

CRISIS INSTITUCIONAL DEL AGUA

DESCRIPCIÓN DEL MODELO JURÍDICO,
CRÍTICA A LA BUROCRACIA Y NECESIDAD
DE TRIBUNALES ESPECIALES

ALEJANDRO VERGARA BLANCO



EDICIONES UC

EDICIONES UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE
Vicerrectoría de Comunicaciones y Educación Continua
Alameda 390, Santiago, Chile
editorialedicionesuc@uc.cl
www.ediciones.uc.cl

CRISIS INSTITUCIONAL DEL AGUA.
Descripción del modelo jurídico,
crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales
Alejandro Vergara Blanco

© Inscripción N° 254.995
Derechos reservados
Julio 2015
ISBN Edición Impresa: 978-956-14-1626-0
ISBN Edición Digital: 978-956-14-2548-4

Diseño:
versión | producciones gráficas Ltda.

Diagramación digital: ebooks Patagonia
www.ebookspatagonia.com
info@ebookspatagonia.com

CIP-Pontificia Universidad Católica de Chile
Vergara Blanco, Alejandro.

Crisis institucional del agua: descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales / Alejandro Vergara Blanco; coedición Centro de Derecho y Gestión de Aguas.

1. Derecho de aguas - Chile.

2. Chile. Código de Aguas - Modificaciones.

I. t.

II. Pontificia Universidad Católica de Chile. Centro de Derecho y Gestión de Aguas.

2015 343.83092 + DDC23 RCAA2

CRISIS INSTITUCIONAL DEL AGUA

DESCRIPCIÓN DEL MODELO JURÍDICO,
CRÍTICA A LA BUROCRACIA Y NECESIDAD
DE TRIBUNALES ESPECIALES

ALEJANDRO VERGARA BLANCO



ÍNDICE

ABREVIATURAS

PREFACIO

INTRODUCCIÓN

§ 1. ¿CRISIS DEL MODELO DE LAS AGUAS?

PRIMERA PARTE • DESCRIPCIÓN DEL MODELO. REGULACIÓN Y DOMINACIONES DEL AGUA

§ 2. FUENTES Y NÚCLEO INSTITUCIONAL DEL DERECHO DE AGUAS VIGENTE

§ 3. ESTATUTO JURÍDICO Y TIPOLOGÍA DE LOS DERECHOS DE AGUAS

§ 4. TRIPLE DOMINACIÓN DEL AGUA: ESTADO, SOCIEDAD Y MERCADO

SEGUNDA PARTE • CRÍTICA A LA BUROCRACIA. ESTADO (ADMINISTRACIÓN), SOCIEDAD (AUTOGOBIERNO) Y MERCADO (TRANSFERIBILIDAD) EN LAS AGUAS. DIAGNÓSTICO Y PROBLEMAS

SECCIÓN I: IDENTIFICANDO PROBLEMAS EN LA ADMINISTRACIÓN BUROCRÁTICA

§ 5. LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA SE AUTOATRIBUYE IRREGULARMENTE POTESTADES NORMATIVAS

§ 6. DIFICULTADES AL INTERIOR DEL ÓRGANO BUROCRÁTICO

SECCIÓN II: DIAGNÓSTICO DEL AUTOGOBIERNO DE UN RECURSO COMÚN

§ 7. EJERCICIO DE DERECHOS Y REPARTO EFECTIVO DEL AGUA

§ 8. NATURALEZA COMÚN DEL AGUA AUTOGESTIONADA

§ 9. OBSTÁCULOS AL AUTOGOBIERNO DE LOS USUARIOS

SECCIÓN III: DIFICULTADES PARA LA CERTEZA Y LIBRE
TRANSFERIBILIDAD

§ 10. EXPLICACIÓN Y CRÍTICA JURÍDICA DEL MERCADO DE AGUAS

§ 11. IDENTIFICANDO PROBLEMAS DEL EJERCICIO Y CERTEZA DE LOS
DERECHOS DE AGUAS

TERCERA PARTE • PROPUESTAS. TRIBUNALES ESPECIALES PARA LOS
CONFLICTOS DE AGUAS Y MEJORAR AUTOGESTIÓN

§ 12. NECESIDAD DE UNA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA E IDEAS FINALES

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABREVIATURAS

AC Acta Constitucional
AOI acto de orden interno
art. / arts. / art. T artículo / artículos / artículo transitorio
CA Código de Aguas
CBR Conservador de Bienes Raíces
CGR Contraloría General de la República
CNR Comisión Nacional de Riego
CPA Catastro Público de Aguas
CPR Constitución Política de la República
DAA derecho(s) de aprovechamiento de aguas
DFL Decreto con Fuerza de Ley
DGA Dirección General de Aguas
DL Decreto Ley
DO Diario Oficial
DOH Dirección de Obras Hidráulicas
DS decreto supremo
inc. inciso
LBPA Ley de bases de procedimientos administrativos (N° 19.880, de 2003)
MMA Ministerio del Medio Ambiente
RCPA Reglamento del Catastro Público de Aguas
Res. resolución
RUC recursos de uso común
vid. véase

PREFACIO

Antes que nada, cabe explicar la naturaleza, origen y estructura de este libro.

