sus aguas en forma independiente de secciones vecinas de la misma corriente”*

1.5 Administración y delimitación del cauce natural (como bien de uso público).

Respecto a las competencias de la administración en materia de bienes públicos, el D.L. N° 1939, de 1979, del Ministerio de Bienes Nacionales, en su artículo 1, inc. 2° dispone que *“...El Ministerio ejercerá las atribuciones que esta ley le confiere respecto de los bienes nacionales de uso público, sobre los cuales tendrá, además, un control superior, sin perjuicio de la competencia que en la materia le asignan leyes especiales a otras entidades”*. La norma citada, confiere expresas atribuciones al

Ministerio de Bienes Nacionales sobre bienes nacionales de uso público, lo que no es óbice para que otras instituciones de la administración, ejerzan sobre él las facultades que le otorgan diversos cuerpos normativos. Es el caso de los municipios, tal como prescribe el artículo 5 de la Ley 18.695 Orgánica de Municipalidades; y también la Dirección General de Aguas, según artículos 299 y 300 del Código de Aguas. Así las cosas, los organismos competentes para determinar la naturaleza jurídica de un bien nacional de uso público son, entre otros, los precedentemente señalados, y en especial, el Director General de Obras Públicas, a través de la Dirección de Obras Hidráulicas.¹⁴

Respecto al cauce o álveo utilizado por los ríos, el D.S. N°609 de 1978 del Ministerio de Bienes Nacionales, en su artículo 4 prescribe *“Para los efectos de determinar cuáles son los terrenos que constituyen cauces de los ríos, lagos y esteros, los organismos que deberán actuar en estos casos, considerarán las normas siguientes, sin perjuicio de las demás de orden*

¹⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro. Los cauces naturales como bienes nacionales de uso público. El caso de las corrientes discontinuas formadas por aguas pluviales cuyo cauce cruza varias propiedades ribereñas. Pág. 4

técnico que deban aplicarse.” Con la norma precedentemente citada, es forzoso colegir una repartición dotada de competencia al respecto¹⁵.

Ahora la cuestión es determinar cuáles son los organismos públicos llamados a determinar cuál es el espacio utilizado por el cauce o álveo. A este respecto, el citado D.S. 609 señala en su artículo 3 letras a) y b) *“El Ministerio de Bienes Nacionales fijará por un D.S. los deslindes de los cauces de los ríos, lagos y esteros, de oficio cuando las circunstancias así lo exigieren o a petición del propietario riberano cuando éste lo solicite, en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 842 del Código Civil. Para la fijación de los deslindes indicados se oirá previamente al Departamento de Obras Fluviales de la Dirección General de Obras Públicas¹⁶, quien informará sobre la materia y agregará a su informe técnico un plano de la zona del río, lago o estero cuyo deslinde se trata de fijar, indicando dicho deslinde”*. La referencia efectuada al Departamento de Defensas Fluviales de la Dirección General de Obras Públicas, debe ser entendida en la actualidad al Director General de Obras Públicas, cuestión que

¹⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. Cfr. ob. cit. P. 4.

¹⁶ Texto modificado por el DFL 850 de 1998.

expresamente advierte el inciso tercero de la letra l) del artículo 14 del DFL 850/1997, según la cual le corresponderá al Director General de Obras Públicas: *“l) Asimismo, le compete indicar los deslindes de los cauces naturales con los particulares ribereños para los efectos de la dictación por el Ministerio de Bienes Nacionales del decreto supremo correspondiente”*. La razón de ello, estimamos, estribaría en que siendo competente el Director General de Obras Públicas de construir y conservar las obras de defensa fluviales, debe ser éste quien, asimismo, le indique al Ministerio de Bienes Nacionales los deslindes de los Cauces naturales.¹⁷

Con la norma precedentemente citada, se puede señalar que los deslindes de los cauces naturales son establecidos por el Ministerio de Bienes Nacionales, cuestión que realiza por medio de un Decreto Supremo, el cual debe ser publicado en el Diario Oficial, pudiendo dar origen a reclamaciones dentro del plazo de 60 días de efectuada la publicación. El reclamo se presentará ante el Ministerio, pudiendo posteriormente el afectado recurrir a los tribunales ordinarios de justicia. Este Decreto

¹⁷ ISENSEE RIMASSA, Carlos. Organismos competentes para administrar determinados bienes nacionales de uso público: caminos públicos, vías urbanas y el subsuelo de un cauce de río y estero - Revista de Derecho Público - Vol. 78, 1º Sem. 2013. P. 174.

Supremo se sustenta en un informe técnico del Departamento de Obras Fluviales, dependiente de la Dirección de Obras Hidráulicas, a su vez dependiente de la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio del ramo¹⁸. De este modo, ya sea de oficio o a petición de un propietario ribereño, al Ministerio de Bienes Nacionales le corresponde fijar los deslindes del estero o río, debiendo escuchar previamente al Director General de Obras Públicas, quien le indicará los deslindes del cauce respectivo.¹⁹

Con todo, es preciso destacar que es el legislador quien determina la calidad de bien nacional de uso público del cauce, a lo que cabe agregar que la normativa vigente considera que la existencia y características del mismo son el presupuesto necesario para el ejercicio de la potestad otorgada para la delimitación de éste, tanto del Ministerio de Bienes Nacionales, como de la Dirección General de Aguas, pero sin radicar en alguno de ellos la facultad específica de declarar que un cauce natural tiene la calidad de bien nacional de uso público. Así lo ha determinado la Contraloría General

¹⁸ MANRIQUEZ LOBOS, Gustavo. Apuntes del Curso de Derecho de Aguas. Pág. 32.

¹⁹ ISENSEE RIMASSA, Carlos. Ob. Cit. P. 174.

de la República en dictamen N° 50.157 de 07-11-2007 referido a “Sobre entidad competente para determinar que un cauce natural tiene el carácter de bien nacional de uso público.” En el mismo sentido, nuestros tribunales se han pronunciado utilizando el mismo criterio que la Contraloría, es así como, en causa rol 2.750-2000 dictada el 29 de noviembre del año 2000, la Excm. Corte Suprema señala que “El Ministerio de Bienes Nacionales está legalmente facultado para fijar el cauce del río..., en atención a sus atribuciones legales sobre los bienes nacionales de uso público”, manteniendo en esto el tribunal superior, lo que había resuelto la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago.

Capítulo II

2. La Dirección General de Aguas y la extracción de aguas desde los Cauces Naturales.

Así pues, dilucidado el concepto de cauce, y en especial el cauce natural, como también el tratamiento jurídico que recibe éste, como bien nacional de uso público, junto con los organismos públicos que intervienen en él, se analizarán las facultades que posee la Dirección General de Aguas sobre los cauces naturales

2.1 La Dirección General de Aguas.

La Dirección General de Aguas es un Órgano de la administración Pública que se encarga de “promover la gestión y administración del recurso hídrico en un marco de sustentabilidad, interés público y asignación eficiente, como también de proporcionar y difundir la información generada por su red hidrométrica y la contenida en el Catastro Publico de Aguas con el objeto de contribuir a la competitividad del país y mejorar la calidad de

vida de las personas”²⁰. Depende del Ministerio de Obras Públicas y sus principales facultades y atribuciones se encuentran señaladas, en especial, en los artículos 300 a 302 y en otras normas dispersas dentro del Código de Aguas. Dichas facultades inciden principalmente en materia de aguas, ya sea relativas a la extracción de ellas, como materias conexas con tal recurso, como son la realización de obras en los cauces de ríos y lagos y a la construcción de obras hidráulicas, sea que éstas se sitúen en dichos álveos o no²¹. La Dirección General de Aguas está integrada por

- a. Director General de Aguas, quien a su vez posee dos asesores.
- b. Subdirector de Aguas
- c. Divisiones: Legal, Hidrología, Estudio y Planificación; y Departamentos: Administración de Recursos Hídricos, Conservación y Protección de Recursos Hídricos.
- d. Unidades: de Fiscalización; de Organizaciones de Usuarios y eficiencia Hídrica.
- e. Direcciones Regionales

²⁰ <http://www.dga.cl/acercadeladga/Paginas/default.aspx>

²¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. Atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de extracción de aguas, labores en cauces y construcción de obras hidráulicas. La coordinación administrativa. Pág. 555.

2.2 Facultades de la Dirección General de Aguas en la extracción de aguas en los Cauces Naturales.²²

2.2.1 Policía y Vigilancia en los Cauces Naturales de Uso Público.

El artículo 299 letra c) del Código de Aguas, señala que la Dirección General de Aguas, tendrá la atribución de “Ejercer la policía y vigilancia en los cauces naturales de uso público”. La citada norma, la cual otorga competencia a la Dirección General de Aguas para ejercer dichas funciones, no establece qué debe entenderse por policía y vigilancia, tampoco lo hace alguna otra disposición del referido cuerpo normativo.

Para comprender dichos conceptos y, en definitiva, el alcance de la norma y la correspondiente atribución de la Dirección General de Aguas, se debe recurrir, según las reglas generales, al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En él se establece que policía es “Buen orden que se observa y guarda en las ciudades y repúblicas, cumpliéndose

²² Respecto al desarrollo de este punto, seguiremos de cerca el artículo del profesor Alejandro Vergara, quien aborda el tema en profundidad en su artículo “Atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de extracción de aguas, labores en cauces y construcción de obras hidráulicas. La coordinación administrativa.”

las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno.”. Creemos, por la definición del concepto, que necesariamente se ve involucrado el término “Control”, definido como “Comprobación, inspección, fiscalización, intervención”. Por Vigilancia, el texto citado señala que “es el cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno”, por otra parte señala que el vigilante es “persona encargada de velar por algo”.

Precisado pues, el alcance de las acepciones anteriores (policía y vigilancia), se puede señalar que, conforme a las atribuciones otorgadas por el artículo 299 letra c) del Código de Aguas, la Dirección General de Aguas, tiene el deber de “mantener un permanente cuidado de las aguas en los cauces naturales, denunciando oportunamente a quien corresponda, cualquiera infracción a la normativa vigente, relacionada con dichas aguas, y de la cual tenga noticias en razón de sus tareas habituales.”²³

El artículo precedentemente citado, confiere a la Dirección General de Aguas dos potestades sobre los cauces naturales. En primer lugar la ya

²³ VERGARA BLANCO, Alejandro. Atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de extracción de aguas, labores en cauces y construcción de obras hidráulicas. La coordinación administrativa. Pág. 555.

señalada, cual es la de “ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público”; y, en segundo lugar, la atribución de “impedir que (en los cauces naturales de uso público) se construyan, modifiquen o destruyan obras sin autorización del servicio o autoridad a quien corresponda autorizar su construcción o aprobar su demolición o modificación”.

Por el tenor literal de la norma, queda perfectamente claro que se trata de dos atribuciones distintas, en primer lugar porque ésta integra la conjunción disyuntiva “e” (que por norma gramatical reemplaza a la “y”), además ambas facultades son diferenciables por su objeto: por una parte, la función de ejercer la “policía y vigilancia” dice relación con la necesidad de impedir la extracción de aguas, y por otro lado, la potestad de “impedir la ejecución de obras en los cauces sin la competente autorización”, tiene que ver con la ocupaciones de esas porciones de bienes nacionales de uso público. Ambas potestades no deben confundirse, aún cuando tengan una íntima relación, o del hecho de que, en la práctica, una extracción ilegal de aguas se realice por medio de una obra construida sin la necesaria

autorización; puesto que es posible también, construcciones de obras en cauces con fines distintos a la extracción de aguas (recreativos, defensivos, áridos, etc.), o incluso es posible una extracción de aguas sin la necesidad de construir una obra para ello, sino a partir de medios diversos (motobomba, azuda, etc.).²⁴

En relación con la primera facultad otorgada por el artículo 299 letra c) del Código de Aguas a la Dirección General de Aguas, fluye, de las diversas normas que integran dicho cuerpo legal²⁵, que para extraer legítimamente aguas desde un cauce natural de uso público, o desde un acuífero (esto es en el caso de la extracción de aguas subterráneas), es necesario ser titular de un derecho otorgado por autoridad competente, o de un derecho reconocido por la legislación, y que faculte a quien extrae agua para hacerlo. Y sólo en el caso de ser titular de un derecho de aguas se podrá captar el caudal por el cual se ha otorgado o reconocido el respectivo derecho de aprovechamiento de aguas.

²⁴ Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro. Atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de extracción de aguas, labores en cauces y construcción de obras hidráulicas. La coordinación administrativa Pág 556.

²⁵ Tal como se desprende de los arts. 5, 6, 20, 22, 60 y 130 y siguientes del Código de Aguas, y artículos 19 y 20 de la resolución DGA N° 186, de 1996 para el caso de los derechos otorgados; y de los artículos 7 del D.L. N° 2.603, de 1979 y 181 del Código de Aguas, para el caso de los derechos reconocidos

La Dirección General de Aguas así lo ha comprendido y lo ha manifestado en diversas resoluciones, dictadas en virtud de la facultad de policía y vigilancia que le otorga el art. 299 del Código de Aguas. En ese sentido, la resolución N° 334 del año 1991 que “ordena la cesación inmediata de la extracción ilegal de aguas”, dictaminó que “nadie puede extraer aguas desde un cauce natural de uso público si carece de un título otorgado por autoridad competente que lo faculte para ello; y en caso que tenga tal título, sólo se puede captar el caudal por el cual se le ha otorgado el respectivo derecho de aprovechamiento”. En los casos de dichas extracciones ilegales, la autoridad competente, esto es, la Dirección General de Aguas, al dictar tal resolución se consideró legalmente investida de las facultades necesarias para tomar medidas destinadas a poner fin a dichas irregularidades, invocando los artículos 299 letra c) y 173 del Código de Aguas.²⁶ En el mismo orden de ideas, otra resolución de la Dirección General de Aguas, N° 186 del año 1996, que establece “normas de exploración y explotación de aguas subterráneas”, reitera que, para extraer legalmente aguas desde un acuífero o cauce natural de uso público, se debe

²⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit. P. 556

ser titular del correspondiente derecho de aprovechamiento constituido por la competente autoridad.

