

ESTATUTO JURIDICO DE LA FIJACION DE CAUDALES MINIMOS O ECOLOGICOS

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

*Profesor de Derecho de Aguas
Pontificia Universidad Católica de Chile*

RESUMEN: *Contiene este trabajo un análisis sobre la legitimidad y consecuencias jurídicas de las resoluciones que habitualmente emite la Dirección General de Aguas, en virtud de las cuales, al conceder un derecho de aprovechamiento de aguas, establece, para cada caso, caudales mínimos o ecológicos que deberán ser respetados por los titulares al ejercer su derecho. En un primer apartado se ofrecerá un concepto de caudal mínimo o ecológico, en el contexto de la legislación vigente. En un segundo apartado se estudiará la legitimidad de las cláusulas administrativas que en un título de derecho de aguas específico establecen un caudal mínimo o ecológico. Además se expondrán y analizarán los efectos legales que en el ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas tiene una resolución constitutiva de la Dirección General de Aguas que contempla un caudal ecológico. Cierran el trabajo las conclusiones de rigor.*

SUMARIO: *I.- La exigencia general de respetar un caudal mínimo o ecológico. 1. El caudal mínimo del aqua profluens. 2. La consideración ambiental de mantención de caudales de aguas. 3. El caudal mínimo o ecológico como exigencia a todos los usuarios de un río. II.- Legitimidad de la fijación de un caudal mínimo o ecológico en cada título de aguas y efectos en su ejercicio. 1. La fijación de caudales mínimos en el procedimiento concesional de derechos de aprovechamiento de aguas. 2. La exigencia de preservar un caudal mínimo sólo es legítima si se realiza, en general, a todos los usuarios de agua de un sistema hídrico. 3. Ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas individualmente limitado con un caudal mínimo o ecológico. CONCLUSIONES.*

La Dirección General de Aguas, habitualmente, a través de resoluciones en las que constituye derechos de aprovechamiento de aguas, fija individualmente caudales mínimos o ecológicos, en cláusulas, por ejemplo, del siguiente tenor:

“La titular del derecho de aprovechamiento deberá dejar pasar aguas abajo del punto de captación un caudal de xx metros cúbicos por segundo, necesarios para preservar el equilibrio ecológico”.

En virtud del caudal mínimo o ecológico establecido por la Dirección General de Aguas, y de los propios términos de las tales resolu-

ciones constitutivas de derechos de aprovechamiento de aguas, en principio, según el deseo de la Dirección General de Aguas, sólo podrían ejercer sus derechos en la medida que, al momento del ejercicio, aguas abajo de los puntos de captación de las aguas escurra al menos un caudal equivalente a los metros cúbicos por segundo fijados; por lo que si en algunas épocas del año, y especialmente en períodos de escasez, por efecto del uso intensivo de las aguas por otros titulares de derechos, no escurre en el punto de captación autorizado esa cantidad de agua, de ello se deriva que los derechos así creados, con una tal fijación de caudal mínimo o ecológico, no se podrán ejercer.

No obstante, en la práctica es posible verificar casos en los cuales en el mismo río en que se han creado estos derechos con fijación individual de caudales mínimos o ecológicos, existen otros derechos de aguas, antiguos, que no tienen esta limitación, los cuales siempre se podrán ejercer por sus titulares, bastando para ello la existencia de caudales de aguas, por mínimos que estos sean.

Pero la situación más grave es que también se da en la práctica que la Dirección General de Aguas, al constituir otros derechos, ha llegado a establecer caudales ecológicos distintos, mayores o menores, a pesar de que las captaciones se ubican en las mismas secciones o corrientes naturales.

Este es el problema jurídico a que se refiere este trabajo, en el cual se analiza la exigencia general de respetar un caudal ecológico, de acuerdo a la legislación vigente (I), para luego analizar la legitimidad y efectos jurídicos de la fijación individual de caudales mínimos o ecológicos (II).