1. Naturaleza de este libro. Este libro, me parece, se sitúa en el género de ensayos; se trata de un ensayo argumentativo, que en la dicotomía teórico/práctico, surge “desde dentro hacia fuera”, desde la práctica hacia el terreno de las ideas.

Este es un libro de política jurídica, dada su vocación de propuesta de las ideas que considero útiles para un mejor “gobierno de la ciudad”; en este caso, para un mejor “gobierno de las aguas”. Es, además, el ensayo de un jurista, basado en mi experiencia y en el conocimiento que yo pueda tener del fenómeno jurídico de las aguas, en el cual expongo mis ideas sobre la administración, gestión y justicia de las aguas, y desarrollo algunas propuestas de cambio de reglas o de prácticas administrativas.

La índole de este ensayo es, entonces, a la vez, política y jurídica; en suma, su objetivo es de exposición de convicciones, pues se desea influir a través de ideas jurídicas en eventuales decisiones políticas; pero tales decisiones son de la comunidad por intermedio de sus representantes.

No es mi interés ni vocación hacer activismo político. Eso está muy lejos de mis labores de jurista; y quienes vean mi limpia trayectoria académica al respecto no dudarán de ello: siempre he considerado la labor de jurista como antitética a la de un activista político. Pero no puedo renegar el rol orientador de los juristas, pues todo legislador, para que no produzca ingeniería social artificial,

cada vez que dicta nuevas reglas, tiene el deber de dictar sólo aquellas que están en íntima conexión con el pueblo que las sufre. Y los juristas, proporcionamos, mediante un filtro de racionalidad, una conexión entre el sentimiento popular y el legislador. Ese es el conocimiento nuevo que los juristas le damos a la sociedad. Es el intento actual; como el de cada línea que escribo.

En la elaboración de este texto he procurado sintetizar mis ideas jurídicas, poniendo especial énfasis en la descripción de los conflictos y dificultades que observo en materia de aguas en nuestro país. Para mantener una facilidad de lectura, he eliminado casi completamente las citas de autores o de disposiciones legales (no obstante, al final se ofrece una relación bibliográfica de publicaciones citadas; en tales publicaciones el lector interesado en profundizar estas materias podrá encontrar un aparataje bibliográfico más completo).

Aun cuando en este texto efectivamente trato y enuncio un conjunto de problemas y situaciones conflictivas, hay apartados que por ahora carecen de un desarrollo acabado o tienen mucho menor desarrollo que otros. Eso es usual en temas tan complejos. Un análisis mayor requiere más tiempo para profundizar todos los aspectos y para desarrollar todas las ideas; las posibles observaciones que reciba este escrito, quizás sirvan para animar el diálogo y para mejorar este ensayo u otros que pueda aportar el autor.

El objetivo de este librito es, por lo tanto, *propositivo*; y tiene por destinatarios más naturales a aquellos académicos, profesionales y usuarios vinculados con el agua, con su gestión y regulación. Para quienes deseen profundizar el análisis jurídico, aquí muchas veces sólo esbozado, puede ser útil el sitio www.vergarablanca.cl, que contiene publicaciones del autor, especialmente dedicadas al Derecho de Aguas, en donde se encuentran desarrollos más amplios.

En un lenguaje actual, podría decirse que este es un libro escrito *desde* el Derecho de Aguas (es, por lo demás, la especialidad del autor), *para* las políticas públicas (esta es, o debe ser, la preocupación de políticos, burócratas y gestores del agua, de quienes dependerá la mejoría de la gestión y regulación del agua).

Es por ello que este libro contiene una sencilla descripción institucional y jurídica; la estrictamente necesaria para fundamentar las propuestas que se formulan; las que, junto a las demás propuestas que se realizan en el medio, quizás logren convencer a tales actores sociales para que continúen en sus esfuerzos de darle a nuestro país una mejor regulación del agua, que enfrente problemas y eluda conflictos.

Con el objetivo de fundamentar y complementar los argumentos críticos y propositivos de este libro, no obstante su naturaleza ensayística, he incorporado varios apartados de doctrina jurídica (los que son desarrollados más ampliamente en mis *Instituciones de Derecho de Aguas*, en preparación).

2. *Finalidad de este libro.* Un buen camino para saber las motivaciones, materia y objetivos de un ensayo es reconstruir el camino que recorrió su autor para darle un título adecuado. Un primer intento, demasiado academicista, fue: *“Diagnóstico de problemas en la gestión de recursos hídricos. Aspectos institucionales”*, muy apegado al encargo que dio origen al texto inicial. Una segunda propuesta de título fue: *“Identificando problemas y conflictos del agua. Propuestas regulatorias”*. Luego todo se tradujo en preguntas o énfasis literarios: ¿crisis del agua? ¿De quién es el agua? ¿El agua es un bien nacional? ¿Es un bien común? ¿De todos? Y cuando no hay agua, ¿*de quién es la escasez?* ¿Qué hacer con o sin el agua? ¡El agua en crisis! Un título goethiano: *Las desventuras del agua. El*

agua en busca de orden (buena administración), equidad (buena gestión) y justicia (buena resolución de conflictos). Luego tuvo un título weberiano: *“Triple dominación del agua: Estado, sociedad, mercado”*. El título final se decantó en el instante que llegó a mi convicción de la crisis que afecta a las aguas en sus tres dominaciones: Estado, sociedad y mercado; de la necesidad de describir el vigente modelo de las aguas, para luego exponer una crítica a la burocracia y ofrecer propuestas. De ahí el título final del libro.