Ahora bien, con los preceptos señalados por las resoluciones anteriores, se debe determinar quién está legitimado para extraer aguas. De ellas, es forzoso colegir que quien está legalmente investido para utilizar las aguas es el titular de un derecho de aprovechamiento de aguas. A este respecto se debe distinguir:

- **Derechos de aprovechamiento de aguas constituidos:** Los derechos de aprovechamiento de aguas “constituidos” o concesionales son aquellos que han surgido de una concesión, de un “acto de autoridad”. Es decir, aquellos usos que han sido autorizados en virtud de un acto constitutivo de la administración, son derechos surgidos de una concesión de aguas. El acto de autoridad, que constituye originariamente el derecho, está precedido por una solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas. Dicho acto se materializa en una resolución del Director General de

Aguas que formalmente constituye el derecho y que debe reducirse a escritura pública e inscribirse. Por excepción, la resolución emanará del Presidente de la República, según el artículo 148 del Código de Aguas, otorgando el derecho de aprovechamiento, sin previo remate público, invocando para ello razones de interés público²⁷. Empero, la condición necesaria y suficiente para la existencia de un derecho constituido es la resolución respectiva. La inscripción (así como su presupuesto, este es, la reducción a escritura pública de la resolución) no es un requisito de existencia del derecho sino que, para algunos, sirve a la constitución de la posesión y a la mantención de la historia de la propiedad sobre el derecho²⁸, mientras que, para otros, sólo cumple un rol de certeza jurídica, sirviendo de garantía y prueba de la posesión. De este modo, en este momento, la inscripción no es obligatoria en general y es posible que existan derechos constituidos que no estén inscritos, pues la ley, si bien es imperativa, no establece sanción para su incumplimiento.

²⁷ MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo. Ob. Cit. P. 45

²⁸ En ese sentido Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, tal como lo exponen en su obra “Tratado de Derecho Civil: Partes preliminar y general” p. 120.

- **Derechos de aprovechamiento de aguas reconocidos:** A partir de distintas y especiales situaciones de hecho, la legislación otorga su “reconocimiento” como derechos a determinados usos de agua, ya sea que tales usos se estén produciendo tradicionalmente, o ya sea autorizándolos. Se trata de situaciones de hecho, respecto de las cuales normalmente no existe (y no es necesario) un acto de autoridad. Tales derechos tienen existencia a partir del reconocimiento contenido en la ley. Son derechos de aguas reconocidos: los usos consuetudinarios, los usos mínimos o limitados; y ciertos derechos antiguos que reconoce la legislación vigente. Hoy, jurídicamente, estos derechos reconocidos tienen una protección idéntica a la de los derechos constituidos o concesionales, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política de la República, que los ha puesto en un pie de igualdad con los demás derechos de aguas concesionales, dándoles la misma protección. No importa el origen de los derechos de aguas, pues hoy en día tienen la misma protección, el mismo lugar ante el derecho²⁹.

²⁹ VERGARA BLANCO, Alejandro. Atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de extracción de aguas, labores en cauces y construcción de obras hidráulicas P. 168

Así las cosas, están facultados para extraer legítimamente aguas desde un cauce natural de uso público todos los titulares de un derecho real de aprovechamiento de aguas, sean estos constituidos o reconocidos por el ministerio de la ley.

2.2.2 La Policía y Vigilancia en cauces en los que se encuentran constituídas Juntas de Vigilancia.

Ahora bien, como se mencionó en el primer capítulo cuando se abordó el tratamiento jurídico del cauce, los usuarios de aguas de un cauce o de una sección de éste, pueden agruparse en una corporación denominada Junta de Vigilancia.

Las Juntas de Vigilancia son personas jurídicas de derecho privado, aprobadas por el Presidente de la República, destinadas a regularizar el ejercicio de los diversos derechos de aprovechamiento constituidos sobre

una misma cuenca u hoya hidrográfica o sobre una misma sección independiente de la corriente natural.³⁰

Las funciones de la Junta de Vigilancia son: Regir y cuidar las aguas a que tienen derecho sus miembros en los cauces naturales bajo su tutela; dividir las aguas que son conducidas por la corriente natural bajo su jurisdicción, entre todos los interesados que tienen derechos constituidos en dicho cauce, en cantidad y proporción correspondiente a sus derechos; la obligación de obtener el mayor y mejor rendimiento y utilidad de las obras de aprovechamiento común existentes en el cauce natural bajo su órbita; y mantener y cuidar las obras existentes en el curso natural, las cuales logran que sus miembros obtengan un aprovechamiento integral y pacífico de las aguas sobre las cuales poseen derechos.³¹ Pero el fin específico que el legislador otorga a estas instituciones (que logran confundirse con su objeto), es el de velar por el reparto equitativo de las aguas entre sus diversos miembros, evitando con ello las dificultades de cualquier orden, a la vez que logra un aprovechamiento integral de dichas aguas, lo que

³⁰ SEDA MORA, Mario. Comentarios al Código de Aguas: La Personalidad Jurídica y Constitución de las Juntas de Vigilancia. P. 24.

³¹ Cfr. SEDA MORA, Mario Ob. Cit. P. 24

favorece la producción integral y agrícola, incrementando con ello la riqueza nacional, meta que en el fondo, es de interés y de orden público.³²

Así las cosas, atendida la finalidad que persigue una junta de vigilancia, esto es, la administración y distribución armónica de las aguas conducidas por el cauce natural, es forzoso determinar el rol que, tanto la Junta como la Dirección General de Aguas, tendrán sobre las aguas del cauce y su extracción.

En ese sentido, el artículo 299 letra c) del Código de Aguas, que le otorga la función de policía y vigilancia a la Dirección General de Aguas, debe armonizarse con algunos preceptos que contiene dicho cuerpo normativo, sobre todo con aquellas que le da facultades a las juntas de vigilancia para distribuir las aguas, artículos 266, 268 y 278 n° 1 y 2³³ del

³² SEDA MORA, Mario. Ob. Cit. P. 24

³³ Art. 266. Las juntas de vigilancia tienen por objeto administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en las fuentes naturales, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común y realizar los demás fines que les encomiende la ley. Podrán construir, también, nuevas obras relacionadas con su objeto o mejorar las existentes, con autorización de la Dirección General de Aguas.

Art. 268. El total de los derechos de aprovechamiento constituidos en junta de vigilancia, se entenderá dividido en acciones que se distribuirán entre los interesados, en proporción a sus derechos.

Art. 278. Los repartidores de agua tendrán las siguientes atribuciones y deberes:

1. Cumplir los acuerdos del directorio sobre distribución de aguas, turnos y rateos, conforme a los derechos establecidos, y restablecerlos inmediatamente que sean alterados por actos de cualquiera persona o por accidente casual, denunciando estos hechos al directorio;

Código de Aguas. En el mismo orden de ideas, especial atención merece el citado art. 278 n° 2, que le entrega al directorio, a los repartidores de aguas y a los celadores (todos estos integrantes de una Junta de Vigilancia), la facultad de *“velar porque el agua no sea sustraída o usada por quienes carezcan de derechos”*. Luego, el mismo código agrega en el artículo 279 *“Los celadores tendrán las atribuciones y deberes que fije el directorio o el repartidor de agua, en conformidad a los estatutos u ordenanzas y, en especial, ejercerán la policía y vigilancia para la justa y correcta distribución de las aguas, con arreglo a los derechos establecidos y a los acuerdos adoptados, debiendo dar cuenta inmediata de toda alteración o incorrección que notaren.”*. De las normas precedentemente citadas, es forzoso colegir que, como la ley entrega la atribución exclusiva de distribución del agua a las Juntas de Vigilancia, y dado que en ejercicio de tal atribución tales órganos deben impedir la extracción ilegal de aguas, no podría la Dirección General de Aguas, en uso de su atribución de policía y vigilancia, al mismo tiempo, ejercer atribuciones paralelas a la junta de

2. Velar porque el agua no sea sustraída o usada por quienes carezcan de derechos y, para que vuelva al cauce aquella empleada en usos no consuntivos;

vigilancia.³⁴ Empero lo anterior no es óbice para que el mencionado organismo ejerza la facultad de policía y vigilancia respecto de las extracciones ilegítimas de las aguas, pero siempre y cuando ello no implique una intromisión en las facultades privativas de las juntas de vigilancia, esto sin perjuicio de las facultades de supervigilancia que posee la Dirección General de Aguas, para controlar y supervisar estas organizaciones de usuarios, tal como lo establece el artículo 283 del Código de Aguas.³⁵

Así las cosas y en virtud de lo mencionado anteriormente se debe distinguir:

A. Cauces Naturales, o secciones de éste, en el que exista una Junta de Vigilancia.

En este caso, le corresponde a la Junta de Vigilancia distribuir el agua que escurre por el cauce natural, esto en virtud de las normas del

³⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. cit. P. 559

³⁵ Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit. P. 560

Código de Aguas precedentemente citadas, y, por lo tanto, le compete a dicha organización, sin perjuicio de las atribuciones de la Dirección General de Aguas, velar por la legítima extracción de las aguas, y ejercer la “policía y vigilancia” para la equitativa distribución de las agua entre quienes tengan derechos sobre ellas³⁶. Frente a estos hechos, se pueden presentar tres situaciones:

a. Impedir extracciones ilegales de aguas, por medio de atribuciones directas, auxilio de la fuerza pública o denuncias penales.

Frente a un hecho ilícito de extracción de aguas (por quien carezca de un derecho de aprovechamiento sobre ellas, o siendo titular de éste, extraiga más agua de la que le corresponda en virtud de él), podrá la junta de vigilancia aplicar una serie de medidas, ya sea directas o por medio de la justicia penal.

- Por medio del Directorio y del Repartidor de Aguas, aplicar multas o privar del agua al asociado respectivo.

³⁶ Ob. Cit. P. 560

- Solicitar el auxilio de la fuerza pública, por intermedio del Juez, tal como lo autoriza el artículo 281 del Código de Aguas.
- A través de un acuerdo del Directorio, puede éste o su presidente accionar ante la justicia penal. Así, puede formular ante el Ministerio Público, la autoridad policial o el Tribunal, las denuncias que eventualmente pudieren corresponder a los delitos tipificados en los artículos 459 a 461 del Código Penal, los cuales son de acción penal pública.³⁷

Pues bien, conviene analizar en este punto las facultades del Repartidor de Aguas, el cual es conocido popularmente como “juez de aguas”, puesto que es él quien realiza, efectivamente, las funciones de policía y vigilancia encomendada a las Juntas, como parte integrante de éstas. Los orígenes de esta importante figura de las Juntas de Vigilancia data del período incaico, existía la figura del *Kuraca*, a cargo de los repartos del agua a nivel comunal, organizando los sistemas de turno a las familias tributarias de su *ayllu* o comunidad. También poseía, por facultad ancestral a su rango, la función de mediador y moderador en las

³⁷ VERGARA BLANCO, Alejandro. Cfr. Ob. Cit. P. 560

disputas familiares y comunales por derechos de agua o tierras, y representaba a la comunidad en eventuales conflictos con *ayllus* vecinos. A partir del siglo XVI las funciones del Kuraca son reemplazadas por una nueva figura, el Alcalde de Aguas. Originalmente fueron escogidos por la comunidad y no percibían pago, cuestión que cambió en 1622, producto de una gran sequía en la zona central de nuestro país, el Cabildo instaura a un Alcalde de Aguas, que debe servir con “Vara de Justicia”, a esta persona también la denominaron Juez de Aguas. El Cabildo mantuvo la nominación de Jueces de Agua durante el siglo XIX hasta 1823. Durante el Gobierno de Ramón Freire se agregó el Juzgado de Aguas al de Policía Rural, con lo que se suprimió el cargo de Juez de Aguas, sin embargo, su existencia se mantuvo vigente en algunos Estatutos de Sociedades y Asociaciones de Canalistas. En 1840 la Sociedad del Canal de Maipo define a los “jueces repartidores de aguas”. En 1872 se dicta la *“Ordenanza sobre la distribución de las aguas en los ríos que dividen provincias o departamentos”*, que regula expresamente los deberes, facultades y derechos reconocidos a los Jueces de Agua. El primer Código de Aguas

de 1951 los denomina Repartidores de Agua, con deberes y atribuciones muy similares a las de hoy, manteniendo la exigencia de tener la calidad de Ingeniero Civil titulado, a menos que el directorio, por unanimidad, decida otra cosa (artículo 277). En la actualidad, las atribuciones del Repartidor están establecidas en el artículo 278 del Código de Aguas el que señala: *“Los repartidores de agua tendrán las siguientes atribuciones y deberes:*

“1. Cumplir los acuerdos del directorio sobre distribución de aguas, turnos y rateos, conforme a los derechos establecidos, y restablecerlos inmediatamente que sean alterados por actos de cualquiera persona o por accidente casual, denunciando estos hechos al directorio.”

Respecto a esta atribución podemos señalar que, al repartidor, le corresponde practicar la división de las aguas en el orden o alternativa acordada por el Directorio de la Junta, siempre respetando los derechos establecidos a los miembros en los estatutos, esto para un mejor aprovechamiento del recurso hídrico.³⁸

³⁸ OCHAGAVÍA VALDÉS, Luis. Comentarios al Código de Aguas: Funcionamiento de las Juntas de Vigilancia. P. 130.

2. *Velar porque el agua no sea sustraída o usada por quienes carezcan de derechos y, para que vuelva al cauce aquella empleada en usos no consuntivos.* Esto implica tres obligaciones para el Repartidor: vigilancia sobre el agua para evitar su sustracción; controlar que su uso se destine al objetivo indicado en la resolución que otorga el derecho de aprovechamiento; y velar porque el agua destinada a usos no consuntivos vuelva al caudal correspondiente.