I. LA EXIGENCIA GENERAL DE RESPETAR UN CAUDAL MÍNIMO O ECOLÓGICO

A partir del concepto de caudal "mínimo" o "ecológico", que consagra el derecho vigente (1), y de la consideración ambiental en que es posible situarlo (2), podremos verificar que si bien esta es una exigencia real ante la ley, ella afecta o debe afectar igual a todos los usuarios de aguas de un río (3).

1. *El caudal mínimo del aqua profluens.* Por razones ecológicas es necesario que en una fuente natural siempre escurra una cantidad mínima de aguas, con el objeto de garantizar la preservación de los ecosistemas acuáticos en todos los tramos de un río; incluso, al impedir que se produzca la ausencia total de aguas en los cauces, se permiten sus usos públicos recreacionales y escénicos¹.

¹ La Dirección General de Aguas, "Bases para la formulación de un manual de normas y procedimientos para la administración de recursos hídricos", de 1995, que se refiere a "caudales ecológicos y demanda ambiental" (Nº 5.3.4), publi-

La exigencia de mantener en los ríos un caudal ecológico se fundamenta en la necesidad de conservar los ecosistemas acuáticos, sus usos públicos escénicos y recreacionales, acorde con las crecientes demandas de mejoramiento de la calidad de vida de la población y la valorización social del medio ambiente, en principio, parece adecuado propugnar que en las fuentes de agua exista un contenido mínimo de agua corriente, pues a nadie escapa que el agotamiento físico de una corriente natural afecta gravemente a los ecosistemas, y sólo la mantención de un caudal mínimo posibilita el uso público *in situ* de los ríos.

Por lo demás, el ordenamiento jurídico vigente contiene disposiciones legales que obligan a que en cada río que aprovecha el hombre quede alguna "corriente", un caudal mínimo, que signifique mantener su condición de río: esto es, ser agua corriente, continua: *aqua profluens*. A partir de lo anterior, resulta adecuado afirmar que el límite al aprovechamiento privado de las aguas de un río es la existencia del río como tal, y eso jurídicamente se da mientras haya corriente; continuidad (*profluens*), como fluye del artículo 3º del Código de Aguas, que se refiere a los caudales de "aguas que afluyen", las que forman una "corriente"².

2. *La consideración ambiental de mantención de caudales de agua.* Sin perjuicio de la fundamentación señalada (art. 3º del Código de Aguas), no existe norma alguna en el resto de tal código, o en la legislación especial de aguas, que establezca la posibilidad de imponer por la autoridad (Dirección General de Aguas) un caudal mínimo o ecológico en aquellos actos administrativos concesionales en los que aquella otorgue a favor de particulares un derecho de aprovechamiento de aguas³.

cado en "Revista de Derecho de Aguas", vol. 6 (1995), p. 189, define caudal ecológico así: "Caudal mínimo que debieran tener los ríos para mantener los ecosistemas presentes, preservando la calidad ecológica".

² El *aqua profluens* se refiere a agua corriente, que corre, que afluye, según indica el art. 3º del Código de Aguas.

³ Prueba de que la legislación sectorial no se refiere expresamente al tema, es que en un proyecto de modificación del Código de Aguas que actualmente (1998) se tramita en el Congreso Nacional, se pretende introducir una norma en virtud de la cual se establece la posibilidad de que la autoridad, al otorgar un derecho de aprovecha-

Sólo en la Ley 19.300, de 1994, sobre Bases del Medio Ambiente, existen los artículos 41 y 42, en que se consagra, como "consideración ambiental" la "mantención de caudales de agua", en los siguientes términos:

"Artículo 41: 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".

"Artículo 42. 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"⁴.

miento de aguas, exija que se respete en todos los cauces naturales un caudal ecológico, es decir, el mínimo de agua que debe escurrir para conservar los ecosistemas acuáticos, los recursos escénicos y recreacionales existentes en la fuente natural de que se trate.

