

**DECRETO DE ESCASEZ UN DESAFÍO OPERACIONAL FRENTE LA
SEQUÍA PROLONGADA.**

Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental una oportunidad a la escasez
hídrica.

POR: ERWIN WILLIAM GAJARDO PIZARRO

Tesina presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo
para optar al grado académico de Magíster en Derecho Ambiental.

PROFESOR GUÍA:

Sr. EDESIO CARRASCO QUIROGA.

Octubre 2021

SANTIAGO

©Se autoriza la reproducción de esta obra en modalidad acceso abierto para fines académicos o de investigación, siempre que se incluya la referencia bibliográfica.

Dedicada a Mayra Gajardo Villalobos,

por ser el motor que me impulsa

día a día hacia el camino de la vida.

AGRADECIMIENTOS

Agradecer a todos los que me acompañan en el proceso de aprendizaje, mi padre Eliseo Gajardo y mi madre María Pizarro, mis hermanos y sobrinas, a mi hija por la paciencia y la espera, a mis compañeros y a María Inés Cortés por el constante empuje a no decaer y no cerrar las puertas a los horizontes del aprendizaje.

El camino profesional está lleno de obstáculos y duros golpes, que te llevan a la reflexión y a tomar decisiones, es en ese marco se visibiliza la fortaleza del hombre, siendo la adaptación la mayor de sus virtudes.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO DEL DECRETO DE ESCASEZ.....	10
1.1 DECRETO DE ESCASEZ EN EL CÓDIGO DE AGUAS.	12
CAPÍTULO II: INSTITUCIONALIDAD Y OPERATIVIDAD PRÁCTICA DEL DECRETO DE ESCASEZ.....	14
2.1 FACULTAD DE REDISTRIBUCIÓN DE LAS AGUAS EN FUENTES NATURALES.....	15
2.2 FACULTAD DE AUTORIZAR NUEVAS EXTRACCIONES DE AGUAS.	18
2.3 OTORGAMIENTO EXTRAORDINARIO DE AUTORIZACIONES DEL TÍTULO I DEL LIBRO SEGUNDO DEL CDA.....	20
CAPÍTULO III: PROTECCIÓN DEL AGUA, SUS LIMITACIONES MEDIO AMBIENTALES Y RECONOCIMIENTO DEL DECRETO DE ESCASEZ EN EL SEIA.	28
3.1 DECLARACIÓN DE AGOTAMIENTO.....	29
3.2 REDUCCIÓN TEMPORAL A PRORRATA.	31
CAPÍTULO IV: INCORPORACIÓN DEL DECRETO DE ESCASEZ EN EL SEIA.....	32
4.1 PROYECTO DE ANÁLISIS SIMULADO.....	33
4.2 ANALISIS NORMATIVO CASO SIMULADO.....	34

CAPÍTULO V: CRITERIO DE EVALUACIÓN EN EL SEIA: CONTENIDOS TÉCNICOS PARA LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DEL RECURSO HÍDRICO.....	37
5.1 APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 25 QUINQUIES Y SU RELACIÓN CON EL DECRETO DE ESCASEZ.	41
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA.....	46

RESUMEN

El decreto de escasez es una herramienta extraordinaria, que intenta hacer frente a la sequía, cuyo objeto es lograr proteger y minimizar los daños a la producción agrícola por falta de agua, pero viendo esta herramienta desde el punto de vista del cuidado del medio ambiente, su uso continuo y de forma permanente podría generar daños irreversibles a mediano y largo plazo, es por ese motivo que se decide analizar la aplicabilidad del decreto de escasez como un desafío operacional frente la sequía prolongada, analizando su incorporación en el principal instrumento de gestión ambiental el SEIA, logrando fijar como objetivo, dilucidar la posibilidad de incorporar criterios de evaluación objetivos del decreto de escasez exigibles en relación al recurso hídrico, utilizado en las actividades y proyectos que se someten al SEIA. Finalmente confirmaremos la imposibilidad bajo la normativa actual de fijar un estándar de exigencia en su incorporación, quedando al arbitrio de los titulares de proyectos ingresados al sistema, la inclusión mediante mecanismos alternativos como los llamados compromisos ambientales voluntarios o los seguimientos obligatorios de las variables ambientales, planes de seguimiento de variables ambientales.

INTRODUCCIÓN

El cambio climático, la intervención humana, el uso irracional y la falta de políticas públicas concretas sobre la administración del recurso hídrico ha conjugado a agudizar la llamada “Crisis del Agua”, hoy su recuperación es urgente y debemos asumir las responsabilidades del caso.

Como humanidad enfrentamos uno de los desafíos más grandes de las últimas décadas y nuestro país es altamente vulnerable tras el enfrentamiento de la mayor sequía de su historia, es sumamente importante tomar decisiones y acciones racionales en busca de soluciones integrales para el cuidado, uso, conservación y tratamiento legal en torno al recurso hídrico. El escenario, no menos complejo, necesita de objetivos claros y dirigidos a obtener resultados a corto y mediano plazo, con el nacimiento de estrategias de diagnóstico sobre la problemática y la escasez hídrica, como por ejemplo el manejo integral de las cuencas, la Gestión Integrada del Recurso Hídrico¹ (GIRH) y el diagnóstico del escenario hídrico en la agenda 2030, que busca construir una propuesta que permita enfrentar los desafíos actuales y futuros, encaminado a lograr la seguridad hídrica del país.

En el ámbito internacional, a comienzos de la década de los años 90, se comienza a discutir y a realizar estudios por organismos internaciones como la

¹ Van Hofwegen y Jaspers la define como: “La gestión de las Aguas superficiales y subterráneas en un sentido cualitativo, cuantitativo y ecológico desde una perspectiva multidisciplinaria y centrada en las necesidades y requerimientos de la sociedad en general en relación con el agua”. Van Hofwegen y Jaspers (2000), p.6.

CEPAL, donde ya se hablaba del manejo integral del recurso agua, y así como Miguel Solanes², señala que *“El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente; el aprovechamiento y la gestión del agua deben inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles”*³, con esto nos damos cuenta que estamos atrasados en búsqueda de las soluciones de la problemática de la integración en relación a la escasez hídrica, destacando que la Dirección General de Aguas⁴, ha tomado como órgano de la administración del Estado, la iniciativa de enfrentar el problema, encontrando por ejemplo intentos de realizar modificaciones al sistema nacional de gestión de recursos hídricos.

Tras el análisis que puede existir después de diagnosticar el problema nos enfrentamos con el desafío de llevar a la materialidad de la vida diaria y en el desarrollo de proyectos, los resultados y el reconocimiento de las principales brechas y problemas institucionales por la falta de gobernanza de recursos hídricos en Chile y sobre todo por el desarrollo empobrecido de los llamados Decretos de Escasez Hídrica, que trataremos en su globalidad introduciéndolo al mundo del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA).

² Miguel Solanes, Asesor Regional en Legislación de Recursos Hídricos y Regulación de Servicios Públicos, CEPAL.

³ *Revista de la CEPAL N°64, abril de 1998, Santiago de Chile.*

⁴ D.G.A., creada en 1969, luego de la gran sequía del año 1968.

Con lo anterior buscaremos dilucidar si es posible introducir al SEIA, el concepto de Escasez Hídrica, analizando la normativa aplicable, buscando variables y casos sometidos a evaluación que eventualmente se les pueda exigir el control, seguimiento y por qué no, en caso de incumplimiento aplicar sanciones. Con esto buscamos responder la siguiente pregunta ¿Es el SEIA, un instrumento de gestión ambiental, adecuado para control ambiental de la gestión hídrica responsable?

CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO DEL DECRETO DE ESCASEZ.

La radiografía normativa sobre la cartera especializada en torno al mundo de las Aguas en Chile, básicamente se traduce al Código de Aguas⁵ (CdA) y la Constitución Política de la República de Chile (CPR), que regula en su capítulo III, De Los Derechos y Deberes Constitucionales, artículo 19 numero 24 inciso final, *“Los derechos de los particulares sobre las Aguas. Reconocidos o constituidos en conformidad a la Ley, otorgarán a sus titulares la Propiedad sobre ellos”*, lo que nos trae a una discusión en torno a los constantes cambios políticos Sociales que vive nuestro país frente a este punto normativo, que busca obtener un equilibrio entre el Derecho de Propiedad (privada) y el acceso universal al Agua, disyuntiva que no abordaremos en ésta oportunidad. El CdA es el cuerpo normativo que consagra el otorgamiento de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas (DDA) facultando desde el punto de vista del suministro hídrico a usar,

⁵ Por Decreto Con fuerza de Ley N°1122; Que fija Texto del Código de Aguas, Publicado en el Diario Oficial de 29 de Octubre de 1981.

gozar y disponer del recurso, que no aborda mayormente los conceptos de escasez y sequía, entendible desde el punto de vista originario, ya que el actual Código de Aguas data de 1981 y sus reformas escasamente abordan esta problemática, necesario es recordar que nuestro país y principalmente la zona central, atraviesa una de las sequías más depredadoras de las últimas décadas, siendo ésta la más prolongada de la que se tenga conocimiento.

