



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO CIENCIAS DEL DERECHO

**LA NATURALEZA PÚBLICA DEL AGUA EN EL
MERCADO**

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

BÁRBARA PAZ MORALES BLUM

Profesor Guía: Gabriel Álvarez Undurraga

2015

“La tierra proporciona lo suficiente para satisfacer las necesidades de cada hombre, pero no la codicia de cada hombre”.- Gandhi

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.....	1
 CAPÍTULO I	
MARCO JURÍDICO DE LAS AGUAS EN CHILE.....	6
1.1 El agua como bien nacional de uso público o bien público.....	7
1.1.1 El dominio público.....	7
1.1.2 Reconocimiento legal del agua como bien público.....	19
1.1.3 Reconocimiento constitucional del agua como bien público.....	24
1.2 El derecho de aprovechamiento de aguas.....	27
1.2.1 El Código de Aguas de 1951.....	28
1.2.2 La Ley N° 16.640 de 1967.....	31
1.2.3 El Decreto Ley N° 2.603 de 1979.....	36
1.2.4 El Derecho de aprovechamiento en el Código de 1981.....	38

CAPÍTULO II

EL MERCADO DE LOS DERECHOS DE AGUAS.....	48
2.1 El agua en su dimensión económica.....	50
2.1.1 Los usos de agua.....	52
2.1.2 La escasez.....	59
2.1.3 El valor económico del agua.....	63
2.2 El funcionamiento del mercado.....	71
2.2.1 Las imperfecciones del mercado.....	74
2.2.2 La regulación de los mercados de aguas.....	80
2.2.2.1 El uso efectivo y beneficioso.....	83

CAPÍTULO III

PROPUESTAS AL MODELO DE GESTIÓN DEL AGUA EN CHILE...	94
3.1 El acceso al agua como Derecho Humano.....	95
3.1.1 Origen y evolución del Derecho Humano al agua en el Derecho Internacional.....	98
3.1.2 Concepto y contenido del Derecho Humano al agua.....	105

3.1.3 El Derecho Humano al agua en el Derecho nacional.....	112
3.2 El uso sustentable del agua.....	120
3.2.1 El concepto de sustentabilidad y desarrollo sustentable.....	121
3.2.2 La sustentabilidad en la legislación de aguas en Chile.....	130
3.2.2.1 La Patente por no uso.....	135
3.2.2.2 La Memoria explicativa.....	140
3.2.2.3 Los Caudales ecológicos mínimos.....	143
CONCLUSIONES.....	150
BIBLIOGRAFÍA.....	158

RESUMEN

El ordenamiento jurídico chileno establece que el agua es un bien nacional de uso público no susceptible de propiedad privada particular, a la vez que se reconoce la propiedad de los derechos que los titulares tienen sobre ellas, lo que implícitamente configura un mercado de aguas. En este modelo único en el mundo, los derechos de aprovechamiento se otorgan sin una exigencia de uso efectivo y beneficioso por parte del Estado, por lo que en la práctica ingresan al tráfico jurídico privado como un bien económico más. El dominio público es un régimen de protección de ciertos bienes, entre los cuales se encuentra el agua, que corresponde a un deber prestacional del Estado en cumplimiento de su quehacer constitucional, que es la función pública.

El objetivo general es analizar la manera en que el modelo de mercado en la gestión del agua en Chile resguarda su naturaleza jurídica de bien público, para lo cual los métodos usados fueron de observación, el histórico, el analítico y el inductivo. Utilicé el tipo de investigación pura o básica, en el nivel descriptivo y según el paradigma interpretativo, mientras que las fuentes fueron principalmente documentales, específicamente Códigos, leyes y proyectos de ley.

Como resultado, se puede afirmar que el modelo gestión de las aguas en Chile mediante el mercado, no resguarda su naturaleza jurídica de bien público ya que, en la práctica, existe una supremacía del derecho de propiedad privada sobre el dominio público, protegiendo este último un bien superior con características de derechos humanos. Esto ocurre, porque el Estado carece de potestades suficientes para limitar el derecho de propiedad, incluso en su grado máximo, si se requiere para garantizar la asignación socialmente equitativa y la protección ambiental del recurso. Por tratarse de una limitación al contenido esencial del derecho de propiedad, esto debe establecerse expresamente en la Constitución, junto con establecer la naturaleza jurídica de bien público de todas las aguas.

Palabras clave: bien público, derecho de aprovechamiento, mercado de aguas, uso efectivo y beneficioso.