⁴ En relación al uso del agua y a estudios o declaraciones de impacto ambiental, a raíz de lo que dispone el inciso final del artículo 42 de la Ley 19.300, debe recordarse que entre los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, y que por lo tanto deberán someterse al sistema de evaluación del impacto ambiental, menciona el artículo 10 de la Ley 19.300, el caso de 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 de agua"

Entonces, las normas de la Ley 19.300, de 1994, en realidad contienen un mandato dirigido a organismos que regulen el uso o aprovechamiento de los recursos naturales (art. 92 inciso 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.

3. *El caudal mínimo o ecológico como exigencia a todos los usuarios de un río.*

En ningún caso la Ley 19.300 autoriza al organismo que "constituye" derechos de aprovechamiento de aguas (esto es, a la Dirección General de Aguas), a limitarlos de tan esencial manera o a obligar a sus titulares a cumplir la condición de respetar individualmente un caudal mínimo. Como surge de los términos del art. 42 de la Ley 19.300, trátase en realidad de "planes" relativos al uso de las aguas, esto es, al ejercicio de los derechos de agua; y la Dirección General de Aguas, sólo en su función de supervigilancia (art. 299 letras a) y d) del Código de Aguas) podría exigir a los usuarios individuales y a las juntas de vigilancia la mantención de caudales mínimos de aguas, lo que regiría o se aplicaría en general a todos los usuarios de aguas de un río. Esta parece ser la interpretación más adecuada del estatuto que respecto a caudales mínimos o ecológicos establece la legislación medioambiental vigente.

Entonces, al preguntarnos por la manera en que se debe cumplir la indudable exigencia de que los ríos mantengan una corriente mínima, esto es, un caudal ecológico, se debe responder, en primer lugar, que esta es una exigencia general, dirigida a todos los usuarios de aguas de un río, esto es, a todos los titulares de derechos de aguas. Todos ellos, a partir de 1994, de

(letra a). Estos proyectos o actividades requieren la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, de acuerdo al art. 11 de la Ley 19.300, sólo si generan o presentan en lo atinente al caso en estudio) "efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, el agua y aire" (letra b). Esta es una posibilidad efectiva de exigir un caudal mínimo o ecológico, pero tal análisis legal, como fluye de tales disposiciones, se realiza al momento de ejercer un derecho de aguas ya constituido.

manera clara, junto con la entrada en vigencia de la Ley 19.300, se verían afectados por esta exigencia legal. Este problema medioambiental dice relación con el uso del agua por los titulares de derechos a los que, en su caso, les es distribuida por las juntas de vigilancia, y todos ellos, en igualdad, deben respetar este caudal mínimo o ecológico. Esta es la única manera legítima de comprender este mandato legal del artículo 42 letra a) de la Ley 19.300.

Del anterior análisis legal es posible desprender que existe una exigencia de carácter general, que dice relación con una cantidad mínima de agua que debe estar disponible jurídicamente en toda fuente natural. A partir de lo anterior es evidente que surgen limitaciones, por lo que debemos preguntarnos: ¿la limitación de respetar un caudal mínimo o ecológico puede afectar sólo a algunos usuarios de las aguas de un río o debe afectar necesariamente a todos los usuarios de las aguas de un río? Esto es, ¿es posible que tal limitación pueda imponerse sólo a alguno de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas de un sistema hídrico, y no a todos? Cuestión que debe responderse a la luz del principio de la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, y que será desarrollada más adelante.

II. LEGITIMIDAD DE LA FIJACIÓN DE UN CAUDAL MÍNIMO ECOLÓGICO EN CADA TÍTULO DE AGUAS Y EFECTOS EN SU EJERCICIO

La Dirección General de Aguas, al constituir derechos de aprovechamiento de aguas, ha iniciado la práctica de fijar caudales mínimos o ecológicos⁵, determinando específicamente en cada caso, para cada título constitutivo, una cuantía mínima que se tendrá que respetar al ejercer el derecho de aguas; significando al mismo tiempo que a partir de esa determinación administrativa el titular del derecho queda imposibilitado de poder ejercer su derecho en los casos en que escurra un caudal menor que el indicado en tal resolución.