3. *Denunciar a la Justicia Ordinaria las sustracciones de agua de los cauces matrices y las destrucciones o alteraciones de las obras existentes en los álveos de dichos cauces. En los juicios a que den lugar estas denuncias, el repartidor de agua tendrá la representación de la junta, sin perjuicio de la comparecencia y actuación de ésta.* Esta facultad permite al Repartidor de Agua velar por el mantenimiento de las distribuciones de agua realizadas, mediante la denuncia a la justicia ordinaria de aquellos delitos de usurpación de agua y la destrucción o alteración intencional de las obras existentes en los álveos de los cauces.³⁹

³⁹ OCHAGAVÍA VALDÉS, Luis. Ob. Cit. P. 131.

4. *Cumplir las órdenes del directorio sobre privación de agua a los canales o titulares de derechos de aprovechamiento que no hayan pagado sus cuotas.* En virtud de esta facultad, el Repartidor deberá realizar prácticamente las privaciones de aguas a quienes no cumplan con la obligación de pagar sus cuotas. Este punto tiene directa relación con la atribución del Repartidor de Agua respecto a la distribución del recurso hídrico.⁴⁰

5. *Vigilar la conservación de los cauces de la hoya y la construcción y conservación de las compuertas, bocatomas y demás obras que estén sometidas a la junta.* Esta facultad hace responsable al Repartidor de Agua del control y vigilancia de las obras destinadas a distribuir las aguas.

6. *Solicitar con arreglo a lo dispuesto en el artículo 242 el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir las obligaciones que le incumban.*

Respecto a esto, el legislador estimó pertinente dotar al Repartidor de Agua, al igual como hizo con el Directorio de la Junta, de todas las

⁴⁰ Cfr. OCHAGAVÍA VALDÉS, Luis. Ob. Cit. P. 131.

armas legales conducentes a hacer efectiva su labor, entre las que cuenta, en forma importante, el auxilio de la fuerza pública.⁴¹

7. Ejercitar los demás derechos y atribuciones que señalen los estatutos.

Una vez más la ley deja entregada al libre arbitrio de una Junta, la complementación de las atribuciones y deberes de alguna de sus autoridades, permitiendo que sean los estatutos fuente adicional de derechos y obligaciones para los componentes de la misma.⁴²

b. Fiscalización de la Dirección General de Aguas a la distribución que realiza la Junta de Vigilancia

Ahora bien, puede ocurrir que la Junta de Vigilancia no desempeñe fielmente la facultad que la ley le otorga, de velar por la equitativa distribución entre los usuarios de agua extraída desde el cauce o sección de éste donde tenga tal atribución. En ese caso existe la posibilidad de que la Dirección General de Aguas, ejerciendo su facultad de “supervigilancia” sobre el funcionamiento de las Juntas de Vigilancia,

⁴¹ OCHAGAVÍA VALDÉS, Luis. Ob. Cit. P. 132.

⁴² OCHAGAVÍA VALDÉS, Luis. Ob. Cit. P. 132.

según prescribe el art. 299 letra d) del Código de Aguas, y ante la solicitud de un afectado, fiscalice a dicha organización de usuarios, tal como lo establecen los artículos 283 a 293 del citado cuerpo legal. Si el resultado del ejercicio de la fiscalización por parte de la Dirección General de Aguas, arrojase que la Junta de Vigilancia no impide las extracciones ilegales de aguas desde el cauce, podrá dicho Servicio, previa petición, intervenir a la junta en la función de distribuir las aguas, esto en virtud del artículo 293 del Código de Aguas.⁴³ Creemos además, que la Dirección General de Aguas, además de actuar a solicitud de parte, puede actuar de oficio, imponer multas y hacer las denuncias correspondientes en la justicia penal.

c. Redistribución en caso de extraordinaria sequía.

El artículo 314 inc. 1 y 2, establece que, en épocas de extraordinaria sequía, el Presidente de la República, a petición o con informe de la Dirección General de Aguas, puede declarar zonas de escasez por períodos máximos de seis meses, no prorrogables. Declarada esta

⁴³ VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit. P. 560

condición, dicho Servicio está facultado para intervenir en la distribución de las aguas superficiales, cuando se estime necesario (lo que en condiciones normales es de competencia del sector privado, a través de las juntas de vigilancia), o autorizar la extracción de recursos superficiales y subterráneos sin necesidad de constitución legal, entre otras medidas⁴⁴. En el caso de presentarse esta situación (en la actualidad lamentablemente más recurrente de lo que se quisiera), podrá la Dirección General de Aguas, no solo impedir la extracción ilegal de aguas desde un cauce, sino que además ejercerá la facultad amplia de redistribuir las aguas, en reemplazo de las Juntas de Vigilancia.⁴⁵

B. Cauces Naturales, o secciones de éste, en el que no exista una Junta de Vigilancia.

En este caso, deberá la Dirección General de Aguas ejercer la facultad de “policía y vigilancia” que le encomienda el art. 299 letra c)

⁴⁴ NUÑEZ, Jorge y otros. “Chile a secas: La vulnerabilidad chilena frente a la sequía y déficit hídrico desde la interfaz ciencia –política”. P. 13.

⁴⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. Cfr. Ob. Cit. P. 560.

del Código de Aguas, impidiendo las extracciones ilegales, esto porque no existe una distribución de aguas por alguna organización de usuarios. En virtud de lo anterior, y al no existir propiamente tal una distribución en los cauces en los que no se haya constituido una organización de usuarios, corresponde plenamente a la Dirección General de Aguas velar porque no se realicen extracciones ilegítimas de aguas y, solo en el caso de extraordinaria sequía le correspondería hacerse cargo de la distribución, según lo dispone el artículo 315 del Código de Aguas.

2.3 Autorización para realizar obras en general en los cauces naturales

En el capítulo anterior del presente trabajo, se entregó una definición de cauce natural, además de la propia que da nuestra legislación en el artículo 30 del Código de Aguas. Ahora bien, el constante desarrollo urbano y vial, obliga al hombre a realizar una serie de obras para mejorar la conectividad, el bienestar social y la seguridad de su entorno. Como ya se mencionó, la humanidad genera sus polos de desarrollo en

torno a las fuentes de aguas, que le proveen el sustento, pero ante el carácter indómito de la naturaleza, también lo puede exponer a peligros (inundaciones). Por otro lado, la escasez del agua obliga al ser humano a construir ciertas obras para aprovechar eficientemente el recurso hídrico.

Así las cosas, nuestra legislación ha recogido esta necesidad, y en los artículos 32, 41 y 42 del Código de Aguas⁴⁶, regula las construcciones de obras y modificaciones de cauces⁴⁷. Del análisis de dichos arts., es posible señalar las atribuciones que posee la Dirección General de Aguas respecto a esta materia, a saber.

⁴⁶ Art. 41. El proyecto y construcción de las modificaciones que fueren necesarias realizar en cauces naturales o artificiales, con motivo de la construcción de obras, urbanizaciones y edificaciones que puedan causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas, serán de responsabilidad del interesado y deberán ser aprobadas previamente por la Dirección General de Aguas de conformidad con el procedimiento establecido en el párrafo 1 del Título I del Libro Segundo del Código de Aguas. La Dirección General de Aguas determinará mediante resolución fundada cuáles son las obras y características que se encuentran en la situación anterior. Se entenderá por modificaciones no sólo el cambio de trazado de los cauces mismos, sino también la alteración o sustitución de cualquiera de sus obras de arte y la construcción de nuevas obras, como abovedamientos, pasos sobre o bajo nivel o cualesquiera otras de sustitución complemento. La operación y la mantención de las nuevas obras seguirán siendo de cargo de las personas o entidades que operaban y mantenían el sistema primitivo. Si la modificación introducida al proyecto original implica un aumento de los gastos de operación y mantención, quien la encomendó deberá pagar el mayor costo.

⁴⁷ MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo. Ob. Cit. P. 33

a. Autorizar modificaciones en cauces naturales para la realización de obras en general.

Para efectos de realizar tales modificaciones, es preciso que el interesado, el cual puede ser una persona natural o jurídica, cuente con la autorización de la Dirección General de Aguas, por lo que previamente, debe presentar los proyectos correspondientes para su aprobación a dicho organismo público. Ahora bien, si se trata de labores destinadas a regularización o defensas en los cauces, el proyecto debe contar además, con la aprobación del Dirección de Obras Fluviales del Ministerio de Obras Públicas, esto en virtud del artículo 171 del Código de Aguas.⁴⁸ El fundamento para exigir la autorización es “impedir que la ejecución de estas obras embarace el goce de las aguas por sus usuarios”.⁴⁹ En el mismo orden de ideas, otorgada la autorización por la Dirección General de Aguas, el solicitante debe constituir una garantía a favor del fisco, esto en virtud del art. 297 del Código de Aguas, dicha

⁴⁸ Cfr. VERGARA BLANCO. Alejandro. Ob. Cit. P. 565.

⁴⁹ Al respecto, la historia pre-legislativa del artículo 41 del Código de Aguas tiene su antecedente en el artículo 333 del Código de Aguas de 1967, cuyo texto fue aprobado por el decreto con fuerza de ley N° 162, de 1969, del Ministerio de Justicia, el que fue agregado en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° de la ley N° 17.280, de 17 de enero de 1970.

caución tiene como objeto “financiar los costos de la eventual modificación o demolición de las obras, para que no constituyan peligro, si fueren abandonadas durante su construcción”⁵⁰.

Corresponde determinar qué entiende la ley por modificaciones, en ese sentido, el inc. 2º del citado artículo 41 da un concepto al respecto “*Se entenderá por modificaciones no sólo el cambio de trazado de los cauces mismos, sino también la alteración o sustitución de cualquiera de sus obras de arte y la construcción de nuevas obras, como abovedamientos, pasos sobre o bajo nivel o cualesquiera otras de sustitución o complemento.*” Aclarado pues, por el mismo legislador, qué se entiende por modificaciones, es forzoso colegir que todas aquellas modificaciones que sean necesarias efectuar en los cauces naturales, con motivo de la construcción de “obras públicas, urbanizaciones, edificaciones y otras obras en general”, deben ceñirse al procedimiento del artículo 171 del Código de Aguas. Se excluyen entonces de este procedimiento todas las obras hidráulicas, que tienen su propio procedimiento de aprobación, según si tales obras hidráulicas

⁵⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit. P. 579.

son de captación, conducción o embalse (art. 38 y 151) o si son de una gran envergadura (art. 294), sea que ocupen o no cauces naturales, sea que lo modifiquen o no.⁵¹ Este tema se abordará más adelante.

A contrario sensu, la Dirección General de Aguas tiene la facultad de impedir la construcción, modificación o destrucción de obras en cauces naturales si se carece de la respectiva autorización. Esto no es sino reflejo la facultad de policía y vigilancia que se analizó anteriormente, y posibilita a la Dirección General de Aguas a *“emitir pronunciamientos especiales ante casos concretos de usos de cauces naturales, pudiendo accionar civil o penalmente, en su caso, en contra del infractor”*.⁵² En el mismo orden de ideas, en el caso de que se ejecuten dichas obras sin contar con la autorización correspondiente, de conformidad a lo expresado en el artículo 172, dicho servicio tiene la facultad de apercibir al infractor para que modifique o destruya las obras, y si no se cumpliera dicha orden, se puede imponer una multa mínima de 100 y máxima de 1.000 Unidades Tributarias Anuales

⁵¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit. P. 579.

⁵² VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit. P. 565.

(UTA), y además encomendar a terceros la ejecución de lo ordenado. Cabe hacer presente que los criterios para determinar la imposición de la multa son, la magnitud del entorpecimiento ocasionado al libre escurrimiento de las aguas o el peligro para la vida o salud de los habitantes, criterios que finalmente quedan a la discrecionalidad de la autoridad.⁵³

a.1. La situación particular en el otorgamiento de los nuevos derechos

Ahora bien, la Dirección General de Aguas, con ocasión del otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas, concede, por mandato legal, derechos anexos al de aprovechamiento para que el titular pueda hacerlo efectivo. En ese sentido el artículo 26 del Código de Aguas señala *"El derecho de aprovechamiento comprenderá la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo"*. De la norma precedentemente citada se desprende que la ley

⁵³ MALLEA ÁLVAREZ, María Isabel. "Protección de las Aguas en Chile: Avances hacia una gestión integrada de los recursos hídricos". P. 48.

otorga, conjuntamente con el derecho de aprovechamiento, la concesión de terrenos de dominio público (tal como es el caso de los cauces naturales de aguas corrientes), lo que emana de la ley por lo que, se comprenderá en el acto de autoridad que otorga el derecho de aprovechamiento de aguas, convirtiéndose así en un “*acto administrativo bifronte*” pues junto con otorgar el derecho de aguas, concede los terrenos necesarios para las obras en un cauce, siendo por si solo este título habilitante para ocupar en forma permanente, en la medida que sea necesario, un bien público como son los cauces naturales o álveos.⁵⁴ Es importante señalar que además, en la resolución que concede el derecho de aprovechamiento, que como ya se explicó, lleva implícita la concesión de uso de tal bien público⁵⁵. Estimamos sin embargo, que el acto administrativo no contiene la autorización para la construcción de las obras hidráulicas necesarias para hacer uso del derecho, siendo necesario, para obtener dicho permiso, pedir la autorización correspondiente según las reglas generales.

⁵⁴ VERGARA BLANCO. Alejandro. “Competencia Administrativa para autorizar el uso y construcción de obras hidráulicas en cauces naturales. El caso de los pozos de exploración y explotación de aguas subterráneas” p. 169

⁵⁵ VERGARA BLANCO Alejandro. “Atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de extracción de aguas, labores en cauces y construcción de obras hidráulicas. La coordinación administrativa. Pág. 566.

a.2. La utilización y extracción de áridos en los cauces naturales.