El crecimiento demográfico del país según el censo 2002 y el censo 2017⁶, contribuyeron a un mayor consumo de agua, aumentando por ende la demanda en los procesos productivos y la evidente disminución de las precipitaciones en el norte y centro sur de Chile⁷, han acelerado entonces, la escasez hídrica en zonas ricas productivamente de gran importancia para el país y el mundo, como lo es por ejemplo la Región del Libertador Bernardo O'Higgins⁸.

Solo luego de comenzar a entender el cambio climático, el uso irracional del agua, la obtención de datos, estudios y creación de políticas públicas en torno a solucionar o al menos a disminuir los impactos de la escasez hídrica, se comienza incorporar conceptos de equivalencia y responsabilidades en torno al uso racional del agua, a la especulación o acaparamiento de Derechos de Aprovechamiento de aguas, es así como a través de la Ley N°20.017⁹, se

⁶Disponible en línea: <https://www.bcn.cl/siit/estadisticasterritoriales/estadisticas?categoria=demograficos>

⁷ Luengo (2019), p. 223.

⁸ Breve reseña Regional: <https://www.bcn.cl/siit/nuestropais/region6>.

⁹ Ley N°20.017, que "Modifica el Código de Aguas", (2005).

establece el pago de una patente por la no utilización de las Aguas, que en síntesis, señala que quien no utiliza el derecho de aprovechamiento de aguas de que es titular (por no tener las obras necesarias para su alumbramiento o captación, y restitución, en su caso) debe pagar una patente por no uso, imponiendo una sanción a quien no use su derecho de aprovechamiento de aguas¹⁰.

1.1 DECRETO DE ESCASEZ EN EL CÓDIGO DE AGUAS.

En nuestro CdA se regula la declaración de zonas de escasez en el artículo 314, que entrega al Presidente de la República la facultad de declarar zonas de escasez, estimando para ello un plazo máximo no prorrogables de seis meses. Del mismo modo la facultad de la DGA de distribuir las aguas en zonas declaradas de escasez hídrica lo encontramos en el artículo 315 del mismo cuerpo legal, y con esto permite a la Dirección General de Aguas adoptar medidas excepcionales con el fin de reducir los daños derivados de una extraordinaria sequía¹¹. Ante esto la creación de la institución de declaración de escasez, es una herramienta dirigida a rescatar y salvaguardar los intereses de los particulares, que en mayor o menor medida, buscan obtener un beneficio legal de tramitación rápida y eficaz, de lo que conoceremos como la “autorización temporal de extracción de aguas” con el objeto de salvar sus siembras y producciones mayoritariamente agrícolas y consumo humano.

¹⁰ Pérez y Abogabir (2021)

¹¹ Bottiger (2019) pp. 345 – 376.

La escasez se ve reflejada cuando un titular de DDA no puede ejercer conforme a su título la porción destinada a su uso, goce o disposición, generando así, luego de la declaración de escasez, el derecho a solicitar a la DGA la autorización de extracción temporal de aguas con cargo del Decreto de escasez, que mediante un procedimiento breve¹² busca solucionar en parte la problemática del acceso, uso y proporcionalidad del recurso hídrico. Lo anterior no está exento de problemas lo que nos lleva a preguntarnos, ¿Es o no el decreto de escasez una herramienta eficaz para disminuir la problemática del acceso al agua? analizándolo, por cierto, en iguales condiciones de los distintos actores del recurso hídrico como lo son, pequeños agricultores, pequeñas comunidades agrícolas, comités o cooperativas de agua potable rurales, consumidores domésticos del recurso¹³ y sobre todo grandes productores agrícolas con vastas extensiones de tierra cultivada, que se ven muchas veces observados por la lupa de la regulación social y su cumplimiento al filo de la Ley.

Con esto buscaremos entender la Institución del Decreto de Escasez, su aplicabilidad o posibilidad de ser introducida como una variante importante a la hora de evaluar un proyecto o actividad que se somete al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), en los capítulos siguientes.

¹² Véase Oficio ORD. N°406, de fecha 31 de julio de 2015, que Modifica y contempla Instructivo N°588, de fecha 05 de diciembre de 2014, sobre autorizaciones de extracción de aguas en zonas de escasez.

¹³ Artículo 56 del Código de Aguas, "Derecho para cavar pozos para bebida y uso doméstico y derechos de aguas del minero".

CAPÍTULO II: INSTITUCIONALIDAD Y OPERATIVIDAD PRÁCTICA DEL DECRETO DE ESCASEZ.

Como crítica, se cree que la institucionalidad vigente en nuestro país no fortalece la figura del decreto de escasez, que intenta hacer frente a sequías prolongadas, estimando que esta herramienta es de carácter excepcional,¹⁴ se pueda transformar en una herramienta de uso prolongado, faltando así a la excepcionalidad, que es su principal característica. La D.G.A. posee facultades excepcionales, siendo el principal organismo de operatividad de lo que significa la dictación de los decretos de escasez, sus facultades están enmarcadas principalmente en otorgar autorizaciones temporales de extracciones de agua superficiales y subterráneas sin contar necesariamente con ello la constitución de un nuevo derecho de aprovechamiento de aguas, dejando claro que, dichas autorizaciones se harán con cargo a la acreditación previa de ser titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, vigentes.

Este trabajo no busca analizar en profundidad las facultades excepcionales de la D.G.A., sino más bien describirlas, para generar el contexto necesario para analizar críticamente la institucionalidad del decreto de escasez hídrica e introducirlo al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental como variable

¹⁴ Ver Dictamen de la Contraloría General de la República, N°55.520 del año 2014, que señala que la potestad de la D.G.A., se debe entender que como excepcional frente a las autorizaciones de extracciones temporales de aguas, lo anterior conforme al procedimiento que rige en el CdA, dicho Dictamen señala *“que la potestad de la Dirección General de Aguas es una potestad excepcional, que le ha sido otorgada para enfrentar una situación de hecho como es la escasez hídrica, permitiéndole adoptar dentro del plazo contemplado en el antedicho artículo 314, las medidas que este precepto regula”*.

importante a la hora de exigir algún parámetro objetivo de ponderación al momento de evaluar una determinada actividad o proyecto que se somete al SEIA.

No está de más señalar que las facultades que posee hoy en día la DGA, son limitadas y reguladas por la escasa normativa que rodea al decreto de escasez, creando la problemática de atraer fuertemente a la interpretación ambiental y no a la certeza jurídica como estándar de acción, pues no contempla, bajo ninguna mirada jurídica o técnica la posible afectación que puede ocasionar al medio ambiente el ejercicio y puesta en marcha de actividades productivas que utilizan el recurso hídrico con cargo al decreto de escasez, pues su inclusión en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es inexistente hasta el día de hoy. Lo anterior cobra sentido al preguntarse ¿son las potestades de la DGA suficientes para enfrentar correctamente una escasez hídrica? O bien ¿pueden estas facultades afectar el normal ejercicio del derecho de los titulares de DAA? Y por último ¿su regulación o inclusión en el SEIA del Decreto de escasez práctico, de alguna manera, entregaría mayor certeza de cuidado ambiental de las aguas?, pues para aquello se debe analizar los efectos de dichas facultades de manera separa.

2.1 FACULTAD DE REDISTRIBUCIÓN DE LAS AGUAS EN FUENTES NATURALES.

Perteneciente a la DGA cuya primera meta es lograr acuerdos entre los propios usuarios de las aguas, para que en base al entendimiento comunitario, logren

redistribuir las aguas de una fuente natural, en zonas declaradas con escasez hídrica, pudiendo los usuarios lograr acuerdos en parte o por el total de las secciones de la fuente, con prorrateo de sus derechos de aprovechamiento de aguas, destacando que esta primera facultad no implica necesariamente la intervención de la DGA¹⁵.