¿Es legítimo que la Dirección General de Aguas, al momento de constituir un derecho de aprovechamiento de aguas, lo haga con la carga de que este nuevo usuario de aguas disponibles en el río, y sólo él, deba respetar un caudal mínimo o ecológico? Además, ¿qué efectos puede tener tal fijación en el ejercicio del respectivo derecho de aprovechamiento de aguas?

1. La fijación de caudales mínimos en el procedimiento concesional de derechos de aprovechamiento de aguas

La Dirección General de Aguas ha venido utilizando el procedimiento concesional de aguas para determinar un caudal mínimo o ecológico en el punto de captación de las aguas que se solicita extraer por el solicitante, a partir de lo cual tal organismo establece en el acto terminal de tal procedimiento, esto es, en la resolución que crea el nuevo derecho de aguas (vid. art. 149 del Código de Aguas), una declaración que no autoriza expresamente la ley: fija un caudal mínimo o ecológico.

Cabe precisar que el procedimiento concesional consagrado en los artículos 140 y siguientes del Código de Aguas, es un procedimiento reglado, y se encuentra dirigido al otorgamiento de derechos de aguas de conformidad a los términos establecidos en el Código de Aguas, normativa que obliga a la Dirección General de Aguas a otorgar los derechos de agua con las características que señalan los artículos 12 y siguientes de dicho ordenamiento, cuando se cumplen los requisitos para ello: esto es, en caso que se compruebe la existencia de caudal disponible; que no exista perjuicio o menoscabo a derechos de terceros; y que la solicitud sea legalmente procedente (vid. artículos 22 y 141 inciso 4° del Código de Aguas).

La Dirección General de Aguas, en caso que exista disponibilidad física y jurídica de aguas, y se cumplan las exigencias procedimentales, debe otorgar los derechos de aprovechamiento de aguas (vid. art. 19 N° 23 de la Constitución, que garantiza el acceso a los derechos por los particulares). La constitución del derecho la realiza la Dirección General de Aguas a través de una resolución, la que debe cumplir los requisitos que señala el 149 del Código de Aguas. Aparece de manifiesto que la Dirección General de Aguas, al constituir tales derechos,

⁵ Véase el documento de la Dirección General de Aguas, citado en nota 1, el que ha servido de soporte técnico-administrativo a ese Servicio en este tema.

sólo está autorizada para establecer especificaciones técnicas relativas a la naturaleza del derecho y a sus características, y no le otorga la ley facultades para hacer declaraciones que limiten o condicionen el ejercicio de los derechos que debe constituir cuando existe disponibilidad de aguas.

En los casos en que la Dirección General de Aguas ha fijado caudales ecológicos en resoluciones constitutivas de derechos de aprovechamiento de aguas, no podría tener como fundamento los arts. 41 y 42 de la Ley 19.300, de 1994, pues ellos no importan una competencia para tal organismo en el procedimiento constitutivo de derechos de aguas, según se ha analizado. Por otra parte, en ningún caso tal organismo podría desprender alguna competencia a partir del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República [que garantiza el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación], en relación con el artículo 149 N° 7 del Código de Aguas [en cuya virtud se faculta a dicho servicio para establecer, en la resolución constitutiva de un derecho de aprovechamiento, "*otras especificaciones técnicas relacionadas con la naturaleza especial del respectivo derecho, y las modalidades que lo afecten*"], por su generalidad y falta de precisión al respecto.