Enmarcado dentro de la autorización por parte de la Dirección General de Aguas para realizar obras en los cauces naturales (ya sea por solicitud para ejecutar labores en el álveo o por el acto de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas), se contempla la posibilidad de la utilización de los áridos que se encuentran en el cauce para la ejecución de las obras de extracción de aguas. El Código de Aguas en el artículo 153, señala que, la aprobación de los proyectos por parte de la Dirección General de Aguas confiere al solicitante una serie de derechos, entre ellos el de *“proveerse en el punto en que está ubicada la bocatoma, de la piedra y arena necesarias para las obras destinadas a la captación de las aguas”*. Ahora bien, analizando la ubicación de la norma dentro del Código de Aguas y por mención expresa del artículo 151 de dicho cuerpo normativo, es forzoso colegir que la utilización de los áridos se refiere únicamente a las obras de “captación”, y esta facultad excepcional debe entenderse limitada a la

obtención de la piedra, ripio o arena estrictamente necesarias para dichas labores, quedando fuera del precepto las que fuesen destinadas a las demás obras de conducción o almacenamiento de las aguas que no puedan considerarse como de captación de ellas.⁵⁶

Es necesario hacer mención a la explotación de áridos desde cauces naturales con fines diferentes al mencionado en el párrafo anterior (comerciales principalmente). En ese sentido, las municipalidades pueden otorgar “concesión municipal” para la extracción de áridos en los cauces naturales, dado que ellas administran, en general, estos bienes nacionales de uso público (artículos 5 letra c), 32, 58 letra i) y 69 letra b) de la ley N° 18.695, de 1988, Orgánica Constitucional de Municipalidades). El DFL N° 850 del Ministerio de Obras Públicas, en su Art. 14 letra l) señala que la explotación de ripios y arenas en los cauces naturales, se deberá efectuar con permiso de los Municipios correspondientes, previo informe técnico favorable del Ministerio de Obras Públicas, a través del Departamento de Obras Fluviales de la

⁵⁶ VERGARA DUPLAQUET, Ciro. Comentarios al Código de Aguas: Generalidades. P. 44.

Dirección General de Obras Públicas⁵⁷. A su vez, el D.S. N°609 del Ministerio de Bienes Nacionales, en su Art. B (9) y (10) determina que cualquier concesión para extraer arena o ripio de un cauce natural (ríos, esteros o lagos), deberá ser previamente informada por el Departamento de Obras Fluviales de la Dirección General de Obras Públicas. El artículo 171 del Código de Aguas previene que las personas naturales o jurídicas que desearan efectuar modificaciones en cauces naturales o artificiales con motivo de la construcción de obras públicas, urbanizaciones, edificaciones y otras obras en general, deberán presentar los proyectos correspondientes a la Dirección General de Aguas para su aprobación. En definitiva, la legislación vigente relativa a la extracción de áridos desde los cauces naturales determina que son los municipios los organismos que otorgan los permisos administrativos y concesiones de extracción. Para ello, previamente se debe contar con la aprobación técnica de la Unidad de Defensas Fluviales y la autorización de la Dirección General de Aguas. Las municipalidades podrán cobrar derechos por los permisos que otorguen para la extracción de arena,

⁵⁷ Las Resoluciones DGOP N° 194 del 23-06-00 y DGOP N° 333 del 31-10-00, derogaron la Resolución DGOP N° 293, delegando en la Dirección de Obras Hidráulicas, las facultades relacionadas con las Obras Fluviales que posee la DGOP.

ripió o materiales, de bienes nacionales de uso público o desde pozos lastreros de propiedad particular, salvo cuando se trate de materiales destinados a la ejecución de obras públicas, esto en virtud del art. 98 del DFL 850 del año 1997.

b. Autorizar el uso de un cauce natural para conducir aguas de aprovechamiento particular

Esta posibilidad está contemplada en el artículo 39 del Código de Aguas, el cual señala en su inc. 1 *“Las aguas de aprovechamiento particular podrán vaciarse en cauces naturales de uso público para ser extraídas en otra parte de su curso, previa autorización de la Dirección General de Aguas.”* Ahora bien, para poder hacer uso del cauce para transportar aguas correspondientes a derechos de terceros ajenos al cauce, se debe cumplir con ciertos requisitos. En primer lugar contar con la autorización de la Dirección General de Aguas, cuya tramitación debe ceñirse al procedimiento contemplado en el artículo 130 y siguientes del Código de Aguas; tanto los gastos como los perjuicios

que se produzcan con ocasión de la introducción y posterior extracción de las aguas serán de cargo del concesionario, si ellos fueren varios, los costos se prorratearán entre ellos; el concesionario está impedido extraer del cauce un caudal mayor al vaciado, considerando las mermas producidas por la evaporación e infiltración, la distancia recorrida y las características del álveo o lecho⁵⁸. Podrá oponerse a la solicitud la Junta de Vigilancia del cauce o sección de éste en el que se va a descargar el agua, si existe, esto en razón de que es dicha organización de usuarios la encargada de administrar y distribuir el recurso hídrico entre los usuarios en una determinada cuenca, por lo que es de toda lógica poner en conocimiento de ésta, la solicitud presentada, ya que es la Junta quien ejerce la supervigilancia de todos los derechos de agua sobre una determinada hoya hidrográfica.⁵⁹

⁵⁸ FIGUEROA CONTRERAS, Demetrio. “De las mercedes de aguas en general y en particular. p. 244.

⁵⁹ Cfr. FIGUEROA CONTRERAS, Demetrio. Ob. Cit. p. 247.

Capítulo III

3. La Dirección General de Aguas y las Obras Hidráulicas: Construcción y Operación.

Las obras hidráulicas son indispensables para el ejercicio del derecho de aprovechamiento, para mejorar la seguridad de existencia de las aguas, para evitar destrucciones en períodos de lluvias o derretimientos de nieve excesivos, para recuperar la calidad usable de las aguas, y en general, para todo aquello que dice relación con ésta.⁶⁰ Ahora bien, se entiende por obras hidráulicas como “aquellas instalaciones técnicas en las que se toman medidas para la explotación y utilización de los recursos hídricos, así como la protección contra sus efectos perjudiciales”⁶¹

Ahora bien, nuestra legislación se preocupa de determinar quién debe decidir la construcción de la obra, quién soporta el costo de la construcción y los órganos del Estado que intervienen en la aprobación, supervisión y

⁶⁰ FIGUEROA DEL RIO, Luis. “Curso de Derecho de Aguas”. P. 125.

⁶¹ DIAZ SAHR, Ignacio. “Régimen Jurídico Ambiental de Proyectos Hidroeléctricos”. P. 39.

operación de las obras. Para efectos de este trabajo, nos avocaremos a determinar la labor de la Dirección General de Aguas a este respecto.

3.1. Reseña histórica de las obras hidráulicas en Chile.

Cuando Diego de Almagro descubre Chile en 1536, observa con gran atención los ingeniosos sistemas de regadío que los nativos poseen para irrigar las tierras, posteriormente, ya en la conquista y la colonia, los españoles se valen de dichas obras para continuar con la labor agrícola, junto con desarrollar nuevas obras de regadío y canalización⁶². En el siglo XIX, luego del nacimiento de nuestro país como nación independiente, son los particulares quienes, con gran tesón, construyen numerosos canales para el regadío, lo que permitió incorporar más tierras y multiplicar la producción agrícola, en ese sentido es destacable , entre otros, el Canal de Mallea, el cual, para llevar las aguas del río Mapocho al valle de Curacaví, fue necesario construir túneles para atravesar parte de la cordillera de la costa.⁶³ Ahora bien, es a fines de dicho siglo e inicios del

⁶² VERGARA BLANCO, Alejandro. “Derecho de Aguas Tomo II”. P. 415.

⁶³ FIGUEROA DEL RIO, Luis. “Curso de Derecho de Aguas” p. 126

siglo XX cuando el Estado comenzó a intervenir en la construcción de tranques y canales, por medio del Ministerio de Industrias y Obras Públicas, intervención que un principio fue esporádica y no fue hasta 1928, con la dictación de la Ley General de Regadío, que se consolida la participación estatal en la construcción de obras hidráulicas, regulando las relaciones entre el Estado y los particulares beneficiados. Desde la década del cuarenta y hasta los setenta, nadie discute la activa participación estatal en la construcción de obras de regadío, hidroeléctricas, de cuidado de los cauces, y se dictan leyes para determinar la forma de proceder y hacer participar directamente a los beneficiados con las obras en el pago, de al menos, parte del costo de las obras.⁶⁴ Luego, con la implementación de la economía social de mercado y el principio de subsidiariedad, se establece que las obras que realice el Estado deben ser evaluadas de forma tal que se ejecuten cuando los particulares no sean capaces de realizarlas y cuando éstas sean económica y socialmente rentables, cuestión que provocó una paralización en la construcción de obras de riego, lo que se revirtió a fines de los ochenta, cuando se tomó conciencia de “la necesidad impostergable de ejecutar un plan sistemático de obras de regulación en las cuencas

⁶⁴ FIGUEROA DEL RIO, Luis. Ob. Cit. P. 126

hidrográficas, para poner a disposición del país los recursos de aguas destinados a satisfacer las crecientes y diversas demandas de múltiple uso que impone su desarrollo económico y social.”⁶⁵ Ahora bien, respecto a las obras hidroeléctricas, éstas también fueron en sus inicios desarrolladas por particulares, luego el Estado comenzó poco a poco a intervenir en esta actividad hasta que a mediados del siglo XX pasó a ser totalmente estatal. Hoy en día las obras hidroeléctricas constituyen una actividad totalmente desregulada, no estatal y que se desarrolla con capitales íntegramente de privados.

Ahora bien, la regulación por parte de la legislación de las obras hidráulicas, cobró importancia con ocasión de la tragedia ocurrida en 1965 en la localidad de El Cobre, en las cercanías de La Calera. En dicho lugar, luego de la ocurrencia de un terremoto, cedió el tranque de relaves de la mina El Soldado, provocando un aluvión que devastó la aldea, cobrando la vida de 140 personas. Por ello, primero se dictó el Reglamento de Policía y Seguridad Minera, siendo responsable de su aplicación el Servicio Nacional de Geología y Minería, y después, en 1981 nuestro Código de Aguas en su

⁶⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit. P. 417

art. 294 somete a la autorización de ciertas obras hidráulicas de envergadura, a la autorización por parte de la Dirección General de Aguas.

3.2. Las Obras hidráulicas de Captación en los cauces naturales.

El artículo 25 del Código de Aguas señala que *“El que tiene un derecho de aprovechamiento lo tiene, igualmente, a los medios necesarios para ejercitarlos”*. De este modo, se contempla la facultad del titular del derecho de aprovechamiento la construcción de diversas obras que le permitan hacer uso de las aguas sobre las cuales tiene o detenta el derecho. En ese sentido, el legislador cuidó especialmente de proveer al titular de los instrumentos legales y materiales para ejercitar su derecho y le permitan efectivamente utilizar el recurso hídrico⁶⁶. Dentro de las posibilidades otorgadas para dichos efectos por la ley, está la facultad de construir las obras necesarias en los cauces para la extracción de las aguas.

Las obras de extracción de aguas están sometidas al procedimiento del artículo 151 y siguientes. La presentación de la solicitud para que se

⁶⁶ Cfr. VERGARA DUPLAQUET, Ciro. “Generalidades”. P. 39

otorgue un derecho de aprovechamiento sobre aguas de un determinado cauce o sección de éste, y con posterioridad, el otorgamiento de éste, generan la necesidad de imponer los derechos anexos al de aprovechamiento, lo que debe hacerse de acuerdo a las normas respectivas. En la ejecución de las obras, en forma previa, el ejercicio de cada uno de los derechos anexos está sujeto en cada y todo caso, al pago de una indemnización previa al perjudicado, de parte del solicitante, monto que se fijará de común acuerdo, o en subsidio, por el juez competente.⁶⁷

En el mismo orden de ideas, las proporciones de la obra proyectada para la extracción de las aguas, deberá guardar “directa relación entre los caudales que dan cuenta los derechos de aprovechamiento y los planos de la bocatoma, puesto que la obra debe permitir la captación final de no más agua que la que se tiene derecho a extraer de la fuente”.⁶⁸ El proyecto, además, deberá considerar la manera cómo se mantendrá el libre escurrimiento de las aguas para no perjudicar a aquellos que tienen derechos de aprovechamiento río abajo, y considerar las grandes avenidas,

⁶⁷ VERGARA DUPLAQUET, Ciro. Cfr. Ob. Cit. P. 43.

⁶⁸ FIGUEROA DEL RIO, Luis. “Curso de Derecho de Aguas”. P. 128

teniendo en cuenta la forma de no producir trastornos adicionales en períodos en que ocurran dichos eventos.⁶⁹

Ahora bien, los derechos señalados y que están contenidos en el artículo 153, son de dos especies, a saber:

a) De uso provisional de los terrenos necesarios para el establecimiento de las servidumbres necesarias para el aprovechamiento de las aguas

Para la construcción de las obras de extracción y desvío de las aguas desde el cauce natural, cuando es necesario, se establecen en terrenos ajenos, principalmente la servidumbre de acueducto, y por consiguiente, las de estribo de presa y bocatoma, además de otras complementarias, como la de descarga, marco partidoro, o la de conducción de energía eléctrica. A ellas se refieren los numerandos del citado artículo 153, que confieren al solicitante los derechos de usar provisionalmente los terrenos necesarios para la constitución de

⁶⁹ FIGUEROA DEL RIO, Luis. Cfr. Ob. Cit. P.128.

las servidumbre de acueducto y bocatoma, y de apoyar las obras de ésta o las demás obras para la captación de las aguas en las riberas del álveo o cauce⁷⁰, y de usar además el terreno necesario para el transporte de la electricidad, desde la estación generadora hasta los lugares de consumo de acuerdo a las respectivas leyes⁷¹. Ahora bien, corresponde determinar si, debido al carácter provisional de los usos de los terrenos, pueden ejercerse las servidumbres de la misma forma como si éstas fueran definitivas, todo indica que sí, ya que “los especiales derechos otorgados por el legislador no tienen otro objeto sino el de adelantar las obras, como un medio de acelerar el mejor aprovechamiento de las aguas en beneficio de la agricultura, la industria o la economía en general”⁷².