A Falta de acuerdo de las organizaciones de usuarios de las aguas, es la DGA la llamada a intervenir y redistribuir¹⁶ las aguas de la fuente natural ya sea de manera completa o por secciones¹⁷ del río, cuyo fin es evitar el daño, en la medida de lo posible, que pueda generar la extrema sequía. En este supuesto deben cumplirse los requisitos de primero, exista una Organización de usuarios de Aguas, segundo, que la fuente natural de donde se ejerzan sus derechos de aprovechamiento de aguas, esté con la declaración de escasez hídrica vigente,

¹⁵ Dictamen N°16.545 (1996), de Contraloría General de la República, sobre atribuciones de la Dirección General de Aguas y atribuciones de los artículos 314 y 315, en caso de redistribución de las aguas del Río Aconcagua, Región de Valparaíso.

¹⁶ Excelentísima Corte Suprema de Chile, Sentencia Rol N°2014-2014, de fecha 25 de marzo de 2014, caratulada “Junta de Vigilancia de la Tercera sección del río Aconcagua con Junta de Vigilancia de la Primera Sección del Río Aconcagua”, causa que con motivo de la declaratoria de escasez hídrica y ante el supuesto incumplimiento y falta de acuerdo entre las referidas Organizaciones de Usuarios de Aguas, se interpone, por la actora recurso de protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, buscando reparar la supuesta afectación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas de sus usuarios ocasionado por la Junta de Vigilancia de la Primera Sección del Río Aconcagua, fallo que desestima las pretensiones de la Junta de Vigilancia de la Tercera Sección del Río Aconcagua, elevándose los por la actora a la Exma. Corte Suprema, la que confirma el Fallo del Tribunal a quo, pero que interesadamente el tribunal señala en su considerando segundo que a falta de acuerdos por los usuarios y sus Organizaciones, se prevé de que sea la propia DGA la que intervenga, incluso suspendiendo las atribuciones de las Juntas de Vigilancia y los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas en las zonas de escasez.

¹⁷ Artículo 263 inciso 1° Código de Aguas, “De las Juntas de Vigilancia”.

y tercero, que entre las organizaciones de usuarios de la fuente no exista acuerdo de distribución de las aguas.

Y por último, en esta facultad extraordinaria de la DGA de la redistribución de las Aguas en fuentes naturales o cauces artificiales, tenemos el tercer caso, que dice relación con que, ante la inexistencia de una Organización de Usuarios de Aguas en la fuente natural o cauces artificiales, a petición de parte¹⁸ la DGA podrá hacerse cargo de la distribución de las aguas en las zonas declaradas de escasez, conforme, por cierto, a las reglas establecidas en el CA.

Del anterior análisis de la primera facultad de la DGA para hacer frente a la sequía y operatividad practica de la institución que llamamos decreto de escasez, se puede reafirmar que en nada se acerca siquiera a establecer un criterio o buscar un objetivo de protección ambiental de las aguas, tanto de sus fuentes superficiales o subterráneas, pues solo se limita a buscar una solución práctica de resguardo de intereses productivos o de consumo del recurso hídrico, estando ausente principios de integración de cuencas, protección del medio ambiente e incluso del acceso al derecho humano al agua. Siendo el decreto de escasez una herramienta cuyo objetivo, como lo señala el artículo 314 del CA., es “reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía”, pero de la protección al uso del derecho de aprovechamiento del agua, por parte de sus titulares y no con un fin de protección al medio ambiente o en beneficio del bien común o

¹⁸ Artículo 315 Código de Aguas.

derechos colectivos, por lo que su incorporación de alguna manera en proyectos o actividades que se someten al SEIA, al menos en esta primera facultad extraordinaria, es inviable con nuestra actual legislación sectorial.

2.2 FACULTAD DE AUTORIZAR NUEVAS EXTRACCIONES DE AGUAS.

Entregada por Ley a la DGA, para que actuando extraordinariamente, otorgue autorizaciones de extracción¹⁹ temporal de aguas subterráneas o superficiales desde un punto distinto al autorizado a un titular de derechos de aprovechamiento de aguas, destacando que no significa una nueva constitución de derechos, sino más bien es, con cargo al decreto de escasez frente a su propia titularidad de derechos, situación que nos define claramente tres requisitos para acceder a este beneficio legal, primero el solicitante de la autorización de extracción temporal de aguas, debe ser titular de derechos de aprovechamiento de aguas, segundo, debe estar afectado por la sequía, entiendo por tal que, han disminuido sus posibilidades de ejercer su derecho de aprovechamiento de aguas en su totalidad o parcialmente desde el punto autorizado originalmente y tercero someterse al procedimiento voluntario de solicitud de extracción temporal, autorizando a la DGA a fiscalizar su extracción temporal para el cumplimiento de la misma.

¹⁹ Artículo 314 inciso 4°, “Una vez declarada la zona de escasez y por el mismo período señalado en el inciso primero de este artículo, la Dirección General de Aguas podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin la limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1”

Respecto de esta facultad de la DGA la Contraloría General de la República²⁰ señala que por tratarse de una facultad excepcional, este procedimiento no debe cumplir con lo establecido en el párrafo 2° del Título I, del Libro Segundo del CA., permitiéndole así, adoptar por el período de 6 meses (tiempo de vigencia del decreto de escasez, no prorrogable), las medidas necesarias para enfrentar la escasez hídrica.

Respecto del análisis que se puede realizar a esta facultad de la DGA, podemos señalar que es sumamente importante establecer un criterio de ponderación y evaluación de alternativas viables de cumplimiento ambiental, en post del resguardo del medio ambiente, pues al ser un procedimiento expedito de autorización de extracción temporal de las aguas, y frente a la instrumentalización del decreto de escasez, que muchas veces, se prolonga en el tiempo, debido a la dictación casi inmediata al término de la vigencia entre uno y otro, puede tener incorporado en sí, una afectación a cuerpos de aguas subterráneas y superficiales, y por consiguiente una afectación mayor incluso a la flora y fauna que depende de este recurso, en sectores ecosistémicos frágiles, situación que debe ser visibilizada.

El establecimiento de criterios dentro del proceso de evaluación ambiental, debe responder al cuidado del medio ambiente o el componente agua, en el desarrollo de actividades o proyectos que se pretenden instalar en zonas identificadas, con

²⁰ Contraloría General de la República, Dictamen N°55.520 (2014).

un alto potencial de ser declaradas como zonas de escasez hídrica, introduciendo obligaciones en el control de extracciones temporales de las aguas, adelantando posibilidades de introducir indicadores de cumplimiento o quizás establecer un Compromiso Ambiental Voluntario, para el cuidado y asegurar así el abastecimiento de agua a localidades que se pueden ver afectadas por la sequía y que muchas veces no cuentan con el apoyo Estatal necesario para sortear con éxito los problemas que trae la escasez hídrica. Es entonces en esta facultad extraordinaria, el primer acercamiento posible para introducir el decreto de escasez a la evaluación ambiental, ya sea como normativa ambiental aplicable, o como propuesta de control y apoyo en un Compromiso Ambiental Voluntario en un proyecto o actividad que se somete al SEIA, siendo obligación de la DGA relevar en sus pronunciamientos e informes, como Organismo de la Administración del Estado con competencia ambiental, la importancia de agregar valor a la evaluación ambiental y al propio decreto de escasez hídrica.

2.3 OTORGAMIENTO EXTRAORDINARIO DE AUTORIZACIONES DEL TÍTULO I DEL LIBRO SEGUNDO DEL CDA.

Facultad de otorgar extraordinariamente autorizaciones enmarcadas en CdA, tales como construcción, modificación y unificación de bocatomas, cambios de punto de captación de aguas, modificación de cauces naturales o artificiales, cambio de fuente de abastecimiento y traslado del ejercicio de los derechos de

aprovechamiento de aguas²¹. Esta facultad similar a la anterior, debe entenderse que su período de vigencia es de 6 meses, ya que, sigue siendo una excepcionalidad a la norma, debido a la imperiosa situación de escasez.

Las solicitudes que se enmarcan en este punto tienen por objeto realizar obras nuevas o modificar obras existentes para poder ejercer y usar los derechos de aprovechamiento de las aguas en período de extrema sequía de manera de ejercer de una forma más adecuada y eficiente el recurso, situación absolutamente necesaria. Se debe entender que cumplido el período de vigencia del decreto de escasez que autoriza este tipo de obras o solicitudes, dichas obras no pueden seguir operando bajo los mismos parámetros y sus titulares, por tanto, deberán solicitar de la autoridad competente los permisos y autorizaciones correspondientes conforme al procedimiento normal establecido del CdA.