3. *Origen académico del libro.* Este libro se ha nutrido de diversas experiencias de su autor. La más genérica y pretérita, es la actividad literaria, profesoral y profesional que, en materia de Derecho de Aguas, ha desarrollado el autor por más de dos décadas. En lo inmediato, los textos aquí expuestos tienen orígenes más próximos:

i) diversos acápite fueron preparados a propósito de la elaboración bajo la dirección del autor de un *“Diagnóstico de Problemas en los Procedimientos Administrativos ante la Dirección General de Aguas”* (Santiago, 2010), texto que sólo circuló en versión electrónica, en papel policopiado, cuyos argumentos ahora recuperamos en buena parte.

ii) varios apartados fueron preparados a propósito de la participación del autor en la Consultoría que el Banco Mundial realizó para el Gobierno de Chile (DGA), y que dio por resultado el documento que cito más adelante: *“Política y estrategia nacional de gestión integrada de recursos hídricos 2010”*; en tal consultoría el autor colaboró como especialista institucional, y ahora he recuperado un documento de trabajo que tuvo origen en esa instancia. Los textos que contiene este ensayo son de mi exclusiva responsabilidad y no involucran a tal organismo, contienen mis ideas en cuanto a los actuales problemas del agua en Chile, y decidí editarlo pues sólo circulaba en archivo

electrónico o papel y en las referencias del propio Informe del Banco Mundial se lo citaba, junto a otros trabajos míos.

iii) algunos argumentos contenidos en este ensayo (relacionados con la irregular tendencia de la autoridad burocrática de dictar meros actos administrativos para regular materias de ley) fueron también presentados como ponencias a las tradicionales *Jornadas de Derecho de Aguas*, que viene organizando el Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Estas ponencias pueden ahora verse en la nueva publicación: *Actas de Derecho de Aguas* (Santiago, Thomson-Reuters, I, 2011; II, 2012; III: 2013).

iv) los argumentos relacionados con el autogobierno, las aguas como bienes comunes y la crítica a los últimos intentos de políticas públicas, provienen de la publicación: *“Focalizando la agenda de un recurso común: el desafío de potenciar la autogestión de las aguas en Chile”*, que apareció en la serie *Temas de la Agenda Pública* (2012), editada por el Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

v) la propuesta relacionada con un Tribunal de Aguas proviene de mi participación en el trabajo conjunto con Daniela Rivera Bravo y Valeria Moyano Aquije, ambas de la Facultad de Derecho; y Guillermo Donoso Harris y Elisa Blanco Lorenzo, ambos de la Facultad de Agronomía: *“Aguas y Energía: Propuestas para su autogobierno y resolución especializada de conflictos”*, patrocinado por el Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile. He tomado algunas partes de ese Informe para este libro.

vi) en suma, he incorporado algunos textos de Informes en derecho, en que se me solicita mi opinión jurídica sobre conflictos interpretativos de la legislación; y también columnas de opinión publicadas en la prensa escrita u *on line*.

Todos estos documentos, de diversos orígenes, ahora reunidos, acaso reanimen un debate muy necesario, y una pronta toma de decisiones adecuadas de política pública de las aguas, en un tema tan transversal (en términos ideológicos y políticos) como es el agua.

4. Estructura del libro. Este trabajo lo he dividido en una *introducción*, tres *partes* principales y, al final, un *epílogo*.

En la *Introducción* intento justificar la crisis del agua y sus senderos posibles.

En la *Primera parte*, ofrezco un panorama interdisciplinario *del hecho* del agua; además, trato sucintamente las más importantes figuras del régimen legal e institucional de las aguas, a saber: fuentes de la disciplina del Derecho de Aguas, estatuto jurídico y tipología de los derechos de aprovechamiento de aguas; en fin, enuncio las tres dominaciones del agua;

En la *Segunda parte*, desarrollo el diagnóstico y problemas en las tres instancias institucionales: Estado, sociedad y mercado. Así, expongo la organización básica de la administración y distribución de las aguas, haciendo especial referencia a la dualidad de órganos y funciones existente en la materia: Dirección General de Aguas (administración burocrática de las aguas) y juntas de vigilancia (administración descentralizada y distribución de las aguas). Ofrezco, asimismo, una hipótesis sobre la naturaleza "común" del agua como resultado de esta autogestión. Reviso las principales dificultades relativas al funcionamiento del mercado. Identifico algunos de los principales problemas institucionales observados en materia de aguas en nuestro país y que influyen directamente en la gestión de recursos hídricos.