⁷⁰ Las cuales, como se indicó en el capítulo I de este trabajo, pueden ser de propiedad privada.

⁷¹ FIGUEROA DEL RIO, Luis. Ob. Cit. P. 43.

⁷² FIGUEROA DEL RIO, Luis. Ob. Cit. P. 43

b) De provisión de los materiales que se precisen para las obras de captación de las mismas.

Otro de los efectos que conlleva la aprobación del proyecto por parte de la Dirección General de Aguas, es el contenido en el número 2 del artículo 153, esto es el derecho de *“proveerse en el punto en que está ubicada la bocatoma, de la piedra y arena necesarias para las obras destinadas a la captación de las aguas”*, éstos son los materiales comúnmente utilizados de acuerdo con las normas actuales de construcción (NCh 777/1) que indica que las estructuras de hormigón son las más idóneas para las obras hidráulicas. Ahora bien, la piedra y la arena a las que se refiere la ley, puede ser extraída tanto del lecho mismo de la corriente natural, como de los suelos de particulares. En el caso de que los áridos sean extraídos desde el cauce, no será necesario aplicar la disposición contenida en el número 2 del artículo 153, sino que bastará la autorización de la Dirección General de Aguas, la que estará contenida en el acto que autoriza el proyecto presentado por el solicitante. En el caso de que el

ripió y la arena deban ser extraídas desde un predio particular, será necesario constituir las servidumbres contempladas por el legislador. En cuanto al punto dónde deberá estar ubicada la bocatoma y los predios que deban soportar la servidumbre, estará indicada en el proyecto aprobado por la Dirección General de Aguas, cualquier oposición respecto al monto de la indemnización o duda respecto a la ubicación de las obras, será resuelta por el juez, teniendo en especial consideración el decreto de autorización provisional emanado por la Dirección General de Aguas.⁷³

3.3 Las obras hidráulicas de acopio de aguas.

El agua para el riego, ha sido uno de los elementos vitales para el desarrollo de nuestro país. El hecho de tener en la zona norte una región árida y semiárida, junto con que en la zona central las lluvias se distribuyan en forma irregular durante el año (estación lluviosa de 4 meses y una estación seca prolongada), hacen indispensable la construcción de obras hidráulicas para la irrigación, en especial sistemas de canales y embalses

⁷³ Cfr. FIGUEROA DEL RIO, Luis. Ob. Cit. P. 45

que permiten la acumulación del recurso hídrico para cuando éste escasea. Esto hace necesario invertir grandes sumas de dinero para el desarrollo de dichas obras, por los beneficios directos e indirectos que éstas traen consigo.⁷⁴

Por otro lado se encuentran las obras destinadas a la generación de hidroelectricidad, la cual es fundamental para el desarrollo de nuestro país, el cual posee un enorme potencial, necesario para seguir fomentando el desarrollo sostenido que ha tenido Chile en los últimos años.

Ahora bien, un embalse es, según la ley, una “*obra artificial donde se acopian aguas*” (artículo 36 inc. 2 del Código de Aguas). Es un depósito artificial de aguas, que quedan detenidas transitoriamente (artículo 2 inc. 4 del Código de Aguas). No son sus aguas, entonces, “aguas corrientes”, sino detenidas, y no se encuentran en una fuente natural, sino en una obra artificial.⁷⁵

⁷⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro. Derecho de Aguas Tomo II. P. 418.

⁷⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit. P. 473

3.3.1 Construcción y operación de Obras Hidráulicas de embalse de aguas para una central hidroeléctrica.

Para proceder a la ejecución de las obras, previamente la Dirección General de Aguas podrá otorgar al solicitante, un derecho de aprovechamiento de aguas de carácter no consuntivo de aguas superficiales, de carácter permanente y continuo, el cual recaerá sobre las aguas de un determinado cauce y sobre cierta cantidad de litros o metros por segundo, cuestiones que son puntualizadas en la resolución que otorga el derecho. Dicha resolución indica el punto de captación de las aguas y el punto geográfico en que deben ser restituidas al cauce natural, sin alterar su “cantidad, calidad y sustancia” tal como señala el artículo 14 inc. 2. El mismo acto administrativo señala los derechos que deben ser respetados y la oportunidad de uso de las aguas, esto en virtud del precepto antes citado, todo ello “de acuerdo con las necesidades de operación de la central hidroeléctrica”. Se indica además que “el titular del derecho deberá constituir, en su oportunidad, las servidumbres que correspondan”. En definitiva, se señala, que el titular del derecho de

aprovechamiento deberá solicitar a la Dirección General de Aguas “la autorización de construcción de bocatoma y de las obras de embalse, de conducción y de restitución”, como asimismo “la aprobación de los proyectos correspondientes a las modificaciones de obras”, todo ello de acuerdo, respectivamente, a los artículos 151 a 157, 294 a 297 y 41 y 171 del Código de Aguas.⁷⁶

a. Autorizaciones de la Dirección General de Aguas relativas a la construcción y operación de un embalse.

- **Autorización para la construcción de embalses de capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos.**

Ahora bien, respecto a las autorizaciones para la construcción de la presa o embalse, el art. 294 letra a) del Código de Aguas establece que requieren de la autorización previa del Director General de Aguas, la construcción de los embalses de capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos o cuyo muro tenga más de cinco metros de altura. En ese

⁷⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro. Op. Cit. P. 471.

sentido, el interesado en construir dichas obras, deberá presentar una solicitud a la Dirección General de Aguas, sometiéndose al procedimiento administrativo contenido en los artículos 130 y siguientes del Código de Aguas. Por otro lado, el artículo 10, exige la presentación un Estudio de Impacto Ambiental respecto a las obras contenidas en el art. 294 del Código de Aguas, esto según el artículo 10 letra a) de la Ley 19.300 del año 1994 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

En el mismo orden de ideas, según el artículo 295 del citado cuerpo normativo, corresponde a la Dirección General de Aguas otorgar la autorización respectiva, una vez aprobado el proyecto definitivo y siempre que haya comprobado que la obra no afectará la seguridad de terceros ni producirá la contaminación de las aguas.⁷⁷ Así las cosas, dicho Servicio público aprueba el proyecto y autoriza la construcción de la obra cuando haya verificado, fehacientemente, que ella no afectará la seguridad de terceros ni producirá contaminación en las aguas. La Dirección General de Aguas velará por el respeto de los derechos que

⁷⁷ VERGARA BLANCO, Alejandro. “Atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de extracción de aguas, labores en cauces y construcción de obras hidráulicas. La coordinación administrativa. Pág. 571.

terceros tengan sobre las aguas, en ese sentido, cuidará que las dotaciones de los canales existentes antes del embalse y que quedan inundados, se abastezcan sin ninguna disminución o aumento de costos; la operación del embalse deberá efectuarse de tal forma que permita la entrega de las aguas correspondientes a los derechos de los canalistas del área; y la operación del embalse deberá respetar los derechos de aguas que los otros usuarios posean en el cauce natural de aguas corrientes.⁷⁸ Ahora bien, existirá perjuicio efectivo a terceros cuando, con alguna solicitud relativa a derechos de aprovechamiento de aguas o a obras, se afecte el área de influencia de un derecho de aprovechamiento ya constituido o una obra ya aprobada, de distinto titular. Si la Dirección General de Aguas constata la existencia de incompatibilidad, por existir efectivamente perjuicio a terceros, deberá rechazar la solicitud respectiva, a menos que el titular del derecho constituido u obra afectada renuncie al perjuicio que le provoca la solicitud, dejándose constancia de aquello en el expediente respectivo por medio de una declaración notarial del titular; o que el titular del derecho constituido u obra aprobada sea la

⁷⁸ Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro. "Derecho de Aguas Tomo II" p. 472.

misma persona que el titular de la solicitud, caso en el cual legalmente no existe perjuicio.

Con todo, las autorizaciones anteriormente señaladas que se aplican para la construcción y operación de un embalse, no son las únicas que puede dar la Dirección General de Aguas al respecto, de hecho, la construcción de una presa implica necesariamente la modificación del una parte del curso de un cauce natural, en ese sentido, se originan nuevas riberas o “cotas de llenado”, pudiendo alterarse jurídicamente la forma de captación y distribución de las aguas de los antiguos usuarios. Por ello, en caso de producirse los casos descritos, la Dirección General de Aguas deberá autorizar las modificaciones y obras correspondientes, tendientes a evitar perjuicios a terceros, conforme dispone el artículo 14 del Código de Aguas.

- **Autorización para el traslado de ejercicio de los derechos, en caso que se requiera.**

Si la construcción del embalse inunda los antiguos puntos de captación de las aguas en el cauce natural, necesariamente se deberá trasladar el lugar de extracción. Trasladar el ejercicio de un derecho de aprovechamiento significa cambiar la extracción y/o restitución de un lugar a otro. La Contraloría General de la República lo explica del siguiente modo “...las autorizaciones para que la extracción de aguas amparada por un derecho de aprovechamiento se efectúe en un punto distinto del señalado en el acto constitutivo o en una modificación del mismo, pero siempre dentro de un mismo cauce, constituye un traslado del ejercicio del derecho...” (Dictamen CGR N°2.911, de 31.01.1992), en el mismo orden de ideas, la Excma. Corte Suprema señala que “...el traslado sólo puede tener lugar en una misma cuenca u hoyo hidrográfica, pues de lo contrario se da la hipótesis de los artículos 158 y siguientes del Código de Aguas, que reglamenta la figura del cambio de fuente de abastecimiento” (Sentencia de fecha 22.01.2004, Rol. 2595-

2002 “Junta de Vigilancia del Canal Cerrillano con Director General de Aguas”). Ahora bien, para poder modificar los puntos de ejercicio de un derecho de agua, se debe obtener una autorización del Director General de Aguas (Resolución DGA Exenta), dicha autorización sólo se puede obtener luego de haberse tramitado el “procedimiento administrativo general” regulado en los artículos 130 y siguientes del Código de Aguas, y siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que sea legalmente procedente, que no se afecten derechos de terceros y que exista disponibilidad del recurso en el nuevo punto de captación⁷⁹; de ser así, la Dirección General de Aguas debe autorizar el traslado conforme a lo dispuesto por el artículo 163 del Código de Aguas.

- Autorización de para cambio o modificación de bocatomas.

Dependiendo del proyecto específico del embalse, puede ser necesaria la posibilidad de establecer un nuevo punto de captación, o de bocatomas alternativas en la corriente de que se trate. En este último

⁷⁹ SEEGER CAEROLS, Carolina. 2014. “Ejercicios de Derechos de Aguas para fines Hidroeléctricos y su problemática”. P. 14.

punto existe cierta controversia, puesto que la Contraloría General de la República en dictamen N° 37.602 del año 1996, señaló que no es facultad de la Dirección General de Aguas autorizar bocatomas alternativas, ya que el cambio de punto de captación autorizado por dicho organismo, implica necesariamente el abandono del antiguo lugar de extracción; en el mismo sentido el dictamen N° 25.027 del año 2002. No obstante, un fallo de la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago, en el año 2007, razona favorablemente respecto a la posibilidad de que la Dirección General de Aguas autorice bocatomas alternativas o complementarias, en razón de que es el organismo competente para ello, junto con que las aguas se extraen del mismo cauce y en la misma proporción a los derechos del titular (Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 30 de noviembre de 2007, en recurso de reclamación "Junta de Vigilancia de la Primera Sección del Río Aconcagua con Director General de Aguas, rol N° 3745/2007).

- Creación de nuevos derechos de aprovechamiento en las aguas embalsadas

Resulta interesante analizar si la Dirección General de Aguas (autoridad competente para otorgar derechos de aprovechamiento de aguas), puede constituir derechos sobre las aguas de un embalse. Para ello hay que distinguir entre obras construidas por el Estado para el desarrollo del recurso y obras privadas. En ese sentido, según el artículo 22 del Código de Aguas, *“la autoridad sólo está llamada a crear derechos sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros...”*⁸⁰. Por otro lado, según lo dispuesto por los arts. 2, 3, 31, 34 y 35 del mencionado cuerpo normativo, estas fuentes naturales en que se crean derechos de aguas son, especialmente, aquellas en que se encuentran “aguas corrientes”, pues las aguas detenidas tienen otro estatuto, ligado a la propiedad del suelo que las retiene.⁸¹ Así las cosas, un embalse no es un río, mucho menos una fuente natural, sino

⁸⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit. P. 477.

⁸¹ Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit. P. 477.

que es una obra artificial construida en un río, que lo interrumpe, altera o modifica, tanto en su álveo, como en el escurrimento de las aguas. De este modo, la Dirección General de Aguas podrá constituir derechos de aprovechamiento de aguas obtenidas desde fuentes naturales como desde obras construidas por el fisco para desarrollar el recurso, a contrario sensu y tal como se ha determinado por la jurisprudencia administrativa (en ese sentido dictámenes de la Contraloría General de la República N° 29.228, de 1984 y N° 28.061, de 1985), la Dirección General de Aguas no tiene facultades para otorgar derechos de aprovechamiento de aguas que se captaran desde obras artificiales privadas⁸².

3.3.2. Construcción y operación de Obras Hidráulicas de embalse de aguas para riego.

Los embalses para almacenar agua para el riego son obras indispensables en nuestro país, por las razones que se dieron anteriormente, la desigual distribución de las aguas, junto con el corto trecho de los ríos

⁸² VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit. P. 478.

desde su nacimiento hasta la desembocadura, unido al gran declive que éstos presentan, dificultando aún más la disponibilidad del recurso hídrico.