En ésta tercera facultad extraordinaria de la DGA frente al decreto de escasez, nuevamente encontramos que no existen ponderaciones medio ambientales frente a las acciones que pueden someterse los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, pues no existe un procedimiento que permita, no tan solo asegurar el ejercicio del derecho, sino que también en su conjunto asegurar el respeto y cuidado al medio ambiente y el acceso al agua para el consumo humano. Cuando hablamos de consideraciones excepcionales, entendemos que van mucho más allá de lo que se debería entender por resguardar o reducir al

²¹ Ver Artículo 150 y siguientes del Código de Aguas.

mínimo los daños generador por la sequía, como lo expresa el artículo 314 del CdA., pues bien no se incluyen conceptos de conservación o preservación del medio ambiente, y esto nos queda claro al saber que las tratadas facultades, autorizan a no respetar un caudal ecológico²² mínimo, por el período de vigencia del decreto de escasez.

Los principales instrumentos en nuestro país, que tratan sobre caudales ecológicos mínimos los encontramos en la legislación sectorial especializada como es el artículo 129 bis 1 del CdA., y su reglamento el Decreto Supremo N°14, del año 2012, del Ministerio de Medio Ambiente, y en un segundo instrumento, en la propia legislación ambiental conocido como *caudal ambiental*, tratado en la Ley N°19.300 y el Reglamento del SEIA, cuerpo normativo que lo contempla como media de mitigación en la evaluación ambiental de proyectos o actividades que se someten al SEIA.

El artículo 129 bis 1 del CdA., que fuera agregado en el año 2005 tras la modificación del CdA., por la Ley N°20.017, señala que “*Al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas velará **por la preservación de la naturaleza y la proyección del medio ambiente**, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, el cual sólo afectará a los **nuevos derechos que se constituyan**, para lo cual deberá considerar también*

²² Definición, Caudal Ecológico, “Caudal mínimo necesario para asegurar la supervivencia de un ecosistema acuático preestablecido”, Riestra Miranda, Francisco. “Establecimiento de caudales ecológicos mínimos en Chile”, En Castro M. y Fernández, L.

las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial". (lo destacado es propio). Vemos que dicha norma, integrante del instrumento de preservación y protección del medio ambiente, encuentra la propia barrera de la limitación de establecer un caudal ecológico mínimo²³ solo a nuevos derechos que se constituyan, es decir, desde el año 2005 a la fecha, para fuentes naturales superficiales y que considerará condiciones de cada fuente, pero nada señala sobre el cambio o que fije limitaciones futuras en caso de que dichas condiciones naturales de las fuentes superficiales varíen, por ejemplo a causa de un detrimento por sequía, lo que hace al instrumento de preservación vulnerable y totalmente franqueable frente a las facultades extraordinarias de autorizaciones temporales del decreto de escasez, al permitir estas autorizaciones sin un control o preservación del medio ambiente y sus caudales ecológicos.

En otro sentido, el citado artículo solo hace referencia a las aguas superficiales y no a las fuentes subterráneas, situación que debería ser analizada, ya que, como podemos ver en la práctica, son las fuentes subterráneas las que son más utilizadas por los titulares a la hora de solicitar extracciones temporales con cargo al Decreto de Escasez. Resulta a lo menos preocupante la cantidad de

²³ El artículo 129 bis 1 del Código de aguas establece en su inciso segundo que; "Un Reglamento, que deberá llevar la firma de los ministros del Medio Ambiente y Obras Públicas, determinará los criterios en virtud de los cuales se establecerá el caudal ecológico mínimo. El caudal ecológico mínimo no podrá ser superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial".

solicitudes y autorizaciones dadas entre el período de los años 2020 - 2021 y con detalle de sus caudales informados por la DGA²⁴.

Región		Agrícola	Organización de Usuarios	Servicio Sanitario	Servicio Sanitario Rural	Minería	Servicio Público	Industrial	Total
Atacama	N° solicitudes autorizadas	11	0	0	0	0	0	0	11
	Caudal	435,7	0	0	0	0	0	0	435,7
Coquimbo	N° solicitudes autorizadas	0	30	0	230	18	1	0	279
	Caudal	0	1502,1	0	766,3	74,7	13	0	2356,1
Valparaíso	N° solicitudes autorizadas	232	2	63	0	0	28	0	325
	Caudal	1768,6	157	4767	0	0	3803,7	0	10496,3
R. M.	N° solicitudes autorizadas	18	0	3	3	0	0	2	26
	Caudal	765,2	0	3505	8,4	0	0	35	4313,6
O'Higgins	N° solicitudes autorizadas	26	0	0	0	0	0	0	26
	Caudal	268,7	0	0	0	0	0	0	268,7

Figura N°5 del Segundo informe Consolidado de Solicitudes Temporales Amparadas en los Decretos de Escasez Período 2020-2021, Departamento de Fiscalización, SDT N°442, Santiago, Agosto 2021, que muestra la gráfica de solicitudes de extracciones temporales aprobadas por rubro y región, con indicación de caudales totales, superando los 17.868 litros por segundo de

²⁴ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2021)

extracción, lo que nos evidencia y reafirma la idea de establecer un criterio de cuidado medio ambiental en relación con la aplicabilidad y operatividad del decreto de escasez, que como vemos, no existe comunicabilidad entre la protección al medio ambiente y preservación de la naturaleza establecida en el artículo 129 bis 1 del CdA., y el instrumento excepcional y principal herramienta que trata de hacer frente a la sequía que nos afecta hace más de una década en el país.

Importante reflexión que nos permite expresar que el derecho sectorial ha tomado poco en consideración su vínculo ineludible con la vida en todas sus formas, con los derechos humanos y con la sustentabilidad ambiental habiendo sido estos aspectos excluidos de las normas jurídicas que conforman lo que podríamos llamar derecho de aguas en Chile²⁵.

En cuanto a la protección de las aguas en la Ley N°19.300, podemos señalar desde ya que, si nos referimos al SEIA, el recurso hídrico es un elemento que debe ser considerado como una variable de gran importancia y como un elemento esencial dentro de la evaluación ambiental de proyectos, que de una u otra forma, utilizan el agua para poder operar sus actividades, determinar sus efectos en los proyectos que deben ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental debe ser prioridad en tiempos de sequía. El segundo elemento de

²⁵ COSTA Y DUHART (2021) p.4.

protección del medio ambiente es el llamado caudal ambiental²⁶, que como se señaló anteriormente está contemplado en el SEIA como una medida de mitigación en la evaluación ambiental de los proyectos.

Entendiendo que cuando, un proyecto o actividad debe someterse al SEIA si se configura alguna de las tipologías descritas en el artículo 10 de la Ley y en el artículo 3 del Reglamento del SEIA. Una vez determinado el ingreso de un proyecto a evaluación, según lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento del SEIA²⁷, corresponderá al titular de cada actividad realizar el correspondiente análisis para establecer si el ingreso debe realizarse mediante una DIA o a través de un EIA.

En el caso que el proyecto ingrese al SEIA mediante una DIA, se deben analizar todos los componentes ambientales establecidos en el artículo 11 de la Ley N°19.300, descartando la generación de impactos ambientales significativos. En este sentido, corresponderá a los OAECAS pronunciarse respecto de la generación de los efectos, características y circunstancias (en adelante, "ECC") del artículo 11 de la Ley, lo cual, de acuerdo con los artículos 47, 52 y 55 del

²⁶ Definición de Caudal Ambiental: "Los caudales ambientales son los flujos de agua, el momento de su aplicación y la calidad de las aguas precisos para mantener los ecosistemas de agua dulce y de los estuarios, así como los medios de subsistencia y bienestar de las personas que dependen del ecosistema". Declaratoria sobre los aspectos clave y agenda de acción global para proteger los ríos a nivel mundial. Declaración de Brisbane año 2007.

²⁷ Artículo 4.- Vía de Evaluación. "El titular de un proyecto o actividad que se someta al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo hará presentando una Declaración de Impacto Ambiental, salvo que dicho proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias contemplados en el artículo 11 de la Ley y en los artículos siguientes de este Título, en cuyo caso deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental".

Reglamento del SEIA, será incorporado en el proceso de evaluación ambiental. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Reglamento, el ICE considerará, entre otros, los antecedentes que justifican que el proyecto o actividad **no requiere la presentación de un EIA**²⁸.