La ley no faculta a la Dirección General de Aguas para limitar con criterios ambientales ni de ningún otro orden el ejercicio de los derechos de aprovechamiento que constituye, toda vez que la única actitud que le es posible es la de otorgar o denegar derechos, pura y simplemente, debiendo para ello tener presente lo siguiente: que en ningún caso se perjudiquen o menoscaben derechos de terceros (y por derechos de terceros ha de entenderse sólo los de aquellos titulares de derechos de aguas más antiguos); que exista caudal suficiente en la fuente; y que se hayan respetado las reglas legales del procedimiento.

El hecho de establecer caudales ecológicos que impiden en ciertas épocas el ejercicio de un derecho, importa desconocer lo previsto en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, en el sentido que la Constitución asegura a todas las personas, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, *no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.*

Dado que nuestro ordenamiento legal no contempla norma alguna que autorice expresamente a la Dirección General de Aguas para fijar tales caudales ecológicos en el acto constitutivo de títulos de aguas, la existencia de alguna declaración en tal sentido en una resolución que constituye un derecho de aprovechamiento no sólo implica infringir lo señalado en el art. 19 N° 26 de la Constitución, sino que, además, tal acto administrativo, en ese aspecto, dada su ilegitimidad no debiera producir efecto alguno, en virtud del principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución.

2. La exigencia de preservar un caudal mínimo sólo es legítima si se realiza, en general, a todos los usuarios de agua de un sistema hídrico

Si la ley nada dice, entonces no es legítimo que la Dirección General de Aguas, junto con crear un derecho de aguas, condicione su ejercicio a respetar un caudal ecológico prefijado. No obstante, la Dirección General de Aguas ha realizado tal fijación en derechos específicos. ¿Cuál es el alcance de esa cláusula? ¿Debe entenderse que condiciona solamente el ejercicio de ese derecho o que, en virtud del principio de la igualdad ante la ley (pues recuérdese que la preservación de la naturaleza es una obligación de todos), condiciona el ejercicio de todos los derechos del mismo río?

Según lo concluido, no es legítimo que la Dirección General de Aguas, en el mismo acto que constituye un derecho de aprovechamiento de aguas, exija el cumplimiento de un caudal ecológico, pues, cuando la Constitución autoriza a limitar el ejercicio de los derechos, exige que ello debe ser de un modo igualitario y sin afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones que impidan su libre ejercicio. De acuerdo al criterio anterior, para que el establecimiento de caudales ecológicos sea legítimo en nuestro ordenamiento jurídico, tal fijación debe estar referida a toda una fuente natural y no a determinados tramos de esta, y, además, debe afectar a todos los usuarios de ese sistema hídrico, y en ningún caso puede afectar sólo a determinados titulares de derechos de aprovechamiento de aguas.

La totalidad de los usuarios y titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas

existentes en un río, deben soportar la carga pública de preservar la naturaleza en el igualitario ejercicio de sus derechos de aguas. No es posible considerar legítimo que solamente los últimos derechos constituidos por la Dirección General de Aguas deban soportar de manera no igualitaria esta exigencia, lo que atenta contra el fundamento mismo del caudal ecológico, que es la preservación de los ecosistemas acuáticos, los recursos escénicos y recreacionales existentes en una fuente natural, preservación esta que debe ser general y soportada por todos los usuarios de un río.⁶

La siguiente pregunta deja en evidencia que tal criterio no igualitario no es adecuado zacasos en aquellos sectores de un río en que sólo existen titulares de derechos de aguas en cuyos títulos no se encuentra esta fijación administrativa, pueden tales usuarios antiguos utilizar "todo" el caudal, toda el *aqua profluens*, secando el río? ¿Sólo los nuevos usuarios deben respetar la Naturaleza?