Respecto a las atribuciones que posee la Dirección General de Aguas en estas obras, son las mismas⁸³ que para los embalses con fines hidroeléctricos. Dicho Servicio debe autorizar el proyecto de construcción de una presa cuya altura supere los cinco metros o cuya capacidad de almacenamiento sea igual o superior a cincuenta mil metros cúbicos, velando además para que no se perjudique a terceros.

Ahora bien, cuando se construye un embalse para acopio de aguas para riego con recursos fiscales, se aumentará la disponibilidad del recurso, posibilitando la concesión de nuevos derechos de aprovechamiento. En ese sentido, y de acuerdo al artículo 22 del Código de Aguas, una vez aprobado el proyecto, la Dirección de Obras Hidráulicas deberá “solicitar a la Dirección General de Aguas el otorgamiento de los correspondientes

⁸³ Esto en virtud del artículo 22 del Código de Aguas el cual se refiere a “obras estatales de desarrollo del recurso, no señalando el fin de ésta.

derechos de aprovechamiento de agua, permanentes o eventuales, que requieran las obras.”⁸⁴

3.4. Recepción de las Obras Hidráulicas por la Dirección General de Aguas.

Una vez finalizadas las obras, la Dirección General de Aguas debe proceder a verificar dos cosas: que el proyecto se haya elaborado de acuerdo al aprobado previamente por éste Servicio, y que éste se haya desarrollado en los lugares que corresponden a los puntos de captación y restitución señalados en el título del derecho de aprovechamiento que se utilizará; en ese sentido, el artículo 296 del Código de Aguas señala que a la Dirección General de Aguas le corresponde supervisar la construcción de las obras mayores, pudiendo en cualquier momento adoptar las medidas necesarias para garantizar su fiel adaptación al proyecto autorizado. Ahora bien, puede ocurrir que dichas obras no se encuentren posicionadas exactamente en los lugares señalados en el título respectivo, en ese caso, la Dirección General de Aguas permite un error máximo de 100 metros, es el

⁸⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit. P. 438.

denominado “margen de tolerancia”⁸⁵. Así las cosas, pueden darse dos situaciones, la primera de ellas es que la distancia entre el punto de ejercicio que indica el título y la obra hidráulica sea superior a 100 metros, en ese caso la Dirección General de Aguas no recibirá las obras, y exigirá que se presente una solicitud de traslado del ejercicio del derecho de agua para ajustarlo a la obra hidráulica; si la obra se encuentra a una distancia menor de 100 metros de la señalada en el título, dicho Servicio no hará objeciones al respecto y si verifica que se cumplen los demás requisitos, recepcionará la obra, pudiendo iniciarse la fase de operación de ésta. Posteriormente, la Dirección General de Aguas hará la devolución de la garantía constituida por el solicitante, la cual se hará de forma íntegra si no hubo que realizar obras de modificación o demolición, o bien retendrá la parte del monto utilizado en caso de haber realizado dichos trabajos.

⁸⁵ El que está establecido en el numeral 4.2.5. del Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos del año 2008

3.5 El Abandono de las Obras Hidráulicas.

Puede ocurrir que, una vez obtenida la autorización de la Dirección General de Aguas para ejecutar obras hidráulicas, iniciadas éstas, sean abandonadas por el solicitante. El artículo 297 inc. 1 del Código de Aguas contempla esa posibilidad al señalar *“Los que construyan las obras de que trata este Título deberán constituir las garantías suficientes para financiar el costo de su eventual modificación o demolición, para que no constituyan peligro, si fueren abandonadas durante su construcción”*. Si bien el mencionado cuerpo normativo no señala qué debe entenderse por “abandonadas”, según las reglas generales de interpretación, se debe recurrir al diccionario de la Real Academia Española, que señala que abandono es “dejar una cosa emprendida ya”. Así las cosas, determinado el alcance de la palabra “abandono”, es forzoso colegir, de la lectura del artículo 297 del Código de Aguas, que la obligación de dar la garantía allí exigida, “tiene por objeto financiar los costos de la eventual modificación o demolición de las obras, para que no constituyan peligro, si fueren abandonadas durante su construcción, esto es, lo que se garantiza es

precisamente la eventualidad de que la obra pueda constituir un peligro para las personas o bienes de terceros, si fueran abandonadas durante su construcción.”⁸⁶ Esto se ve reafirmado por lo dispuesto en el artículo 297 inc. 2 del Código de Aguas, el cual señala que la garantía debe ser restituida al interesado una vez recibida la obra por la Dirección General de Aguas, en ese sentido, el legislador ha puesto especial cuidado en velar porque las obras hidráulicas, cuyo proyecto de construcción requieren de la autorización del mencionado Servicio, una vez iniciadas sean terminadas, y por ello solo una vez recibidas éstas por la Dirección General de Aguas, se devuelve la caución constituida. En el mismo orden de ideas, el mismo artículo 297 inc. 2, en su segunda parte, señala que en caso de que la obra sea abandonada durante su construcción, se restituirá al interesado sólo el saldo de la garantía no aplicada a las obras de modificación o demolición, siendo el resto retenida por la autoridad para costear dichas labores, en caso de que las obras abandonadas constituyan un peligro para las personas o bienes de terceros.

⁸⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro. “Atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de extracción de aguas, labores en cauces y construcción de obras hidráulicas. La coordinación administrativa. Pág. 579.

Ahora bien, respecto a las obras hidráulicas ya terminadas que se encuentren en estado de abandono o con una deficiente mantención para asegurar su correcta operación, que pudiesen poner en peligro a terceros y sus bienes, el Código de Aguas en diversas normas, regula dicha situación, tal es el caso de los artículos 304, 305 y 307. Esto es, sin perjuicio de la facultad de Policía y Vigilancia que posee la Dirección General de Aguas en virtud del art. 299 letra c), cuestión que fue tratada latamente en el capítulo II del presente trabajo.

3.6 Obras Hidráulicas sometidas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

La Ley 19.300 del año 1994 de Bases Generales del Medio Ambiente contempla una serie de proyectos o actividades que deberán someterse obligatoriamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y sobre los cuales se presentará un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). En ese sentido, el artículo 10 del citado texto legal describe, de forma general, los proyectos y actividades incluidas en el Sistema de Evaluación de

Impacto Ambiental, quedando la labor de especificación al Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.⁸⁷

Ahora bien, dentro de las obras hidráulicas que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental encontramos.

a. Acueductos, Embalses o Tranques y Sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas.

El artículo 10 letra a) de la Ley 19.300, señala que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, los *“acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas”*. Dicha autorización es la que otorga el Director de Aguas para construir dichas obras hidráulicas.

⁸⁷ DIAZ SAHR, Ignacio. “Régimen Jurídico Ambiental de Proyectos Hidroeléctricos”. P. 38.

- **Acueductos:** El artículo 36 inc. 1 del Código de Aguas nos da una definición expresa del acueducto cuando dispone que “*Canal o cauce artificial es el acueducto construido por la mano del hombre. Forman parte de él las obras de captación, conducción, distribución y descarga del agua...*”. Ahora bien, el artículo 294 del Código de Aguas al que se remite la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, se refiere a los acueductos que conduzcan más de 2 metros cúbicos por segundo, y también a aquellos que conduzcan más de medio metro cúbico por segundo, que se proyecten próximos a zonas urbanas, y cuya distancia al extremo más cercano al límite urbano sea inferior a un kilómetro y la cota de fondo sea superior a 10 metros sobre la cota de dicho límite. Así las cosas, quien desee construir un acueducto que no sea de las magnitudes descritas, no estará obligado a ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental según el tenor literal de la norma, así como tampoco requerirá de la autorización de la Dirección General de Aguas. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que el artículo 295 del Código de Aguas supedita la autorización que otorga dicho Organismo público para la

construcción de un acueducto (que sea de las dimensiones que señala el artículo 294) a que el proyecto no producirá contaminación de las aguas. En ese sentido, se cuestiona cuál es el impacto ambiental que produce la construcción del acueducto, ya que las magnitudes de éste son las señaladas por el Código de Aguas, por ello “la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente debiese fijar magnitudes más altas para la entrada al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”⁸⁸. No compartimos dicha apreciación al tratarse de acueductos construidos para el transporte de relaves mineros, los cuales son ricos en metales pesados perjudiciales para la salud del ser humano, si éstos no son manejados adecuadamente. Cabe hacer presente que las exigencias de presentar un Estudio de Impacto Ambiental, se refiere a la construcción de cualquier acueducto de las magnitudes descritas por el artículo 294 del Código de Aguas, incluyendo los acueductos mineros.

- **Embalses de capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos o cuyo muro tenga más de 5 metros de altura:** La definición de

⁸⁸ DIAZ SAHR, Ignacio. Ob. Cit. P. 41.

embalse la entrega el Código de Aguas en el artículo 36 inc. final, y *“es la obra artificial donde se acopian aguas”*. La Ley 19.300 y el Reglamento de Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, al igual que en los acueductos, remite al artículo 294 del Código de Aguas. Cabe señalar eso sí, que la Ley 19.300 incorpora una nueva obra hidráulica que no contempla el Código de Aguas, el Tranque, se entiende por tal como *“embalse pequeño, generalmente para acumular aguas de riego nocturnas”*⁸⁹. La incorporación de dicha obra se fundamenta en el “impacto ambiental susceptible de ser causado por este tipo de obras puede ser importante...y en virtud del principio precautorio”⁹⁰

b. Presas y defensas o alteración significativos, de cuerpos o cursos de aguas.

El artículo 10 letra a) de la Ley 19.300, en su segunda parte señala que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental las

⁸⁹ Glosario de Términos Técnicos de la Dirección de Obras Hidráulicas, disponible en www.doh.gob.cl

⁹⁰ DIAZ SAHR, Ignacio. Ob. Cit. P. 42.

“presas, drenajes, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos de cuerpos o cursos naturales de aguas”. Se determinó, pues, que las presas⁹¹ que se ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental deben tener 5 o más metros de altura o almacenar más de cincuenta mil metros cúbicos, utilizando el criterio de que, ante un eventual colapso de una obra de esas dimensiones, puede provocar daños a las personas o a sus bienes. Ahora bien, respecto a las obras de regularización y alteración de cauces naturales de agua, el artículo 3 letra a) del Reglamento del Sistema Evaluación de Impacto Ambiental, establece que debe entenderse por defensa o alteración a las *“obras de regularización o protección de las riberas de estos cuerpos o cursos, o actividades que impliquen un cambio de trazado de su cauce, o la modificación de artificial de su sección transversal, todas de modo permanente”*. En el mismo sentido, no se debe confundir esta exigencia con la que establece el artículo 106 del citado Reglamento, que establece que, los permisos para las obras de regularización y defensa de cauces naturales, deben ser aprobadas por la Dirección General de Aguas, por la

⁹¹ Aquí la Ley 19.300 incurre en un error al asimilar el término presa con embalse, ya que el primero se refiere al muro que contiene las aguas del embalse.

Dirección de Obras Fluviales y por la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas, según el art. 14 letra l) del DFL 850 del año 1997.⁹²

3.7 Participación de la Dirección General de Aguas en el estudio de impacto ambiental, en la fiscalización y seguimiento ambiental.

La Dirección General de Aguas podrá participar el proceso del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, esto en virtud del artículo 24 segunda parte del Reglamento, el que señala que *“Asimismo, la participación en la evaluación ambiental del proyecto o actividad será facultativa para los demás órganos de la Administración del Estado que posean atribuciones legales asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, o el uso y manejo de algún recurso natural”*. La participación de la Dirección General de Aguas, por el tenor literal de la norma, es facultativa, sin embargo “la importancia de este organismo en este proceso hace que sea imprescindible su

⁹² DIAZ SAHR, Ignacio. Ob. Cit. P. 46.

participación”⁹³, esto respecto a las obras mencionadas en el artículo 294 del Código de Aguas. Sin perjuicio de lo anterior, la dicho Servicio no está facultado para conceder permisos sectoriales que en algunos casos, ciertas autoridades deben otorgarlos, dadas las características del proyecto o actividad. Sin perjuicio de lo anterior, respecto a las obras referidas en el artículo 294 del Código de Aguas, éstos deben contar con las autorizaciones correspondientes, emanadas precisamente de la Dirección General de Aguas, los cuales corresponden a permisos sectoriales.

Ahora bien, la Dirección General de Aguas está revestida de la facultad fiscalizadora para velar por el cumplimiento de las normas y condiciones sobre las cuales se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental. Dicha facultad debe entenderse comprendida para efectos de la autorización otorgada por la Dirección General de Aguas en virtud del artículo 295 del Código de Aguas, esto en relación a los aspectos de seguridad de la construcción de la obra. En ese sentido, el artículo 296 de dicho cuerpo normativo, le entrega al mencionado Organismo público, la potestad de

⁹³ VERGARA BLANCO Alejandro. “Atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de extracción de aguas, labores en cauces y construcción de obras hidráulicas. La coordinación administrativa. Pág. 584.

fiscalizar que las obras se vayan desarrollando de acuerdo al proyecto aprobado, y de ser necesario, la Dirección General de Aguas podrá adoptar las medidas necesarias para asegurar su fiel adaptación.

Capítulo IV

4. La Dirección General de Aguas y la Conservación de Caudales mínimos.

4.1 Concepto de Caudal mínimo o ecológico.

La extracción de aguas y el uso de las Obras Hidráulicas, origina una regulación artificial de caudales y una alteración de éstos en los cauces naturales, que afecta profundamente la flora y fauna dependiente de éste. Las construcciones que alteran o modifican el cauce natural son tan abundantes en los ecosistemas fluviales que, en la actualidad, son pocos los ríos cuyos caudales no están regulados artificialmente. Por ello, la Gestión del Agua y de los recursos biológicos con ella relacionados debe enfrentarse con frecuencia a la problemática que estas obras originan y en concreto cuantificar los caudales circulantes mínimos capaces de mantener los ecosistemas de los tramos de río regulados.⁹⁴

⁹⁴ JALÓN Y TANAGO. “El concepto de caudal ecológico y criterios para su aplicación en los ríos españoles”. P.1.