Para el caso de la presentación de un proyecto por vía de Declaración de Impacto Ambiental, donde se debe justificar la inexistencia de ECC del artículo 11 de la Ley N°19.300, el titular puede proponer compromisos ambientales voluntarios²⁹, como lo es en el caso de los proyectos de Centrales hidroeléctricas que se someten al SEIA, donde se establece un régimen de caudal ambiental, cuyo objetivo es garantizar los efectos propios, ya sea, de la extracción o acumulación de las aguas no alteren las condiciones ecológicas del cauce, los servicios ecosistémicos ni las actividades que se desarrollan o dependen de la fuente natural superficial, siendo el SEA y los distintos OAECAS los encargados de verificar el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable y calificar la efectividad de las medidas ambientales propuestas por los actores.

²⁸ En el caso que el ingreso del proyecto se realice a través de un EIA, el titular deberá acreditar que las medidas de mitigación, reparación o compensación son adecuadas para hacerse cargo de los impactos significativos generados por el proyecto. En este caso, según disponen los artículos 35, 40 y 43 del Reglamento del SEIA, los OAECAS deberán pronunciarse respecto de las medidas propuestas por el EIA para hacerse cargo de los ECC, siendo estos antecedentes, entre otros, incorporados en el ICE según lo dispuesto en el artículo 44 del Reglamento.

²⁹ Compromisos ambientales voluntarios (CAV), de acuerdo a los artículos 18 letra m) y 19 letra d) del RSEIA, son aquellos “no exigidos por la legislación vigente, que el titular del proyecto o actividad contemple realizar, con la indicación precisa del lugar y momento en que se verificarán, así como los indicadores de cumplimiento, si corresponde. Entre dichos compromisos, se podrá considerar los que se hacen cargo de los impactos no significativos y los asociados a verificar que no se generan impactos significativos”

Del análisis que se puede realizar tanto de lo anteriormente expresado o de la revisión de la Guía metodológica para determinar el caudal ambiental para centrales hidroeléctricas en el SEIA, nuevamente nos encontramos con la disyuntiva que éste instrumento, aborda someramente los conceptos de preservación y protección ambiental, no acercándose siquiera indirectamente a la posibilidad de variación de caudales ambientales en épocas de extrema sequía, no conteniendo un breve esbozo siquiera, al relacionamiento de la evaluación ambiental con el decreto de escasez, extendiendo con mayor amplitud de vacío al resto de las tipologías enmarcadas en nuestra legislación ambiental.

CAPÍTULO III: PROTECCIÓN DEL AGUA, SUS LIMITACIONES MEDIO AMBIENTALES Y RECONOCIMIENTO DEL DECRETO DE ESCASEZ EN EL SEIA.

Distintos son los mecanismos de protección sobre las aguas que existen en Chile, como ya desarrollamos anteriormente, el relacionamiento entre los instrumentos de protección más cercanos a la protección medio ambiental, que tenga como base las aguas, como lo son, el Caudal ecológico mínimo y la determinación de un caudal ambiental, con el instrumento que busca evitar o disminuir los daños por la sequía, el llamado decreto de escasez hídrica, siguen siendo en cierta medida, contrapuestos con otros métodos de protección de las aguas, el medio ambiente y su escasa aplicabilidad en el reconocimiento del recurso hídrico en el SEIA. AL no existir mecanismos y criterios de evaluación

en la incorporación del decreto de escasez en la evaluación ambiental de un proyecto, nos lleva hoy en día a solo remitirnos a consideraciones voluntarias por parte de los titulares de proyectos que se someten al SEIA, sin evaluar los potenciales impactos que puede generar en el medio ambiente, el desarrollo de su actividad o proyecto inmerso en una zona de escasez hídrica, debilitando así algunos de los mecanismos de protección de las aguas como lo son la declaración de agotamiento, la declaración de área de restricción, declaración de zona de prohibición y la reducción temporal a prorrata del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas por afectación de la sustentabilidad del acuífero.

3.1 DECLARACIÓN DE AGOTAMIENTO.

Contrario a lo que podríamos pensar, la declaración de agotamiento, de facultad del Director General de Aguas³⁰, no busca la protección del medio ambiente o la conservación del mismo, ni mucho menos busca o pretende encontrar la protección de las aguas, pues su sentido es la protección de los derechos de

³⁰ Artículo 282, Código de Aguas. “El Director General de Aguas podrá declarar en caso justificado, a petición fundada de la junta de vigilancia respectiva o de cualquier interesado y para los efectos de la concesión de nuevos derechos consuntivos permanentes, el agotamiento de las fuentes naturales de aguas, sean éstas cauces naturales, lagos, lagunas u otros.

Declarado el agotamiento no podrá concederse derechos consuntivos permanentes.

El Director podrá también, revocar la declaración de agotamiento a petición justificada de organizaciones de usuarios o terceros interesados.

Estas solicitudes se tramitarán ante la Dirección General de Aguas, de acuerdo al procedimiento del párrafo 1º, del Título I, del Libro II, de este código. La de revocación deberá estar fundada en antecedentes que demuestren que no se ocasionará perjuicio a los derechos permanentes y eventuales constituidos. Se considerará como tales la existencia de obras de regulación que modifiquen el régimen existente en la corriente, estadística que contenga los caudales captados en períodos normales y de sequía, en la corriente natural y en los canales derivados”.

aprovechamiento de aguas ya constituidos, es decir, evitar las afectaciones al ejercicio del derecho a los titulares de las aguas de una fuente natural. Con esto se escapa de toda lógica de conservación del recurso, y tal como se podría interpretar, al igual que la declaración de escasez hídrica, su objetivo es proteger no el medio sino que el fin, el uso, el ejercicio, el aprovechamiento, lo material y lo objetivo, evitando entonces la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no restringiendo su uso a aquellos ya existentes.

Se comprueba una vez más, que el sentido se lo dan los actores involucrados, por una parte la declaratoria por parte de la DGA, quien fundadamente y con acuerdo y petición eventualmente de las respectivas Juntas de Vigilancia³¹, dan vida a la declaración de agotamiento, y por otra el fin de la declaratoria, que también puede ser revocada a petición de las organizaciones de usuarios de aguas, bajo fundados antecedentes que demuestren la no afectación a derechos de permanentes y eventuales constituidos a favor de terceros.

Luego podemos encontrar que otra fuente de protección de las aguas, ligada estrictamente a la declaración de agotamiento, tenemos las declaratorias de áreas de restricción³² y zonas de prohibición³³, que al igual que la protección por agotamiento, tienen por objeto impedir la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, haciendo la distinción que para los primeros

³¹ Artículo 274 N°6, Código de Aguas. "Atribuciones y deberes del Directorio de las Juntas de Vigilancia".

³² Artículo 65 y siguientes del Código de Aguas.

³³ Artículo 63 del Código de Aguas.

(restricción), se impide la constitución de derechos definitivos, quedando solamente autorizada la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas provisionales, diferencias con la declaración de zona de prohibición, cuyo fin es prohibir cualquier nueva constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, incluso los de carácter provisionales.

3.2 REDUCCIÓN TEMPORAL A PRORRATA.

La reducción temporal a prorrata por afectación sustentabilidad del acuífero³⁴, una de las más poco conocidas y restrictivas de protección de las aguas, totalmente contrarias a las llamadas autorizaciones temporales con cargo al derecho de escasez, que básicamente incorpora la posibilidad de reducir temporalmente el ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas de un sector acuífero común, por afectación de algunos usuarios, titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, restricción que busca la sustentabilidad del acuífero, que no es otra cosa más que la recuperación de sus niveles normales de recarga. Entregada dicha facultad a la DGA, ya sea a petición de un interesado o de oficio, que mediante resolución fundada puede dar nacimiento a dicha restricción, y que de igual manera podrá ser dejada sin

³⁴ Artículo 62 del Código de Aguas. "Si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios afectare la sustentabilidad del acuífero u ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, de oficio o a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos, mediante resolución fundada.

Esta medida quedará sin efecto cuando los solicitantes reconsideren su petición o cuando a juicio de dicha Dirección hubieren cesado las causas que la originaron. Artículo modificado por la Ley N°21.064 del año 2018, que Introduce Modificaciones al Marco Normativo que rige las Aguas en materia de Fiscalización y Sanciones.

efecto a petición de los solicitantes o de oficio por la autoridad sectorial, estimando que las causas que originaron tal afectación a la sustentabilidad del acuífero ya han cesado.