En medio de este desarrollo me refiero críticamente a las más notorias políticas públicas de las aguas: los intentos de nacionalización; de perfeccionamientos

“expresos” de derechos de aguas y a la reciente reactivación de proyectos de modificación al Código de Aguas, actualmente en tramitación parlamentaria.

En la tercera parte formulo dos propuestas (que pueden considerarse complementarias de los actuales planes legislativos): por una parte, la de unos nuevos tribunales especiales de aguas y, por otra, la necesidad de mejorar la regulación del autogobierno en materia de aguas.

5. *Agradecimientos.* En fin, deseo agradecer los generosos aportes de muchas personas, colegas, ayudantes; sin perjuicio de que injustamente podría olvidar a alguien, menciono aquí especialmente a Gonzalo Arévalo Cunich; Gonzalo Muñoz Escudero; Juan José Crocco Carrera; Claudio Santibáñez Torres; Nicolás Cannoni Mandujano y Laura Contreras Enos, quienes participaron activamente en la elaboración del *Diagnóstico* de 2010, citado; varios de cuyos argumentos retomamos aquí. A Guillermo Donoso Harris, Elisa Blanco Lorenzo, Valeria Moyano Aquije y Daniela Rivera Bravo por permitirme incorporar aquí las conclusiones sobre la propuesta de tribunales de aguas. Pero este trabajo no lo habría podido finalizar sin la ayuda dedicada y leal servicio al pensamiento ajeno de Daniela Rivera Bravo, investigadora y profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, quien primero realizó la noble y ardua tarea de reunir varios textos y antecedentes dispersos, escritos por el autor en diversas épocas y contextos, ajustándolos a un ensayo de esta naturaleza, y no dejó de ayudarme en la puesta a punto de este trabajo hasta el mismo día en que se envió a prensas, revisándolo una y otra vez hasta sus más mínimos detalles. ¡Muchas gracias!

Una vez agotada la primera edición de este ensayo (editado en 2014), he preferido ofrecer una segunda

corregida y no una mera reimpresión. He querido preservar el objetivo original de este texto: ser un aporte de argumentos a la discusión sobre la crisis del agua; de ahí que mantengo, sin modificación, los argumentos básicos de la primera edición. Me hago cargo de la crítica recibida en un trabajo académico. He reducido el texto en buena parte; he reordenado algunos párrafos y eliminado otros (algunos por ser muy genéricos, y otros por ser demasiado específicos). Sólo he dejado los desarrollos más propios de un ensayo y aquellos que ofrecen información y explicación sobre la crisis actual del agua; he eliminado desarrollos demasiado generales (propios de libros de hidrología) o demasiado específicos (que son propios de un tratado de Derecho). He incorporado algunas novedades surgidas en los últimos meses, en especial la información sobre la reactivación parlamentaria de antiguos proyectos y mociones de modificación al Código de Aguas, en los cuales pareciera albergar el deseo de cambios más o menos profundos del modelo actual, y espero que este ensayo sea útil para esa discusión. También he incluido una crítica a la actitud circunspecta de alguna jurisprudencia de la Corte Suprema.

Santiago, mayo de 2015.

INTRODUCCIÓN

§ 1. ¿CRISIS DEL MODELO DE LAS AGUAS?

Hoy nuestro país padece una crisis institucional del agua.

No podemos seguir cerrando los ojos ante la evidencia: es que no sólo hay sequías del recurso, sino también pareciera que existen “*sequías institucionales*”, de diversa índole; ya sea de ausencia de nuevas leyes y reglamentos que renueven, actualicen y complementen el marco legal vigente; ausencia de buena Administración burocrática; ausencia de apoyo a la autogestión de las aguas; falta de comprensión del mercado de las aguas; ausencia de buena justicia. De eso se trata este libro.

Es una *paradoja*, pues desde hace poco más de treinta años (desde 1979-1981) rigen unas reglas jurídicas que dieron nacimiento y vigor a un neomoderno Derecho de Aguas, marcado por una serie de incentivos favorables para un mejor uso de las aguas.

De ahí que no es una crisis necesariamente legislativa (de necesidad imperiosa de nuevas reglas); es una crisis esencialmente de actitudes y prácticas de los principales actores en rededor del agua: de los *burócratas* (en especial quienes están a la cabeza de los órganos de la Administración), de los *gestores* (esto es, quienes dirigen las organizaciones de usuarios), de los *abogados y jueces* (quienes son actores relevantes de los conflictos de aguas). Por cierto, quienes padecen esta crisis: los *usuarios* de aguas (titulares de derechos de aguas; o eventuales

interesados en serlo), también asumen ciertas conductas y actitudes ante las reglas, que cabe analizar.

En fin, hay una *crisis social*, de comprensión del fenómeno y regulación de las aguas.

Este libro ofrece análisis y propuestas.