Un punto a aclarar respecto al caudal ecológico es que no se trata de un caudal natural. No es aquel ideal que pretende restablecerlo a aquel que hubiese existido sin intervención humana, lo cual, debido a los usos (principalmente consuntivos del recurso hídrico) es imposible. Al contrario, es un concepto eminentemente técnico, que se resume como “una intervención por parte del Estado para asegurar un volumen (artificial, por cierto) que permita una conservación del medio ambiente al interior del recurso hídrico”⁹⁵. En definitiva, es un medio para mantener vivo el río o corriente.

El caudal ecológico mínimo, en lo relativo a constitución de derechos de aguas, ha sido definido como el “Caudal mínimo que debieran tener los ríos para mantener los ecosistemas presentes, preservando la calidad ecológica”⁹⁶. El Departamento de Conservación y Protección de Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas define el caudal ecológico como “caudal mínimo que debe mantenerse en un curso fluvial, de tal manera que los efectos abióticos (disminución del perímetro mojado, profundidad,

⁹⁵ CELUME BYRNE, Tatiana. “Régimen Público de Las Aguas”. P. 314.

⁹⁶ Manual de Normas y Procedimientos del Departamento de Conservación y Protección de Recursos Hídricos”. P.9.

velocidad de corriente, incremento de la cantidad de nutrientes y otros) producidos por la reducción del caudal, no alteren las condiciones ecológicas del cauce, que limiten o impidan el desarrollo de los componentes bióticos del sistema (flora y fauna), como tampoco alteren la dinámica y funciones del ecosistema.”⁹⁷ En ese sentido, un caudal puede considerarse ecológico, siempre que sea capaz de mantener el funcionamiento, la composición y la estructura de un ecosistema fluvial, en forma cercana a las condiciones naturales. Existen muchos caudales que pueden ser “ecológicos” para un cauce, pues éste de forma natural presenta fluctuaciones y extremos máximos y mínimos de caudal.⁹⁸

El caudal ecológico se trata, en resumen, de “la técnica de intervención utilizada por la Administración para la determinación de un máximo de caudal a ser puesto a disposición de los particulares para el aprovechamiento (extractivo) de las aguas, dejando el remanente en el propio caudal a fin de velar por la preservación medioambiental.”⁹⁹

⁹⁷ CELUME BYRNE, Tatiana. Ob. Cit. P. 314

⁹⁸ Algunos ríos en la zona centro sur de Chile presentan grandes fluctuaciones estacionales de caudal. En años de sequía, estos ríos pueden incluso secarse, siendo re-colonizados por la biota acuática al contar nuevamente con agua.

⁹⁹ CELUME BYRNE, Tatiana. Ob. Cit. P. 314.

4.2 Marco Legal del Caudal Mínimo o Ecológico.

El sustrato legal en el que se reconoce el caudal mínimo ecológico se encuentra en diversas normas de nuestra legislación, haciendo referencia a ella en forma indirecta o regulándola expresamente. Para el análisis de dichas normas, se debe proceder a una interpretación sistemática de todas ellas.

Nuestra Constitución Política de la República, en su art. Artículo 19, N°8 consagra *“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.”* Esta norma de rango constitucional, es la directriz para las disposiciones de carácter ecológico sancionadas por nuestro ordenamiento.

La Ley 19.300, de 1994, sobre Bases del Medio Ambiente, en los artículos 41 y 42, consagra, como “consideración ambiental” la “mantención de caudales de agua”, en los siguientes términos: El artículo 41 establece que *“El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies en peligro de extinción, vulnerables raras o insuficientemente conocidas”*. Luego, el artículo 42 señala que: *“El organismo público encargado por ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá, de acuerdo con la normativa vigente, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de los mismos, a fin de asegurar su conservación...Estos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales: a) Mantención de caudales de aguas y conservación de suelos; b) Mantención del valor paisajístico, y c) Protección de especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas.. Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo establecido en otros cuerpos legales, sobre planes de manejo de recursos naturales renovables, y no se*

aplicará a aquellos proyectos o actividades respecto de las cuales se hubiere aprobado un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental.”

En ese sentido, las normas precedentemente citadas, en realidad contienen un mandato dirigido a organismos que regulen el uso o aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 92 inc. 1), esto es, el ejercicio de los derechos de los particulares a tales usos o aprovechamientos, y la potestad que crea la ley a favor de tales organismos es a exigir a los usuarios la presentación y cumplimiento de “planes de manejo” a fin de asegurar la conservación de los recursos naturales.¹⁰⁰

El Código de Aguas en su artículo 14 inc. 2 establece *“La extracción o restitución de las aguas se hará siempre en forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades.”* La norma precedentemente citada se refiere al uso no consuntivo de las aguas, donde el usuario tiene la obligación de restituir el recurso hídrico a su fuente natural en el punto determinado por la autoridad

¹⁰⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro. “Estatuto Jurídico de la Fijación de Caudales Mínimos o Ecológicos”. p. 129

en el momento de otorgarle el derecho. No obstante, marca un precedente respecto al uso ecológico del agua, ya que hace referencia a la “calidad” de ésta, en ese sentido, las normas que tengan por objeto proteger la calidad del agua, no solamente estarán destinadas a proteger los cauces naturales, sino que también están relacionadas con otro tipo de actividades que implican el uso del agua (agrícola, industrial, consumo humano, etc.).¹⁰¹ El mismo cuerpo normativo, en el artículo 149 n° 7 establece, a propósito del contenido del acto de la autoridad en que se constituye el derecho de aprovechamiento, *“Otras especificaciones técnicas relacionadas con la naturaleza especial del respectivo derecho y las modalidades que lo afecten, con el objetivo de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros.”* Cabe destacar que la Dirección General de Aguas se valió de esta norma para establecer, en las resoluciones que otorgaban derechos de aprovechamiento, caudales mínimos ecológicos con anterioridad a la reforma del Código de Aguas de 2005. En ese sentido, la resolución N° 412 de 1982, con ocasión del otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos a ENDESA, se establece en un apartado que *“el titular del derecho de aprovechamiento deberá dejar*

¹⁰¹ DIAZ SAHR, Ignacio. “Régimen Jurídico Ambiental de Proyectos Hidroeléctricos”. P. 146.

pasar, en el punto de captación, un caudal no inferior al gasto medio mínimo diario, para preservar las condiciones ecológicas.”

Ahora bien, es con la reforma introducida al Código de Aguas por la Ley 20.017 de 2005, que se introduce formalmente el caudal ecológico a dicho cuerpo normativo, protegiendo el recurso hídrico, en su perfil cuantitativo, establecido en el artículo 129 bis 1 del Código de Aguas. Dicha disposición establece que la Dirección General de Aguas velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo *“establecer un caudal ecológico mínimo, el cual solo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial”*. Por otro lado, en la zona del país en la que los derechos de aprovechamiento superficiales han sido otorgados en su totalidad, no es posible establecer exigencias de caudales ecológicos, salvo que el Estado expropiara los derechos de aprovechamiento necesarios, o bien abriera un poder comprador a través de una licitación; esto, dado que, en caso contrario, se estaría violando el derecho de propiedad consagrado en el

artículo 19 n° 24 de la Constitución. Por el momento, no se visualiza que el Estado pueda emprender acciones en el sentido señalado.¹⁰²

4.3 El Caudal mínimo en el derecho comparado.

Interesante es, para efectos del estudio del caudal mínimo, analizar la regulación de éste en otros países, en especial Estados Unidos y Nueva Zelanda, países líderes en el tratamiento jurídico del caudal ecológico o “instream flow”, los cuales, además comparten con nuestro país similitudes climáticas e hidrológicas.

a. Estados Unidos de Norteamérica.

Este país se rige por leyes federales (que aplican por sobre todos los estados miembros de la federación) y por leyes estatales, que sólo aplican en un Estado. Dentro de las leyes estatales se encuentran aquellas que reglamentan la determinación de caudales ecológicos, pues se asume que cada Estado presenta características particulares. A continuación, se

¹⁰² MALLEA ÁLVAREZ, María Isabel. “Protección de las Aguas en Chile: Avances hacia una gestión integrada de los recursos hídricos” En Revista de Derecho N° 25, 02.11.2011. P. 47.

analizará el caso de los estados de Washington, California y Texas (el primero de una hidrología similar al sur de Chile, el segundo al Chile central y el último al norte de nuestro país).

Tanto en el Estado de Washington como en el de California, los esfuerzos para establecer caudales mínimos ecológicos obedecen a esfuerzos para preservar la biota acuática, especialmente el Salmón, cuya pesca deportiva y recreativa genera grandes dividendos a ambos estados. En Washington, desde 1967, la ley autoriza al Estado para establecer caudales mínimos ecológicos para proteger la fauna, la vida silvestre, la recreación, la preservación del medio ambiente y los valores estéticos; no obstante se contempla la posibilidad de que un caudal ecológico pueda ser suprimido si hay “razones imperiosas de interés público” (por ejemplo el agua para consumo humano). En 2002, la Corte Suprema del Estado, determinó que la mantención ecológica puede demandar un determinado nivel de caudal dentro de un río aguas abajo de una represa, incluso si esto significa limitar

el derecho del titular a ejercer en plenitud su derecho de agua¹⁰³. En el Estado de California, las primeras normas de control de caudal se adoptaron en 1978, las cuales sufrieron modificaciones en 1995, determinándose los factores a considerar para el cálculo del caudal ecológico (entre ellos hidrología, fauna, recreación, paisaje, etc.). El 2005 se actualizaron y determinaron nuevos requerimientos para fijar el caudal ecológico. Finalmente, el Código de Aguas de California de 2008 establece la determinación de caudales ecológicos en toda la costa norte del Estado. En algunos casos, la falta de lluvia ha impactado fuertemente en los planes hídricos de las cuencas afectando los caudales ecológicos establecidos. En otros casos, los caudales necesarios han sido obtenidos o mantenidos gracias a la reducción del suministro hídrico para actividades industriales o productivas, como la agricultura, permitiendo alcanzar los logros ambientales propuestos por el Estado.

En el Estado de Texas, desde 1985, todos los nuevos permisos para el uso de aguas deben considerar suministros de caudal para uso público. A su

¹⁰³ Aquí existe una diferencia sustancial con el sistema establecido en nuestro país, donde, como ya se dijo, el caudal ecológico solo se establece para los derechos otorgados con posterioridad al año 2005, no pudiendo comprometer los ya existentes.

vez, la *Texas Commission on Environmental Quality*, puede establecer condiciones especiales en los permisos de aprovechamiento para los Titulares de derechos de agua, que los obliga a limitar el uso de aguas de ríos y arroyos cuando los caudales estén por abajo de cierto nivel. Sin embargo, la mayoría de los derechos de agua de Texas (alrededor del 92%), fueron entregados antes de 1985. Por ello, la mayoría de los derechos de agua en Texas no tienen condiciones de caudales ecológicos establecidos en las concesiones, por lo tanto, las condiciones impuestas en los permisos nuevos no pueden corregir los permisos ya existentes. Así mismo, desde 1985, los proyectos para la construcción de embalses o represas requieren un permiso estatal y uno federal, este último, además, exige a los solicitantes considerar un caudal para el hábitat de la biota acuática.¹⁰⁴

b. Nueva Zelandia.

El análisis de éste país, se justifica, junto con que es uno de los países líderes en la materia de caudales ecológicos, en que está ubicado

¹⁰⁴ El caso del Estado de Texas es prácticamente idéntico al de nuestro país, puesto que también la determinación del caudal mínimo afecta solo a los nuevos derechos, sin poder aplicarse a los ya otorgados.

entre los 34° y 46° de latitud sur, coordenadas que corresponden al Chile continental entre las regiones Metropolitana y Aysén, razón por la cual ambos países comparten características geográficas e hidrológicas. La legislación neozelandesa define los caudales ecológicos y los niveles de agua como *“los caudales y los niveles de agua necesarios en un cuerpo de agua, para establecer la función ecológica de la flora y fauna presente dentro de esa masa de agua y sus márgenes”*. En la actualidad, no existen en Nueva Zelanda directrices específicas sobre los medios técnicos a utilizar para determinar caudales ecológicos, por lo que son los consejos regionales quienes determinan, en forma individual, los caudales ecológicos y los niveles de agua, según consideren adecuado sobre la base de las características de su región, utilizando para ello modelos hidrológicos, considerando además valores ecológicos, recreacionales, paisajísticos, y con gran relevancia, los usos dados por los Maoríes, etnia de dicho país. Actualmente, el Gobierno neozelandés discute el *“National Environmental Standard on Ecological Flows and Water Levels”*, en busca de un plan nacional que regule la determinación de caudales ecológicos, la cual persigue dos objetivos: Proporcionar a la creciente demanda sobre los

recursos hídricos una gestión eficiente, a través de una Dirección Nacional; y ofrecer seguridad a los intereses ambientales, a los de la comunidad, y los usuarios de aguas, proporcionando valor al caudal ecológico, y velar por la cantidad de agua disponible para satisfacer las demandas actuales y futuras.¹⁰⁵

4.4 Atribuciones de la Dirección General de Aguas respecto al caudal mínimo ecológico.

Corresponde ahora determinar los roles que desempeña la Dirección General de Aguas respecto al caudal mínimo, los cuales se pueden señalar en los siguientes términos.

¹⁰⁵ ENDESA CHILE, “Introducción al cálculo de Caudales Ecológicos: Un análisis de las tendencias actuales” p. 21.

a. Determinación del caudal mínimo ecológico en el acto constitutivo del derecho de aprovechamiento.