Vale la pena vincular este tema con el principio general de derecho que se expresa con la fórmula "Primero en el tiempo, mejor en el derecho" (*Prior in tempore melior in iure*), pues podría argumentarse que, a partir de la aplicación de este principio, los antiguos usuarios de aguas de un río no se podrían ver afectados por la fijación de los caudales ecológicos, dado que no se contenía tal limitación en sus títulos, y sólo debieran verse afectados los nuevos titulares de derechos, sobre todo aquellos cuyos títulos tienen referencia expresa a un determinado caudal ecológico. Al respecto, cabe señalar que este no es un problema jurídico que enfrente a dos títulos de derechos de aguas, uno antiguo puro y simple y otro nuevo al cual se le haya impuesto esta condición de ejercicio. En realidad este es un problema que afecta a todos los titulares de derechos de aguas, de un modo general, como emana de los artículos 41 y 42 de la Ley N° 19.300, de 1994, y en ningún caso podría particularizarse en cada título como ilegítimamente lo ha venido haciendo la Dirección General de Aguas al establecer el

caudal ecológico como una carga individual de los nuevos titulares de derecho de aguas, de manera no igualitaria con los antiguos titulares de derechos de aprovechamiento de aguas.

Cabe concluir, entonces, que sólo es legítimo exigir el cumplimiento del mandato de respetar caudales ecológicos o mínimos a la generalidad de los usuarios de un sistema hídrico, y no desigualmente a un solo usuario de un río. Además cabe consignar que tal exigencia, de acuerdo a los vigentes arts. 42 y 43 de la Ley 19.300, debe producirse una vez que el derecho respectivo ha sido constituido, y específicamente al momento de su ejercicio.

Es claro que el modo en que la legislación vigente enfrenta esta exigencia medioambiental de preservar y mantener caudales mínimos en los ríos es a través del establecimiento de planes de manejo de los ríos, como recursos naturales. Esos planes deben llevarlos adelante, en su caso, las juntas de vigilancia, siempre y cuando hayan sido aprobados de acuerdo a la Ley 19.300, de 1994. En caso que no se hayan aprobado tales planes, cabe exigir tales caudales mínimos a todos los usuarios del sistema hídrico respectivo, y no a algunos usuarios de aguas en particular, pues el cumplimiento de caudales mínimos le corresponde a todos los usuarios por igual. Sólo las juntas de vigilancia podrían hacer cumplir estos caudales, siempre que ello sea de un modo general. Si se hiciese de un modo desigual, ello sólo puede realizarse si se indemnizan los perjuicios, según es el criterio general de nuestra legislación de aguas⁷.

⁶ Resulta pertinente señalar que en el artículo referente al establecimiento de un caudal ecológico mínimo del proyecto de modificación del Código de Aguas que se tramita en el Congreso Nacional (1998), se señala expresamente que dicho caudal debe estar referido a *toda la fuente natural*.

⁷ Al respecto, cabe consignar tres ejemplos de respeto de la igualdad ante la ley en materia de aguas:

a) De los artículos 314 y 315 del Código de Aguas que facultan a la Dirección General de Aguas para que en épocas de extraordinaria sequía pueda redistribuir las aguas de un río, y en caso que ello signifique limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, y ello se realice con quebranto a una repartición igualitaria de recursos hídricos, el titular del derecho de aprovechamiento debe ser indemnizado. Entonces, siempre que nuestra legislación faculta a la autoridad para limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, en cuya virtud los titulares de esos derechos deban recibir aguas en menor proporción que el que les corresponde, se establece una indemnización en favor de aquellos. En caso de sequía, es la naturaleza la que determina que no se pueden ejercer los derechos en su integridad, debiendo extraer sólo un porcentaje de la cantidad de agua a que se tiene derecho,

El caudal mínimo es en realidad para los usuarios un nuevo criterio legal de "escasez" de aguas, que debe afectar a todos los usuarios de aguas. El peso de los valores ecológicos, que intenta resguardar la Dirección General de Aguas, no puede recaer sólo sobre uno de los muchos usuarios que hay en un río. Y la única actitud legítima que a tal organismo le corresponde al respecto es cumplir, en lo que corresponda, los artículos 41 y 42 de la Ley 19.300, para exigir, de manera general e igualitaria, a todos los usuarios de un sistema hídrico el respeto de los caudales mínimos o ecológicos en los ríos.

3. Ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas individualmente limitado con un caudal mínimo o ecológico

Para analizar los efectos que puede producir la determinación individual de un caudal ecológico en una resolución, es necesario diseccionar jurídicamente tal acto administrativo.

En realidad, lo que la autoridad ha realizado en tales casos es que, en una misma resolución, por un lado crea y constituye un derecho de aprovechamiento de aguas, otorgándole las características de consuntividad, de ejercicio

permanente o eventual o continuidad o discontinuidad, fijando un punto de captación y un caudal determinado; y, por otro, al mismo tiempo, al fijar un caudal ecológico determinado, lo que en verdad efectúa es una declaración relativa al ejercicio del derecho, pues somete tal ejercicio a la existencia en la fuente natural de un caudal mínimo.

La autoridad, entonces, por una parte aplica la legislación de aguas y, estimando que existe disponibilidad del recurso (el caudal solicitado), constituye el derecho de aguas respectivo. Este derecho, por lo tanto, debe entenderse constituido plenamente, y en su ejercicio deberá acogerse sólo a la legislación vigente, esto es, para su ejercicio debe someterse, en su caso, a la distribución que realice en el río o sección respectiva la junta de vigilancia del sector; y si no existe junta de vigilancia, debe extraer como máximo el caudal que contempla el título de su derecho.

Si la autoridad consideró que existía un caudal determinado (esto es, había disponibilidad de aguas), es en virtud de tal disponibilidad de aguas que constituyó el respectivo derecho de aguas (vid. arts. 22 y 141 inc. 4º Código de Aguas). Pues si no existiese la cantidad de recursos hídricos solicitados, en realidad no habría constituido el derecho: si constituyó el derecho, es porque, sin afectar a terceros, existen recursos suficientes.

La autoridad, por otra parte, al fijar un caudal ecológico determinado, lo que realiza con esta cláusula es establecer una limitación o condición al ejercicio del derecho, cuyo cumplimiento corresponderá verificar con posterioridad al momento en que el titular del derecho utilice las aguas, en conjunto con los demás usuarios del sistema hídrico.

Por lo tanto, al señalar la autoridad en las resoluciones que crea derechos un caudal ecológico específico, no puede ni podría en ningún caso considerarse limitado el ejercicio de ese solo derecho, sino que debe entenderse que está (en cumplimiento de la legislación medioambiental: art. 42 letra a) de la Ley 19.300, de 1994) señalando una consideración ambiental en el "uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada"; pero ello sólo podrá llevarse a la práctica de acuerdo a planes de manejo específicos, autorizados por los organismos con competencia medioambiental y aplicados por las organizaciones encarga-

por lo que corresponde a las juntas de vigilancia o a la autoridad, según los casos, hacer una distribución o redistribución alcuota o turnal de las aguas en proporción a los derechos de cada usuario, esto es, una restricción igualitaria del recurso. En suma, según el criterio igualitario de la ley, los efectos de la escasez de agua debe ser soportada por todos los usuarios.

- b) En el caso de aguas subterráneas encontramos otro ejemplo de este criterio general: la norma del artículo 62 del Código de Aguas, por medio de la cual en aquellos casos en que deba reducirse temporalmente el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, la limitación al ejercicio de los derechos es a prorrata de ellos. De este modo, nuevamente la restricción se produce de manera igualitaria.
- c) Aún más, de acuerdo a este criterio igualitario, que es el único que guarda armonía con la Constitución, en caso que en el futuro se autorizase por ley la posibilidad de que la Dirección General de Aguas, al constituir un derecho establezca cláusulas fijando un caudal mínimo o ecológico, ello podría ser legítimo en la medida que se considere una limitación general a la disponibilidad del recurso, y todos los usuarios de derechos de aguas de un cauce determinado fuesen igualmente afectados, por cuanto de lo contrario se infringiría la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

das de distribuir el agua en Chile (en su caso, las juntas de vigilancia). Si ninguno de estos requisitos ha sido cumplido, la determinación de caudales mínimos o ecológicos individuales que realiza la Dirección General de Aguas para usuarios específicos, sin tener facultades legales para ello, resulta ilegal. Es necesaria la intervención de los organismos encargados de esta materia, siguiendo los requisitos que para ello establece el artículo 42 de la Ley 19.300. Si estos pasos no se han seguido, la fijación realizada sólo por la Dirección General de Aguas no puede tener efecto individual alguno.