I. Identificando la crisis institucional del agua

Cabe entonces analizar el escenario cuatriforme de la crisis en que percibo que se encuentra la institucionalidad del agua; una crisis silenciosa para algunos, pero acuciante para otros; la que se manifiesta en los cuatro escenarios que describo, derivándose en una crisis de conocimiento y comprensión de roles del Estado, de la sociedad, del mercado y de sus conflictos; por ello es, a la vez, una cuádruple crisis: administrativa, de comprensión del mercado; de gestión y de justicia.

Esta crisis se manifiesta de un modo elocuente en los cuatro aspectos que enuncio y que reviso en las partes principales de este libro:

1° el agua padece una crisis de anomia administrativa (del "Estado" como Administración). Como se comprueba en este texto (y lo padecen cada día los usuarios del sistema), el órgano burocrático de la Administración Central del Estado, esto es, la Dirección General de Aguas [creado básicamente para cumplir tres fines: inventariar el recurso hídrico; catastrar los títulos de los particulares que les permiten el uso del agua y, en fin, constituir y coadyuvar a la regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas], hoy se encuentra casi absolutamente impedido de realizar de manera eficiente, adecuada o mínimamente satisfactoria sus tareas; ya sea por deficiencias en la organización interna, por endémicas

conductas burocráticas inadecuadas; por despreocupación político-administrativa; por desempeños erráticos de los burócratas de turno en los últimos años y quizás decenios. El hecho concreto es que muy raramente los actores del sector, y todos aquellos que deben sufrir el contacto con tal institución, ya sean particulares u órganos administrativos conexos con la Dirección General de Aguas, calificarían su gestión como de excelencia. Ello, sin perjuicio de los ingentes esfuerzos que cada día realizan sus funcionarios, de toda jerarquía y posición. Pareciera que es un problema que va más allá del esfuerzo de cada cual, y que requiere una mirada más amplia.

2° el agua padece una crisis de reconocimiento de la autogestión. La crisis de reconocimiento del autogobierno (=autónomo) encargado por Ley a los mismos usuarios del agua, es otra paradoja; pero toda crisis es a la vez una oportunidad. En efecto, los órganos intermedios de la sociedad creados para autogestionar el agua (esto es, las juntas de vigilancia, las comunidades de aguas y las asociaciones de canalistas) ven entrabada o dificultada su labor, tanto por vacíos regulatorios, ausencia de recursos como por intromisiones de la Administración burocrática (Dirección General de Aguas y otros organismos) en la esfera de sus legítimas atribuciones.

3° el agua padece de una crisis de comprensión de la libre transferibilidad (“ mercado”) de los derechos de aprovechamiento. Resulta curioso observar que todos los titulares de derechos de aguas (desde modestos usuarios agrícolas hasta poderosas empresas) valoran enormemente la protección que el sistema consagra a su posición jurídica, impidiendo caducidades y permitiendo libre transferibilidad; pero, al mismo tiempo, se escuchan voces y consignas a favor de una “nacionalización” de esas

mismas aguas que ellos usan. Es una contradicción que sólo proviene de una falta de comprensión del sistema.

4° el agua padece una crisis de ausencia de justicia especializada. El origen y resolución de conflictos en materia de aguas tiene dos escenarios: primero, aquellos conflictos suscitados al interior del órgano burocrático, a raíz de sus decisiones relativas a solicitudes de derechos y de diversa índole, que son reclamadas por los particulares ante los tribunales ordinarios de justicia (usualmente ante las cortes de apelaciones); y segundo, aquellos conflictos relativos a la distribución de aguas o ejercicio de cada derecho, que se suscitan al interior de las organizaciones de usuarios. Los primeros conflictos son numerosísimos y los segundos son muy escasos. En todo caso, la justicia concreta en materia de aguas adolece de una ausencia crónica: de unos tribunales especializados que diriman con mayor *auctoritas* estos temas.

En suma, el presente libro tiene por objeto analizar esos cuatro escenarios, pues son los más elocuentes de esta crisis y ofrecer un diagnóstico de los problemas que la originan; es que tales problemas se presentan claramente especificados en las sedes señaladas:

1° en los distintos procedimientos que se tramitan ante la Dirección General de Aguas, así como en las diversas tramitaciones que cabe realizar ante este ente en su calidad de órgano administrativo encargado de la administración de este recurso natural;

2° en la autogestión de los recursos hídricos, en manos de las organizaciones de usuarios;

3° en la libre transferibilidad de los derechos de aguas, que configura ese fenómeno que llamamos “mercado de las aguas”; y,

4° en los procesos judiciales a que dan lugar los

conflictos originados en las sedes anteriores.

Todo lo anterior es revisado con el fin de proponer modificaciones concretas para intentar resolver dichos problemas.

Pues, las crisis son, también, una oportunidad para crecer; para mejorar o perfeccionar un modelo que ha mostrado resultados favorables; en fin, las crisis son momentos que abren la discusión.

Este libro es, entonces, un aporte a esa discusión.