La crítica de la no conversación y aplicabilidad de estas normas en épocas de extremas sequías, viene dada ya que, son totalmente contrapuestas pero que muchas veces conviven en un mismo tiempo, es decir, en aquellas comunas declaradas con decretos de escasez, se podrá perforar y alumbrar aguas desde un punto distinto, para extraerlas temporalmente con cargo al dicho decreto y a la vez contribuye a la sobre explotación del sector acuífero común, el mismo que en caso de verse afectado, algún titular podrá solicitar la reducción del ejercicio del derechos de aprovechamiento de aguas en el mismo sector acuífero, en post de la sustentabilidad del mismo, en zonas de prohibición, áreas de restricción y en zonas declaradas como agotadas, entonces cabe preguntarse nuevamente ¿Es el SEIA el instrumento de gestión ambiental adecuado para evitar estas incongruencias de normas que conviven en un mismo espacio de tiempo?

CAPÍTULO IV: INCORPORACIÓN DEL DECRETO DE ESCASEZ EN EL SEIA.

La ausencia de variables ambientales en el decreto de escasez como instrumento que hace frente a la sequía, ha creado un clima adverso a la hora de evaluar su eficacia normativa, y hace aún más complejo la comprensión de cómo sería su incorporación al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental,

pues las diferencias en los instrumentos, que deberían ser especializados en resguardar la preservación de la naturaleza y el medio ambiente, hoy son dispares.

Las limitaciones a los derechos de aprovechamiento de aguas en el ejercicio del caudal ecológico, ya sea, establecidos mediante títulos o autorizaciones administrativas, que deben respetar dicha limitación, implica que en una misma fuente natural las captaciones existentes versus las temporalmente autorizadas no contribuyan en igual forma al mantenimiento de los caudales mínimos para efectos de protección ambiental. En primer lugar, esta diferencia vuelve ineficaz la limitación para el cumplimiento del objetivo del caudal ecológico, pues bien algunas captaciones respetarían dicho caudal y otras captaciones no, crítica que ya se ha visibilizado a este instrumento. Pero además, en este caso implica una desigualdad de cargas entre titulares de derechos ya constituidos y las extracciones temporalmente autorizadas, lo que no es justo y puede ser fuente de conflicto entre los usuarios de las fuentes naturales respectivas³⁵.

4.1 PROYECTO DE ANÁLISIS SIMULADO.

Para analizar la procedencia de la incorporación del decreto de escasez a la evaluación ambiental de un proyecto, podemos realizar un ejercicio simulado de evaluación ambiental de una actividad o proyecto que cuya actividad u objetivo considere la utilización de agua. Para esto recurriremos al análisis del Proyecto

³⁵ Bottiger C. (2019) p.371.

“Mejoramiento del sistema de riego predio El Seco”, que consiste en mejorar la disponibilidad y certeza hídrica del predio de manera de hacer sostenible la rentabilidad productiva del predio, esto es incrementar la disponibilidad de aguas provenientes del canal Cholguan, derechos de 7 acciones, que se trasladan por el canal Maderillo, y de una batería de 5 pozos profundos que abastecen al predio de aguas, todos con sus derechos de aprovechamiento de aguas constituidos, con posterioridad al año 2005 y que son insuficientes durante el periodo de verano, por ello se ha decidido complementarlo con un embalse de temporada localizado en el mismo predio El Seco, de la comuna de Las Cabras³⁶, provincia Cachapoal, Región de O’Higgins, de una superficie de 1589 ha. El lugar donde se ubicará el embalse corresponde a un sector en que las condiciones son favorables para la construcción de una presa, debido a que corresponde a un terreno de secano, se encuentra inexplorada de largo tiempo y las condiciones de hidrología serán resguardadas para la vida de la fauna terrestre, aviar y acuática según se acredita más adelante.

4.2 ANALISIS NORMATIVO CASO SIMULADO.

La tipología de nuestro proyecto simulado y su pertinencia de ingreso al SEIA se ha determinado en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N°19.300, que establece que los Proyectos o actividades en el artículo 10 de la Ley, sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental. El artículo

³⁶ Comuna de las Cabras, que para el caso hipotético, se encuentra ubicado en una zona declarada como escasez hídrica y tiene actualmente decreto de escasez vigente, además de ser una comuna con alta vulnerabilidad frente a la sequía de la Región de O’Higgins.

10 letra a) de la Ley establece que, deben someterse al SEIA los “acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de agua.

Por su parte el D.S. N°40 de 2012, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), en su artículo tercero letra a) establece que los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son los siguientes:

a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas. Se entenderá que estos proyectos o actividades son significativos cuando se trate de; a.1) *Presas cuyo muro tenga una altura superior a cinco metros (5 m) medidos desde el coronamiento hasta el nivel del terreno natural, en el plano vertical que pasa por el eje de éste y que soportará el embalse de las aguas, o que generen un embalse con una capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos (50.000 m³).*

Considerando que el Proyecto corresponde a un tranque con un muro de 9,9 m³⁷ de altura y que permitirá almacenar un volumen útil de 394.669 m³, el Proyecto se somete a evaluación al SEIA debido a que se encuentra listado del Artº 3, letra a) y el literal a1) del RSEIA (D.S 40 MMA/2012). Se puede decir que este embalse es de “clase A” según definición del DS 50/15 del MOP³⁸.

En base a la información proporcionada anteriormente, rescatamos que el recurso agua, será el principal factor en la evaluación de dicho proyecto, ya que sin ella, no tiene sentido la construcción del embalse de grandes proporciones, ahora bien, teniendo presente la declaración de zona de escasez hídrica, cabe preguntarse ¿cómo evaluar las variables ambientales centrándolas en el recurso agua y la declaración de escasez?, sólo tenemos como herramienta el respeto al “caudal ambiental” o por otro lado el “caudal ecológico” de los derechos de aprovechamiento de aguas, que el titular del proyecto respalda a lo largo de la evaluación, pero no existen variables de acción frente al decreto de escasez, entregados finalmente al arbitrio y compromiso del propio titular, ya que, al no tener un instrumento objetivo o una normativa ambiental aplicable no contradictoria de evaluación ambiental, no hay formas actualmente de introducirlo de una manera objetiva a la evaluación ambiental, donde se pueda

³⁷ Muro de 9,9 m, medidas hipotéticas para el cumplimiento de la tipificación de la obra, para que sea catalogada como obra mayor.

³⁸ DS 50/15 del MOP, de fecha 13 de enero de 2015, que Aprueba reglamento a que se refiere el artículo 295 inciso 2º, del Código de Aguas, estableciendo las condiciones técnicas que deberán cumplirse en el proyecto, construcción y operación de las obras hidráulicas identificadas en el artículo 294 del referido texto legal.

exigir y plasmar obligaciones a los titulares en su respectiva Resolución de calificación ambiental, quedando entonces una sola alternativa poco eficiente, como lo son los compromisos ambientales voluntarios. Los efectos que pueda causar en el medio ambiente el uso irracional del agua en estado de decreto de escasez, o peor aún si se sigue convirtiendo el decreto de escasez como la única herramienta para combatir la sequía, serán efectos irreversibles en algunos territorios vulnerables a la sequía.

CAPÍTULO V: CRITERIO DE EVALUACIÓN EN EL SEIA: CONTENIDOS TÉCNICOS PARA LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DEL RECURSO HÍDRICO.

Como señalamos anteriormente, al SEA como administrador del SEIA, le corresponde, entre otras facultades y competencias, *“uniformar los criterios, requisitos, condiciones, antecedentes, certificados, trámites, exigencias técnicas y procedimientos de carácter ambiental que establezcan los ministerios y demás organismos del Estado competentes, mediante el establecimiento, entre otros, de guías trámite”*³⁹, y recientemente mediante la Resolución Exenta N°202199101173⁴⁰, de fecha 30 de marzo de 2021, en uso de sus facultades el SEA elaboró el documento titulado “Criterio de Evaluación en el SEIA: Contenidos Técnicos para la Evaluación Ambiental del Recurso Hídrico”, documento que se realizó en colaboración con la DGA.

³⁹ Artículo 81, letra d), de la Ley N°19.300.

⁴⁰ SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2021)

El objetivo del documento es entregar lineamientos técnicos para la elaboración de las Declaraciones de Impacto Ambiental o Estudios de Impacto Ambiental, es decir, es una herramienta que los titulares de proyectos deben tener en consideración a la hora de preparar sus proyectos en etapas previas al ingreso al SEIA, proporcionándoles los detalles de los antecedentes e información necesaria para la evaluación ambiental en relación al recurso hídrico. A mayor abundamiento contiene información referente a la identificación de impactos, determinación de área de influencia, descripción de los objetos de protección, caracterización del recurso hídrico, seguimiento ambiental y planes de alerta temprana.