En aquellos casos en que la Dirección General de Aguas haya fijado ilegítimamente en un título de aguas un caudal mínimo o ecológico, en la práctica, para ejercer el derecho, debe distinguirse:

a) En los casos en que exista una junta de vigilancia, debe hacerse presente esta circunstancia ante ese organismo, con el objeto de que el agua a distribuir no sea en ningún caso limitada a la existencia de un caudal mínimo.

En caso de falta de caudal o escasez, sólo la junta de vigilancia está autorizada, por ley, a distribuir de manera turnal o alícuota, de modo igualitario el agua que exista, a todos los usuarios del río o sección de río que corresponda.

Por lo anterior, las juntas de vigilancia no están autorizadas a limitar individualmente el ejercicio de los derechos de aguas de algunos usuarios de un sistema hídrico, aun cuando exista en los títulos una determinación administrativa, la que frente a la ley no tiene ningún valor.

b) En los casos en que no exista una junta de vigilancia, y el ejercicio de los respectivos derechos esté sometido a la policía y vigilancia de la Dirección General de Aguas (art. 299 letra c) del Código de Aguas), el titular del derecho no puede ser obligado individualmente a limitar el ejercicio de su derecho cuando escurra un caudal inferior o igual al fijado por la resolución respectiva, a menos que esta limitación se exija de manera igualitaria y generalizada a todos los usuarios del río o de la sección respectiva; y, además, sólo una vez que esta fijación haya sido establecida en un plan de mane-

jo, según los términos y por los organismos competentes a que se refiere en el artículo 42 de la Ley 19.300, de 1994.

Adicionalmente, esta limitación general al ejercicio del derecho se deberá realizar del mismo modo que la distribución de las aguas, esto es, mediante turnos o reparticiones alícuotas que, en caso de escasez, determine el organismo competente para distribuir el agua: esto es, en general, las juntas de vigilancia (art. 266 Código de Aguas) o la Dirección General de Aguas, de manera excepcional en caso de extraordinaria sequía (arts. 314 y 315 Código de Aguas).

CONCLUSIONES

1° La exigencia de mantener caudales mínimos en los ríos es una consideración ambiental que debe establecerse en los planes de manejo de cada sistema hídrico, por lo que la Dirección General de Aguas no se encuentra autorizada legalmente para establecer en las resoluciones en que constituye un derecho de aprovechamiento una limitación individual a respetar un determinado caudal ecológico, pues tal fijación afecta al principio de igualdad ante la ley y la esencia de ese derecho, imponiendo, sin facultades legales para ello, condiciones que impiden su libre ejercicio.

Es ilegítima la cláusula de una resolución de la Dirección General de Aguas que fija individualmente un caudal mínimo o ecológico, y al infringir la juridicidad vigente, no puede tener el valor de limitar el ejercicio del derecho de aprovechamiento.

2° La ilegítima fijación individual y no colectiva de un caudal ecológico en un título de derecho de aprovechamiento de aguas no puede tener efecto discriminatorio alguno, y en el caso extremo que la Dirección General de Aguas quisiese exigir el cumplimiento de una restricción ecológica al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, ello sólo podría hacerse a través de la organización que distribuye el agua mediante de una limitación igualitaria a todos los usuarios del sistema hídrico correspondiente, esto es, mediante turnos o alícuotas, previa aprobación de un plan de manejo del sistema hídrico respectivo.