II. Orígenes y respuestas del neomoderno Derecho de Aguas

1. *Una regla primigenia en 1979.* El 23 de abril de 1979 aparece en el Diario Oficial el *Decreto Ley N° 2.603*. Se trata de un escueto texto legal, que, según reza su título, “*establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del régimen general de las aguas*”. El análisis jurídico estricto, de este texto fundamental lo realizo más adelante; ahora adelanto algunas ideas sobre su significado global.

a) *Texto pionero.* Este texto, en verdad, no sólo es pionero, y da origen a todas las regulaciones liberalizadoras de recursos naturales que continuarán en los años siguientes en Chile, *sino que* además, significó reconocer y consagrar el “sentimiento popular” en materia de aguas: lo que siente cada *usuario* de las aguas, cada regante, cada titular de derechos. Su sentimiento es que es titular de algo; y ese *algo*, es *patrimonial*, y se asemeja a la propiedad. O al menos, todo usuario intenta y cree tener las mismas posibilidades y seguridades de la propiedad.

Se trata, además, de la regulación de un *recurso natural* esencial como ninguno, conectado a la vida, a toda industria humana; y al mismo tiempo fuente de mitos y

leyendas. Pero, más que nada, ya veremos, insumo fundamental de toda actividad económica. De ahí que la regulación de las aguas tiene efectos jurídicos *expansivos*.

b) El contexto político. Esta norma se dicta en medio (al inicio, mejor dicho) de una de las más profundas reformas que han operado en nuestro país en las últimas décadas. La redefinición de las relaciones entre el Estado y la sociedad, estableciendo nuevos fundamentos, y alterando así las bases de la economía del país. Se trataba de cambiar el *motor de la economía*:

i) *desde el viejo Estado/benefactor...*

Un Estado prestador de todos los servicios públicos, incluidos aquellos de carácter comercial o industrial, dueño de todos los bienes con *fumus* (olor) no individual; un Estado empresario, regulador y fiscalizador de sus ineficiencias en materia económica. Un Estado/fisco con dificultades crecientes para ser solidario o para subsidiar o incentivar el bien común. Con problemas de caja, diríamos.

ii) *... hacia un nuevo Estado/subsidiario.*

Un Estado que sólo actúa, en materia económica, en subsidio de los particulares. Se reconstruye jurídicamente el Estado con una nueva configuración, en que se intenta reconducir al Estado a sus funciones más esenciales, y entregando el motor de la economía a las manos de los particulares; replegando al Estado a una función de regulación, fiscalización, dándole otras armas para que pueda ser solidario o subsidiario con quienes no tienen recursos.

En palabras sencillas, pero algo ambiguas: *del estatismo al libre mercado*. O, mejor dicho, en términos más jurídicos: de la decisión centralizada, de un órgano administrativo/Estatal a la decisión descentralizada, atomizada, espontánea de cada particular o agente económico.

Para ello se hacía necesario fortalecer de un modo inusitado, *la propiedad*. De otro modo, no habría un cambio

real en la economía del país.

Recordemos que la propiedad privada fue considerada desde la Revolución Francesa como el fundamento de la libertad, pero que la Nueva Revolución socialista del siglo XX había alterado, y dejado toda fuente de libertad y progreso en manos de un Estado, que no sólo resultó opresor, sino que cayó por inanición. Hace poco más de treinta años se produjo otro hito, de esa caída: como las murallas de Jericó, cayeron las murallas de Berlín; solas, con un leve empujón.

Se trataba, en esa época, de alterar las bases del funcionamiento de la economía. ¿Qué hacer en materia de aguas? Era necesario entonces definir quién era propietario, ya sea de las aguas, de su uso; o en fin, otorgar la protección y seguridad de tal propiedad y uso.

Si se trataba de entregar el motor de la economía a los particulares, la técnica jurídica a utilizar, claramente, era y es, la *asignación de propiedad o de títulos uso, tan seguros como la propiedad, para el aprovechamiento de las aguas*. Pero aquí hay que observar bien: es necesario algo de fenomenología, para descubrir el modo en que se asigna propiedad o títulos de uso. ¿Sobre las aguas mismas? ¿A quién? ¿Al Estado, a secas? ¿A los particulares?

c) *La regulación de aguas como insumo para otras regulaciones*. En materia de aguas, entonces, en Chile se aprobó una regulación liberalizadora, a fines de los 70 y principios de los 80.

A partir de dicha regulación ha podido desarrollarse con mucha seguridad la iniciativa económica en aquellas actividades que utilizan intensamente, como insumo, las aguas. Es que las aguas, constituyen el insumo de varios sectores muy relevantes, y su esencialidad es notoria por las siguientes conexiones prácticas y, de ahí, jurídicas:

- i) el agua se conecta con el *servicio público sanitario*; esto es, el consumo de agua potabilizada y su saneamiento;
- ii) el agua se conecta con la *industria minera*, dado que

dicha industria extractiva sólo se puede desarrollar si cuenta con el insumo del agua (subterránea en el caso de la minería del Norte de Chile);

iii) el agua se conecta con la *electricidad*, sobre todo cuando la matriz energética más económica del país está sustentada básicamente en la generación hidroeléctrica; y

iv) el agua se conecta con la *agricultura, fruticultura, viticultura* y otros sectores cuyo uso intensivo del agua es evidente; en donde se desea igualmente una modernización de sus formas tradicionales de explotación.

d) Respuesta de la actual regulación a los desafíos de las aguas. Entonces, al hacer un balance jurídico, cabe preguntarse por la capacidad de respuesta que la actual institucionalidad del agua ofrece ante los desafíos actuales.