El detalle del contenido deja entrever que nuevamente nos encontramos con un documento que no entrega lineamientos referente a cómo se debería evaluar o identificar impactos ambientales⁴¹, en zonas sensibles a la escasez hídrica pues en este punto parece relevante incorporar variables de reconocimiento de alteraciones directas o indirectas por el uso del agua en proyectos que en gran medida dependen de este recurso. Su uso irracional, podría provocar una alteración sobre el componente hídrico, aún mayor en zonas de extrema sequía, que producirá sin duda alguna afectación a sistemas de vida y costumbres de grupos humanos como por ejemplo, falta de abastecimiento de agua potable en zonas rurales o profundización de napas subterráneas por disminución de los

⁴¹ Se entenderá, de acuerdo al literal e) del artículo 2° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA) como, *“Impacto ambiental: Alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”*.

niveles freáticos de pozos y norias destinadas al consumo humano, a causa de la sobre explotación de aguas subterráneas por un proyecto o actividad que cuente con RCA favorable pero sin Plan de Seguimiento de Variables Ambientales, sin Compromisos Ambientales Voluntarios o Seguimiento Ambiental. No bastará, entonces, señalar que una de las alteraciones sobre el recurso hídrico puede ser, entre otras, el cambio en los niveles de agua subterránea, creo firmemente que debe ser incorporado en relación a éste ítems el cambio en los niveles de agua subterránea por el estrés hídrico del sector, que sin ser una afectación directa de la propia actividad del titular de un proyecto, debe ser considerada como un escenario probable en la ejecución a lo largo de la vida útil de su proyecto.

Lo mismo sucede al analizar el título 4.1 del documento, sobre “Caracterización del recurso hídrico”, que nos señala algunos elementos a considerar al momento de realizar una caracterización de agua subterránea y/o superficial⁴². Nos entrega un listado somero, sin variables de reconocimiento a la escasez hídrica, pudiendo en cierta manera solicitar que se describa o proporcione información sobre la afectación que ha tenido la sequía en el sector de emplazamiento del proyecto, entregando información sobre la identificación de las fuentes de aguas superficiales o subterráneas, describiendo su variación estacional, en relación al uso de las aguas, como por ejemplo describir si a lo largo del tiempo y debido a

⁴² SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2021).

la escasez hídrica se han disminuido las hectáreas de riego, si se ha cambiado el tipo de agricultura o si su población a sufrido escasez en pozos destinados al consumo humano, relacionándolo siempre con un escenario futuro y rescatando por cierto las fuentes de información, que para el caso tenemos, los Informes Consolidados de Solicitudes Temporales Amparadas en los Decretos de Escasez (anuales) y el listado de los Decretos de escasez vigentes y no vigentes, dictados a lo largo del país, ambas fuentes proporcionadas por la DGA.

Finalmente podemos señalar que el seguimiento ambiental del recurso hídrico en zonas declaradas con escasez, se debería transformar en una herramienta de gran utilidad al momento de gestionar el comportamiento de las variables ambientales, para detectar la generación de impactos no deseados con mayor prontitud y así tomar las medidas de resguardo necesarias por parte del titular del proyecto, evaluando la efectividad de las medidas propuestas en la evaluación ambiental y plasmadas en su RCA. La incorporación de información o el levantamiento de ésta en relación al decreto de escasez es de importancia para el desarrollo de una actividad, que los ayudará a desarrollar un “plan de seguimiento de las variables ambientales”⁴³, para el caso de los EIA, más robusto

⁴³ Contemplado en el artículo 105 del RSEIA; “Plan de seguimiento de las variables ambientales. El Plan de Seguimiento de las Variables Ambientales tiene por finalidad asegurar que las variables ambientales relevantes que fueron objeto de evaluación ambiental, evolucionan según lo proyectado.

Dicho plan deberá ser elaborado de conformidad a las instrucciones generales que dicte la Superintendencia y deberá contener, cuando sea procedente, para cada fase del proyecto o actividad, el componente del medio ambiente que será objeto de medición y control; el impacto ambiental y la medida asociada; la ubicación de los puntos de control; los parámetros que serán utilizados para caracterizar el estado y evolución de dicho componente; los límites permitidos o comprometidos; la duración y frecuencia del plan de seguimiento para cada parámetro; el método

y que los guiará tomar y aplicar mejores medidas de mitigación, reparación o compensación, restando así sus impactos significativos, lo mismo ocurriría si en su EIA incorporara un Compromiso Ambiental Voluntario, que cubra las necesidades que demanda el decreto de escasez, ayudando a la estimación de significancia de los impactos no significativos, como por ejemplo el monitoreo de pozos vecinos dentro de su área de influencia, que en caso de verse afectados, proporcionar un compromiso de paralización de extracción hasta la recuperación de los niveles freáticos de los pozos o contribuir y promover a la creación de una comunidad de aguas subterránea, con el objeto de cuidar el recurso hídrico en épocas de escasez.

Para el caso de los proyectos evaluados como DIA, su seguimiento ambiental se dará siempre de manera voluntaria, a través, del CAV, que de igual manera podrá cumplir su objetivo como se describió anteriormente, con la salvedad que acá hablamos de estimaciones de significancia de los impactos no significativos.

5.1 APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 25 QUINQUIES Y SU RELACIÓN CON EL DECRETO DE ESCASEZ.

En nuestra legislación ambiental, es posible realizar la “Revisión excepcional de Resoluciones de Calificación Ambiental”⁴⁴, de oficio por la Administración del Estado o a petición de parte, ya sea, por existir una variación sustantiva de las

o procedimiento de medición de cada parámetro; el plazo y frecuencia de entrega de los informes con la evaluación de los resultados y cualquier otro aspecto relevante.

⁴⁴ Modificación introducida a la Ley N°19.300, por la Ley N°20.417.

variables ambientales (las que pueden ser de naturaleza física, química, biológica y/o sociocultural) o por la no verificación de ellas. Dicha revisión excepcional es introducida por la modificación de la Ley N°19.300, que agrega el artículo 25 quinquies, y que es tratado en el artículo 74 del Reglamento del SEIA.

Con la modificación de la Ley, se introduce un procedimiento de carácter excepcional de revisión de RCA, de un proyecto que se encuentre calificado ambientalmente favorable y en ejecución, acá cobra una gran importancia la existencia de variables ambientales evaluadas y contempladas en los planes de seguimiento y que hayan variado sustantivamente en relación a lo que se proyectó en la evaluación ambiental de un proyecto o actividad o no se hayan verificado dichas variables, variaciones que se deben tener en cuenta para la aplicación del procedimiento excepcional que establece la norma.

Entonces, tenemos como primer requisito para que opere este procedimiento restrictivo, excepcional y extraordinario⁴⁵ que el proyecto cuente con una RCA Favorable, seguido de la existencia de variables que hayan sido evaluadas durante el proceso y que estén contenidas en el plan de seguimiento y como

⁴⁵ Revisar procedimiento Administrativo descrito en “Instructivo, Revisión Excepcional de RCA por Variación sustantiva de las variables ambientales evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento o por la no verificación de ellas”, Oficio Ord N°150584/2018, de la D.E. del Servicio de Evaluación Ambiental.

tercer hito importante es que dichas variables, “hayan variado sustancialmente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado”⁴⁶.

Dentro de las variables ambientales que pueden estar contenidas en condiciones o sujetas a medición y control tenemos por ejemplo la calidad de las aguas y el establecimiento de un caudal ambiental que es determinado como un todo, utilizando métodos hidráulicos, estimación de habitat, entre otros, pudiendo así una RCA limitar inclusive el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas, pues podría establecer una obligación de mantener un caudal ambiental mayor al caudal ecológico establecido en la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas que pretende utilizar el titular del proyecto que se somete al SEIA.

Es importante destacar que cuando nos referimos al Proceso de Revisión de una RCA, por aplicación del artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300, no estamos haciendo referencia a los Impactos Ambientales no Previstos (IANP), ya que éstos se tratan de variables que no fueron consideradas en la evaluación ambiental porque no correspondía considerarlas, en cambio, la revisión de una

⁴⁶ Hipótesis “*Hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado*”, se considera que una variable ambiental ha variado sustantivamente en relación a lo proyectado cuando, habiéndose dado cumplimiento a las condiciones o medidas establecidas durante la ejecución del proyecto o actividad, se generen nuevos impactos ambientales o un aumento significativo en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales asociados a dichas variables. En este sentido, esta variación sustantiva no debe estar relacionada a un incumplimiento por parte del titular de las condiciones o medidas contempladas en la RCA. Por otra parte, se entiende que una variable no se ha verificado, cuando habiéndose establecido condiciones o medidas sobre ella, una vez ejecutado el proyecto o actividad, ella no hubiere acontecido.”