La Dirección General de Aguas, a partir de 1998, al momento de otorgar nuevos derechos de agua, comienza a considerar un caudal mínimo con el propósito de “preservar los ecosistemas y los valores paisajísticos”. Sin embargo, en la legislación chilena no es sino hasta las reformas introducidas al Código de Aguas por la Ley 20.017 de 2005, cuando aparece el concepto de caudal ecológico en dicho cuerpo normativo, el cual se establece como una norma a ser respetada en el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento de agua¹⁰⁶ (es decir a partir de 2005). Así, la Dirección General de Aguas, en el acto administrativo en el que constituye el derecho de aprovechamiento, fija un caudal mínimo, esto en virtud del mandato legal del artículo 129 bis 1 del Código de Aguas, el cual es determinado específicamente para cada caso, para cada título constitutivo, una cuantía mínima que se tendrá que respetar al momento de ejercer el derecho de aguas; significando al mismo tiempo que a partir de dicha

¹⁰⁶ Por lo tanto, aplica, respecto a los derechos de aguas consuntivos, sólo unos pocos ríos en las regiones más australes del país, los cuales aún no se encuentran agotados para la concesión de derechos de aprovechamiento de aguas

determinación administrativa, el usuario queda impedido de poder ejercer su derecho en caso de que escurra un caudal menor que el indicado en la resolución.¹⁰⁷ En ese sentido, la Dirección General de Aguas podrá impedir la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento, aún cuando se cumplan los demás requerimientos legales (artículo 141 del Código de Aguas), cuando en virtud de dicha concesión, se sobrepase el límite establecido a efectos de proteger el medioambiente¹⁰⁸. En el mismo orden de ideas, cabe señalar que la determinación precisa del caudal ecológico en cada fuente superficial es uno de los aspectos técnicos de mayor complejidad en la materia, considerando, por un lado, la gran cantidad de fórmulas a utilizar para determinar el caudal mínimo y por otro, la pugna entre la dificultad técnica y la discrecionalidad de la autoridad para la determinación del caudal ecológico, sujeto claro está, a ciertos parámetros y limitaciones legales.

Ahora bien, la dificultad técnica a la que se hace mención, radica en que los parámetros establecidos por el legislador se refieren únicamente a la

¹⁰⁷ VERGARA BLANCO, Alejandro. Cfr. Ob. Cit. P. 130.

¹⁰⁸ CELUME BYRNE, Tatiana. Ob. Cit. P. 319.

finalidad del caudal ecológico (la preservación del medioambiente) y la diversidad hidrológica (las condiciones naturales pertinentes de cada fuente superficial)¹⁰⁹, no entregando la fórmula o método para determinar el caudal mínimo en un determinado cauce, debiendo la Dirección General de Aguas hacer uso de la discrecionalidad para su cálculo y aplicación en el derecho de aprovechamiento que se constituye¹¹⁰.

Respecto a los límites, la regla general es que el caudal mínimo reglamentariamente establecido, tendrá un valor máximo (el cual es definido por el Código de Aguas), que corresponde a un 20% del caudal medio anual. En ese sentido, la Dirección General de Aguas recomienda fijarlo a través de métodos de tipo hidrológicos y, explícitamente, declara que puede estimarse como el 10% del caudal medio anual, siendo este el criterio que ha sido comúnmente utilizado en nuestro país. Para casos excepcionales, en el mismo Código se indica que el Presidente de la República tiene la atribución para definir un caudal mínimo distinto al recién señalado, no pudiendo sobrepasar el valor de 40% del caudal medio

¹⁰⁹ CELUME BYRNE, Tatiana. Cfr. Ob. Cit. P. 319.

¹¹⁰ Esto se plasma en la Resolución DGA Exenta, N° 3.504 de 17 de diciembre de 2008, que contiene el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, en la cual se encuentra la fórmula de cálculo de caudal mínimo utilizado por la Dirección General de Aguas.

anual, de acuerdo al artículo 129 bis 1, del Código de Aguas¹¹¹; no obstante, el legislador no ha previsto las razones por las cuales el Presidente de la República podría pretender elevar el señalado límite general, aunque puede señalarse que sólo podría hacerlo cuando las condiciones particulares de alguna fuente superficial requieran elevar el caudal mínimo, de modo de satisfacer la referida finalidad medioambiental.¹¹²

Cabe advertir que la Dirección General de Aguas podrá impedir la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento, aún cuando se cumplan los demás requerimientos legales (artículo 141 del Código de Aguas), cuando, en virtud de dicha concesión, se sobrepase el límite establecido a efectos de proteger el medio ambiente. Por otro lado, es importante señalar que, en casos de extraordinaria sequía, el Presidente de la República está facultado para declarar “zonas de escasez”, previa calificación técnica de la Dirección General de Aguas y por un plazo no mayor a 6 meses; sobre este punto, lo que interesa destacar es que la declaración de “zona de escasez” otorga facultades especiales a la

¹¹¹ ENDESA CHILE, “Introducción al cálculo de Caudales Ecológicos: Un análisis de las tendencias actuales” p. 28.

¹¹² CELUME BYRNE, Tatiana. Ob. Cit. P. 316.

Administración (por un máximo de 6 meses) para autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto, sin necesidad de seguir el procedimiento concesional y sin la limitación del caudal mínimo establecido en el artículo 129 bis 1 del Código de Aguas.¹¹³ Respecto a este punto, nos parece pertinente dejar de manifiesto la contradicción en la que incurre la norma, toda vez que permite, en períodos de sequía, sacar más agua desde el cauce, cuestión que pone en serio peligro la supervivencia de biota acuática, razón por la cual se ha establecido el caudal mínimo ecológico. Por otro lado, la ley no señala el objeto que persigue al permitir esta situación excepcional en períodos de escasez hídrica, se puede pensar que el legislador tuvo en mente asegurar la disponibilidad de agua para la población, pero no se señala nada al respecto, por lo que también podría ser para otros usos.

¹¹³ CELUME BYRNE, Tatiana. Ob. Cit. P. 322.

b. Fiscalización de la Dirección General de Aguas para velar por el cumplimiento del caudal ecológico.

Ahora bien, como se mencionó en el segundo capítulo del presente trabajo, la Dirección General de Aguas posee la facultad de policía y vigilancia sobre los cauces naturales, en virtud del artículo 299 letra c) del Código de Aguas, cuestión que implica el deber de dicho organismo de velar, para estos efectos, que quienes extraigan el agua, estén facultados para ello, es decir, que sean titulares del derecho de aprovechamiento, sin perjuicio de las facultades de las Juntas de Vigilancia. Como la Dirección General de Aguas posee la supervigilancia de los cauces en caso de que la Junta no desempeñe correctamente la distribución de las aguas, dicho Servicio público actúa aquí de oficio o a solicitud de parte, ejerciendo las atribuciones que le otorga el artículo 299 del Código de Aguas, esto es la policía y vigilancia “de las aguas”, pudiendo asumir incluso el rol de la Junta en la asignación del recurso. En el mismo orden de ideas, y tal como se advirtió en el capítulo II de este trabajo, en aquellos cauces en que no exista una junta de vigilancia, será la propia Dirección General de Aguas

quien administrará el recurso hídrico y ejercerá plenamente la policía y vigilancia que le encomienda el Código de Aguas. En la eventualidad de que alguien extraiga aguas sin detentar el derecho de aprovechamiento o extraiga más de aquel contenido en el título (aquí se podría dar el caso de no respetar el caudal mínimo establecido), la Dirección General de Aguas ejercerá todos los medios legales para detener la extracción ilegal, ordenando a detener dicha extracción, enviando los antecedentes al Ministerio Público ante la eventual configuración de delito de usurpación de aguas.

Ahora bien, cuando el caudal ecológico es establecido mediante la aprobación de proyecto sometido a Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en el cual intervienen una serie de organismos (Dirección General de Aguas, Subsecretaría de Pesca, Servicio Nacional de Turismo, Servicio Agrícola Ganadero, Corporación Nacional Forestal, etc.), y en la cual la calificación resolutoria fija el caudal mínimo ecológico; los incumplimientos de éste son monitoreados por los servicios con competencia ambiental (Comisión Regional del Medio Ambiente, Servicio

de Evaluación Ambiental y Superintendencia del Medio ambiente), lo que se hace en las fiscalizaciones y seguimientos a la ejecución de las obras y operación del proyecto, pudiendo dichos organismos aplicar multas en virtud de la Ley 19.300. En caso de producirse impactos no previstos, se reingresa el proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, pudiendo aplicarse multas en caso de que dichos impactos sean producto de incumplimientos. Sin perjuicio de lo anterior, si el proyecto implica la constitución de derecho de aprovechamiento de aguas, le corresponderá también a la Dirección General de Aguas la policía y vigilancia según las reglas generales expuestas en el párrafo anterior.

Conclusiones

1. El concepto de cauce ha sido recogido y tratado por nuestra legislación de aguas, distinguiendo entre Cauce Natural (el cual será, por regla general de Bien Nacional de uso Público) y Cauce Artificial (El que es de dominio privado). La calidad de Bien Nacional de uso Público del cauce natural genera que, distintos organismos del Estado, tengan atribuciones sobre él. La delimitación clara de las facultades de cada una de las instituciones públicas sobre el cauce posibilita una adecuada coordinación administrativa, evitando la duplicación e interferencia administrativa.
2. El Servicio estatal que posee facultades sobre las aguas que escurren por el cauce natural es la Dirección General de Aguas, organismo encargado, entre otras cosas, de fijar las extracciones legítimas de aguas; policía y vigilancia de éstas; autorizar el uso de cauces naturales (modificaciones en éste por obras en general); autorizar la construcción de obras hidráulicas de captación, conducción y embalse de aguas. Dichas

autorizaciones deben ser sometidas a los procedimientos que contiene el Código de Aguas.

3. Con la dictación de la Ley 19.300 de Bases Generales de Medio Ambiente, se agrega una nueva exigencia a la construcción de las obras hidráulicas mencionadas en art. 294 del Código de Aguas, este es el Estudio de Impacto Ambiental, en el que intervienen varios organismos públicos, en menor medida la Dirección General de Aguas.
4. Dentro de las atribuciones que posee la Dirección General de Aguas, respecto a las extracciones del recurso hídrico desde una fuente natural, se encuentra el “Caudal Ecológico”, el cual es determinado por éste Servicio en el acto administrativo de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas, valiéndose para ello de los estudios hidrológicos que dicho organismo realiza. El caudal mínimo o ecológico fue introducido formalmente en nuestra legislación luego de la reforma del Código de Aguas en el año 2005. Su aplicación se ha tornado un tanto dificultosa en razón de que solo se puede aplicar a los derechos constituidos desde esa fecha en adelante, no pudiendo afectar a los

derechos antiguos, lo que le resta eficacia a esta medida de protección de las aguas.

Bibliografía.

- ALESSANDRI; SOMARRIVA y VODANOVIC, Antonio. Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General. Editorial Jurídica de Chile. 1998.
- CELUME BYRNE, Tatiana. Régimen Público de Las Aguas. Editorial. Abeledo Perrot: Thomson Reuters, Santiago de Chile. 2013.
- DÍAZ SAHR, Ignacio. Régimen jurídico ambiental de proyectos hidroeléctricos. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile. 2010.
- DÖLLING, Oscar. Concepto de Cauce Natural de Uso Público. Seminario de Post Grado DIHA-2006. Consulta en línea: <http://www.fi.unsj.edu.ar/departamentos/DptoCivil/gcuencas/pdf/papers/cauce%20natural%20uso%20publico.pdf>. (consultado el 17.10.2014)
- ENDESA CHILE. Introducción al Cálculo de Caudales Ecológicos. Un análisis a las tendencias actuales. Santiago de Chile. 2011.
- FIGUEROA DEL RIO, Luis. Curso de Derecho de Aguas. Universidad Central de Chile. 2003.

- GARCÍA DE JALÓN, Diego y GONZÁLEZ DEL TÁNAGO, Marta. El Concepto de Caudal Ecológico y criterios para su aplicación en los ríos españoles. Dpto. Ingeniería Forestal. Universidad Politécnica de Madrid. 1998.
- HERRERA, Ana y VERGARA, Ciro. Comentarios al Código de Aguas. Tomo I y Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1960.
- ISENSEE RIMASSA, Carlos. Organismos competentes para administrar determinados bienes nacionales de uso público: caminos públicos, vías urbanas y el subsuelo de un cauce de río y estero - Revista de Derecho Público - Vol. 78, 1º Sem. 2013.
- MALLEA ÁLVAREZ, María Isabel. Protección de las Aguas en Chile: Avances hacia una gestión integrada de los recursos hídricos. En Revista de derecho / Consejo de Defensa del Estado. (Santiago, Chile). No. 25 (jun. 2011).
- MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo. Apuntes del curso de Derecho de Aguas. 2010.
- MARRERO, Levi. La Tierra y sus Recursos. Editorial Cultura Venezolana. S.A. Venezuela. 1981.

- NUÑEZ, Jorge y otros. “Chile a secas: La vulnerabilidad chilena frente a la sequía y déficit hídrico desde la interfaz ciencia –política. 2013. Consulta http://www.politicaspUBLICAS.udp.cl/media/publicaciones/archivos/365/Chile_a_Secas_Vulnerabilidad_chilena_frente_a_la_sequia_y_deficit_hidrico_extremo_desde_la_interfaz_ciencia-politica.pdf (Consultado 17.10.14).
- ROVERE Marta Brunilda, El agua como valor ambiental, social y económico: Gestión, planificación y protección de los recursos hídricos de conformidad al desarrollo sustentable, editado por WALSH Juan Rodrigo, Ambiente, Derecho y Sustentabilidad, Ediciones La Ley S.A., Buenos Aires, Argentina. 2000.
- VERGARA BLANCO, Alejandro. Atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de extracción de aguas, labores en cauces y construcción de obras hidráulicas. La coordinación administrativa en materia de aguas, en: La administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000 (Santiago, Conosur-Universidad de Chile). 2000.
- Estatuto jurídico de la fijación de caudales mínimos o ecológicos”, en: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. I, N° 1. 1999.

- Competencia administrativa para autorizar el uso y construcción de obras hidráulicas en cauces naturales. El caso de los pozos de exploración y explotación de aguas subterráneas, en: Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 16. 2006.