Está fuera de toda duda, la gran capacidad de la capacidad global para responder al principal desafío de un país que desea desarrollarse económicamente, teniendo como motor la energía e ingenio de los particulares. Ese es un balance no jurídico: es económico. Todos tenemos una respuesta.

Hay en todo caso, hechos decisivos: este es un modelo de institucionalidad de las aguas, que fue consagrado en 1979/1980, en un gobierno de un signo político muy distinto a los que ha tenido el país en los últimos 20 años. Pero es un modelo que, seguramente por obra de los consensos que producen los resultados positivos de su instauración, se ha mantenido en su esencia por más de treinta años.

Los únicos signos de modificaciones estructurales ocurrieron a principios de los años noventa, en que se pretendía hacer una modificación más sustancial al régimen de las aguas, con caducidades, y recuperación de la calidad de públicas de las aguas, para evitar su “mercantilización”, como se decía. Es el mismo lenguaje que leemos en los diarios de los últimos tiempos: pidiendo “nacionalización” de las aguas. Pues bien, eso quedó en el

olvido, y la modificación que en definitiva propuso el Gobierno en los noventa, y que se aprobó en 2005, para el Código de Aguas, no alteró en nada sustantivo el modelo original de 1979-1981. Por lo tanto, estas pompas de jabón un poco anacrónicas que hoy escuchamos, que nos llaman a re-estatizar el agua, a re-nacionalizar el agua, se difuminarán... (salvo que ocurra en Chile una nueva revolución de estatismo, que no parece estar en el sentimiento más popular; ¡hoy todos queremos ser propietarios! Nuestro mayor bien de consumo jurídico es la propiedad).

¿Cuáles son los desafíos actuales? Podemos enumerar desordenadamente algunos.

i) existen diversos valores nuevos en medio de nuestra sociedad, que se transforman en desafíos jurídicos. En el orden ecológico: a veces, a partir de razonables objetivos de preservación del ambiente; otras, de ideologías *hiper*proteccionistas. Al respecto, cabe señalar, por ejemplo, que la “nacionalización”/expropiación de caudales, con fines ecologistas, no prosperó como idea legislativa en nuestro país; sino sólo como limitaciones ambientales.

ii) cabe la protección de los derechos de los indígenas en los recursos naturales.

iii) cabe, igualmente, el desafío de asegurar la dignidad de quienes son catalogados socialmente como pobres, y se realiza mediante una consigna: “el agua como derecho humano”. En cuanto al derecho humano al agua, cabe consignar una respuesta paradójica: por la vía del servicio público sanitario (cuya gestión le corresponde en un 100% a empresas particulares, bajo un sistema de regulación con herramientas de mercado), Chile hoy es considerado el N° 1 en un ranking mundial de cumplimiento del derecho humano al agua que poco se exhibe: el acceso de la población al agua potable y al saneamiento. Según cifras que entrega la Superintendencia de Servicios Sanitarios, casi el 100% de los habitantes urbanos cuentan hoy en

Chile con agua potable y saneamiento; y sobre el 70% de la población rural. Toda esa población puede gozar de ello, mediante dos mecanismos: uno de mercado, y otro de solidaridad, pues el 15% aproximado accede a tales servicios mediante subsidios de agua potable. Lo mismo que en electricidad.

iv) existen riesgos asociados en las políticas de aguas: una regulación que altere reglas básicas de certeza y seguridad de los títulos puede desincentivar la inversión en sectores en que las aguas son muy relevantes. Pues las aguas, y su regulación, tienen una conexión expansiva con varios servicios e industrias relevantes: servicios sanitarios, hidroelectricidad, minería, agricultura, fruticultura, viticultura, y la industria en general. Sin seguridad jurídica, patrimonial, de las titularidades del insumo agua, estas industrias y actividades económicas se resienten.

Hay, en todo caso, acuciantes y localizados desafíos institucionales, los que intento sistematizar y exponer en este libro.

3. La regulación del agua como liberalizadora de un recurso natural. Como reviso en este libro, si bien existen desafíos actuales en materia de la regulación de las aguas, se observa en nuestra sociedad, en algunos de sus opinantes y vociferantes, una visión curiosa: la mantención de ciertos ritos estatistas; quienes piensan así, desean que se “nacionalice” el agua. Normalmente quienes plantean eso son activistas del medio ambiente y políticos que persiguen sus votos. Y la califico de curiosa, pues no pareciera ser un sentimiento de quienes están más autorizados para opinar: los usuarios del agua; los titulares de derechos, en especial los más numerosos; los agricultores, que la usan para riego. ¿no se percibe en el ruido social a los usuarios reales del agua pidiendo su nacionalización!