RCA por aplicación del Artículo 25 quinquies, corresponde a la variación sustantiva de variables ambientales que fueron consideradas en la evaluación ambiental de un proyecto o actividad y que éstas dan origen a medidas de compensación, reparación y/o mitigación establecidas en el plan de seguimiento de una RCA, para el caso de un Estudio de Impacto Ambiental, o mediante el correspondiente seguimiento ambiental voluntario de un Compromiso Ambiental Voluntario, para el caso de los proyectos que se someten al SEIA mediante una Declaración de Impacto Ambiental.

Con lo analizado podemos visualizar que el problema de la sequía que afecta a nuestro país y la declaración de escasez hídrica en zonas sensibles, como es el caso de la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins, puede generar la activación de presentaciones amparadas en el artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300, pues la falta del recurso hídrico podría generar variación sustantiva de las variables ambientales o la no generación de ellas, en proyectos o actividades que cuenten con la obligación de mantener un caudal ambiental en sus RCA, situación que debemos considerar en el futuro a la hora de establecer los mecanismos de seguimiento y control de dichas variables, haciendo necesario entonces el fortalecimiento del Decreto de Escasez, que hoy es bastante insustancial en el abordaje de este tipo de variables.

CONCLUSIONES

El decreto de escasez, debe ser reconocido como un instrumento extraordinario que sea capaz de evitar daños en la producción agrícola y también para solucionar temporalmente el acceso al agua para consumo humano, pero esto no es suficiente para cumplir con los estándares normativos y sociales que nos exige hoy la ciudadanía y el cuidado del medio ambiente, decidir adecuadamente en los próximos años, nos generará una oportunidad de enfrentar el cambio climático y la gestión del recurso hídrico de una manera más eficiente, logrando objetivos de protección social, económicos y medio ambientales. El decreto de escasez, es un desafío operacional frente a la sequía prolongada, siendo un instrumento ineficaz y de poca eficiencia, ya que, hoy no contamos con su incorporación en el principal instrumento de gestión ambiental SEIA, quedando al arbitrio de los titulares de proyectos considerar factores asociados a la escasez hídrica, por ejemplo, la presentación de CAV, para lograr una calificación ambiental favorable, amigable con el medio ambiente y la gestión del recurso hídrico. Es importante buscar herramientas de incorporación del decreto de escasez a la hora de evaluar proyectos, contribuyendo a la innovación que los instrumentos de gestión necesitan, mejorando su comprensión, difusión y aplicación práctica, siendo este trabajo un primer acercamiento para discutir los criterios objetivos de evaluación ambiental, teniendo como base zonas con decreto de escasez vigente.

BIBLIOGRAFÍA

ASTORGA, Eduardo; COSTA, Ezio (2021): *Derecho Ambiental Chileno* (Santiago, Thompson Reuters)

BOTTIGER, Camila, (2019): *Análisis Crítico de la Declaración de Escasez, La regulación de las aguas nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II jornadas del régimen jurídico de las Aguas*, (Santiago, DER Ediciones) pp. 345 - 376.

COSTA, Ezio; MONTENEGRO, Sergio (2019): *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del Siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (Santiago, DER Ediciones).

COSTA, Ezio y DUHART, Daniela (2021): *La Protección del Agua, Importancia de la visión ambiental del agua* (Santiago, Thompson Reuters). pp. 3 – 39.

MONTENEGRO, Sergio; COSTA, Ezio; CELUME, Tatiana (2021): *Repensando la regulación de las aguas: crisis socioambiental y proceso constituyente. Actas de las III Jornadas del régimen jurídicos de las aguas* (Santiago, DER Ediciones)

PEREZ, Benjamín; ABOGABIR, Sebastián (2021): *Régimen jurídico de las Aguas: necesidad de un análisis integrado, Repensando la regulación de las aguas: Crisis socioambiental y proceso constituyente. Actas de las III Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (Santiago, DER Ediciones). pp. 419 – 448.

Artículos

SOLANES, Miguel (1998): Manejo integrado del recurso agua, con la perspectiva de los principios de Dublín, Revista de la CEPAL N° 64: pp 165 – 185 (online) disponible en:

https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/12088/064165185_es.pdf

Documentos de acceso libre

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (2000): Washington. Marco analítico para el manejo integrado de los recursos hídricos, Febrero de 2000. Disponible en

<https://publications.iadb.org/es/publicacion/15919/marco-analitico-para-el-manejo-integrado-de-recursos-hidricos-lineamientos-para>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2021): SIIT Estadísticas Territoriales. Disponible en

<https://www.bcn.cl/siit/estadisticasterritoriales/estadisticas?categoria=demograficos>. Fecha de consulta 12 de junio de 2021.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2021): Región del Libertador General Bernardo O'Higgins, Chile Nuestro País. Disponible en <https://www.bcn.cl/siit/nuestropais/region6> Fecha de consulta 12 de junio de 2021.

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2016): Guía metodológica para determinar el caudal ambiental para centrales hidroeléctricas en el SEIA, disponible en https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2016/08/guia_caudal_ambiental_0.pdf

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2015): Instructivo: Revisión excepcional de RCA por variación sustantiva de las variables ambientales evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento o por la no verificación de ellas, disponible en https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/ord._ndeg_150584_instructivo.pdf.

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2021): Resolución Exenta N°202199101173,, “Se Pronuncia sobre la vigencia y observancia del documento que indica”, “Criterio de Evaluación en el SEIA: Contenidos Técnicos para la Evaluación Ambiental del Recurso Hídrico”. de 30 de marzo de 2021 (online) disponible en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2021/04/09/res_ex_1173_se_pronuncia_sobre_la_vigencia_y_observancia_del_doc_que_indica.pdf.

DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2021): Segundo informe Consolidado de Solicitudes Temporales Amparadas en los Decretos de Escasez Período 2020-2021, Departamento de Fiscalización, SDT N°442 Agosto 2021 (online)

disponible

en:

https://dga.mop.gob.cl/DGADocumentos/segundo_reporte_escasez_agosto_2021.pdf

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2021): Criterio de Evaluación en el SEIA: Contenidos Técnicos para la Evaluación Ambiental del Recurso Hídrico, 13 de abril de 2021 (online), disponible en https://sea.gob.cl/sites/default/files/adjuntos/noticias/contenidos_tecnicos_para_la_evaluacion_ambiental_del_recurso_hidrico.pdf

DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2015): aprueba reglamento a que se refiere el artículo 295 inciso 2º, del código de aguas, estableciendo las condiciones técnicas que deberán cumplirse en el proyecto, construcción y operación de las obras hidráulicas identificadas en el artículo 294 del referido texto legal, Modificado por Decreto 131 de 15 de septiembre de 2021 (online) <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1165038&idParte=10269069>

BANCO MUNDIAL (2001): Chile diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos, 31 de marzo de 2011 (online) disponible en https://dga.mop.gob.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile_Banco%20Mundial.pdf

DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2020): primer informe Consolidado de Solicitudes Temporales Amparadas en los Decretos de Escasez Período 2019-2020, Departamento de Fiscalización, SDT N°442 Agosto 2021 (online)

disponible

en:

<https://dga.mop.gob.cl/DGADocumentos/Reporte%20de%202019-2020.pdf>

LIBERTAD Y DESARROLLO (2020): decretos de escasez hídrica: ¿solución o parte del problema?, 4 de septiembre de 2020, N° 1463-2 (online) disponible en

<https://lyd.org/wp-content/uploads/2020/09/tp-1463-escasez-hidrica.pdf>

Lista de Normativa

Ley N° 1122 (1981) Código de Aguas.

Ley N° 19.300 (1994) Sobre bases generales del medioambiente.

Contraloría General de la República (2014): Dictamen 55.520, 21 de julio de 2014.

Contraloría General de la República (1996): Dictamen 16.545, 21 de julio de 2014.

Jurisprudencia

Corte Suprema (2014): Rol N°2014-2014, Junta de Vigilancia de la Tercera sección del río Aconcagua con Junta de Vigilancia de la Primera Sección del Río Aconcagua, de fecha 25 de marzo de 2014.