La liberalización económica ha operado desde hace treinta años de una manera muy amplia en el campo de los

servicios públicos de naturaleza industrial o comercial (como la electricidad, los servicios sanitarios y las telecomunicaciones), en donde ya no hay presencia del “Estado/empresario”; ya no existen empresas fiscales que operen como un prestador de estos servicios, sino que la intromisión del Estado, como Administración, ha quedado replegada y potenciada en sus roles de ordenación o policía (superintendencia); y de fomento.

Es que el principio y regla de la subsidiariedad ha tenido amplia operatividad. El Estado/Administración, en los hechos ya no es el “titular” primigenio de la prestación de los servicios públicos de naturaleza comercial o industrial; sino que antes, al contrario, la titularidad hoy cabe asignarla, de manera atomizada y descentralizada, a cada miembro de la sociedad; a los emprendedores. Sólo si no hubiese emprendedores, aplicando la faz activa de tal principio de subsidiariedad, la Administración del Estado podría actuar.

b) Pero, por diversas razones que intentaré explicar, en el caso de los recursos naturales (es el caso de las aguas), la presencia del Estado se ha mantenido, *curiosamente*, en los textos normativos y dudo que ese sea el *sentimiento popular*), como “titular”, *como supuesto “propietario” de las aguas*. Ello suele explicarse mediante figuras jurídicas difusas. Pareciera que el principio de subsidiariedad no llegase a operar en materia de recursos naturales, y tuviese que mantenerse esa titularidad estatista sobre ellos.

Es así como, en el caso de las aguas se siguen manteniendo reglas que en su cáscara verbalizan un “dominio”/cuasi propiedad estatal/nacional. *Así si cada uno de nosotros nos preguntamos, ¿quién es el propietario de las aguas? Casi todos diremos en coro (salvo que lo pensemos un poco, para darle coherencia y no puro sentimiento o improvisación a la respuesta): “del Estado”*. Pero ello no es reflejo de la realidad. Es como una contradicción vital, de liberales y conservadores; de

izquierdas y derechas. Es un “sentimiento muy popular” (en el sentido de que es un sentimiento que tiene éxito en las estadísticas, y en las calles, cuando se escucha a los vociferantes) considerar a las aguas como no-privadas; pero eso no es lo mismo que decir que son “estatales”.

Parecía que este apelativo estatista, al menos formalmente, terminaría por desaparecer de los textos legales en los últimos años liberalizadores, lo cual no ha ocurrido, pues por doquier las aguas siguen ostentando en los textos (de un modo claramente artificial, como intento demostrar) ese papel de “patrimonio estatal”.

Pero en Chile el caso de las aguas tiene algunos matices en su regulación, que cabe revisar.

III. ¿Qué hacer para ajustar y perfeccionar la regulación de las aguas?

En la actualidad, en que el país se enfrenta a condiciones hídricas críticas y preocupantes, la gestión de las aguas se ha convertido en un tema clave y de obligado análisis.

Debido a su condición de recurso escaso, y en consideración a su importancia económica, las aguas requieren de una normativa que establezca reglas claras respecto de los títulos que posibilitan su aprovechamiento, como de su administración y distribución.

1. Tres opciones para regular las aguas. Autores, gobernantes y diversos especialistas en políticas públicas siguen repitiendo en materia de bienes públicos o comunes (que es el caso del agua), el argumento de “la tragedia de los comunes”¹, de lo que supuestamente se derivarían sólo dos opciones:

i) primera opción: para evitar destrucción de los

recursos naturales (entre ellos, el agua) sólo el Estado/Administrador debe controlarlos; o,

ii) segunda opción: su íntegra privatización (“mercado”) resolvería el problema.

Sin embargo, lo que se observa en la práctica es que ni los órganos administrativos del Estado ni el mercado (esto es, la autónoma decisión de los particulares), *por sí solos*, han logrado con éxito un aprovechamiento óptimo del agua.

El caso de las aguas es paradigmático en una dualidad distinta de manejo, a la vez, público y privado, de lo que fluye una tercera opción: la acción de la sociedad (como algo distinto de la acción estatal o del mercado).

iii) tercera opción: sin eliminar el rol de la Administración burocrática del Estado ni del “mercado”, la sociedad actúa a través de los usuarios, quienes autogestionan la extracción y reparto del recurso común; los individuos, unidos comunitariamente, y en sistemas de autogestión, mantienen, a largo plazo, un uso productivo y positivo de los sistemas de recursos naturales².

Como veremos, en Chile, estas tres instancias (“Estado”; “sociedad” y “mercado”) interactúan al mismo tiempo, respectivamente en las tres instancias esenciales del aprovechamiento de las aguas:

1° la asignación de los títulos de extracción de aguas, la realiza la *autoridad burocrática (el Estado)*;

2° el aprovechamiento individual (extracción) de las aguas, es realizado en su mayor parte de modo colectivo, mediante el *autogobierno* de las organizaciones de usuarios (la sociedad); y,

3° la seguridad jurídica (la intangibilidad de los títulos) y la transferencia de los títulos de cada derecho, se realiza a través del *mercado*.

Así, a través de estas tres instancias, se administra, se autogestiona y transan las aguas y sus títulos.