INTRODUCCIÓN

En virtud del marco jurídico que regula las aguas en Chile, éstas son legalmente bienes nacionales de uso público, lo cual es reafirmado de manera implícita y como excepción al régimen general de propiedad privada de los bienes, por la Constitución Política de la República. A la vez, la Constitución reconoce y protege la propiedad de los derechos de los particulares sobre las aguas, lo que junto a la libre transferibilidad de ellos y un escaso control de la Administración, la asignación del agua responde únicamente a la lógica de mercado. Este es un sistema eficaz para realizar por sí solo la asignación óptima de muchos bienes con valor económico, pero no ocurre lo mismo con el agua que, además de ser un bien económico, permite la satisfacción de otro tipo de necesidades humanas y ecológicas.

Por lo mismo, forma parte del dominio público, que es un régimen de protección para garantizar el cumplimiento de la función pública por parte de la Administración. Pero mientras no exista un cambio regulatorio con el cual deje de existir una supremacía del derecho de propiedad sobre el dominio público, los conflictos sociales y ambientales relacionados al uso del agua irán en aumento.

En este contexto cabe preguntarse, ¿de qué manera el modelo de mercado en la gestión del agua en Chile resguarda su naturaleza jurídica de bien público? El objetivo general de este trabajo es analizar la manera en que el modelo de mercado en la gestión del agua en Chile resguarda su naturaleza jurídica de bien público. Los objetivos específicos, que serán desarrollados en los tres capítulos respectivos, son: primero, exponer el marco jurídico de las aguas en Chile; segundo, analizar el mercado de los derechos de aguas; y tercero, establecer propuestas al modelo de gestión de las aguas.

Para lograr los objetivos, el marco metodológico utilizado fue de investigación pura o básica, ya que busqué profundizar, de forma sistemática, las teorías y conocimientos existentes en relación a los mercados de aguas y la legislación. El nivel de la investigación fue descriptivo, ya que se pretendió mostrar el panorama actual en la materia, el origen del modelo y sus efectos. Además, se realizó desde un paradigma interpretativo, intentando comprender la realidad en materia de aguas, conectando los datos empíricos y jurídicos, con las acciones en el manejo de las aguas y su significado.

Respecto a los métodos, utilicé el de la observación, sobre todo para conocer el objeto de estudio y realizar el diagnóstico del problema; el

histórico, al estudiar los distintos modelos de gestión de las aguas en Chile como respuesta a un contexto histórico, que determina su esencia; el analítico, para distinguir los elementos de normativos que configuran el mercado de aguas y las relaciones entre ellos; y por último, el inductivo, centrando la investigación en los elementos que configuran el objeto de estudio, como el dominio público y el derecho de aprovechamiento, para obtener el criterio general que funda el sistema.

Dentro de las fuentes de investigación primarias, utilicé el Código de Aguas, la Constitución, las Actas de la Comisión Constituyente en materia de aguas y demás legislación pertinente y, dentro de las secundarias, utilicé publicaciones de expertos y especialistas, bibliografía y publicaciones en línea en la materia, por ejemplo del Banco Mundial; la mayoría de la información documental fue recopilada desde bibliotecas e internet. La información fue tratada desde un enfoque cualitativo, ya que mi intención fue comprender subjetivamente la realidad empírica y jurídica del agua en Chile, organizando la información en orígenes, definición y características, situación actual, crítica y síntesis.

Desarrollé el trabajo de acuerdo a la siguiente hipótesis: El modelo de gestión del agua en Chile no resguarda su naturaleza jurídica de bien público,

porque el marco jurídico carece de elementos que condicionen el uso, aseguren la equidad en su distribución y la protección ambiental del recurso, como por ejemplo, la exigencia de uso efectivo y beneficioso.

El marco jurídico que regula las aguas en Chile contiene todos los elementos necesarios para articular un mercado de aguas único en el mundo, ya que, salvo un proyecto de reforma al Código de Aguas de Perú, en ninguna otra parte los derechos se otorgan a los particulares de forma gratuita, incondicionada y a perpetuidad. Esto ha generado graves deficiencias en la asignación del recurso y ha sido fuente de múltiples conflictos sociales y ambientales, lo cual hace urgente un estudio de sus problemas y de las posibles soluciones.

El agua no sólo es un factor imprescindible para el desarrollo económico del país, sino en la satisfacción de necesidades esenciales desde el punto de vista social y ambiental, como la subsistencia humana y el mantenimiento de los ecosistemas. En último término, la equidad en la distribución del agua y la protección de los acuíferos se relacionan directamente con los derechos humanos más básicos, que son la vida y la dignidad humanas. La importancia de desarrollar este tema radica en la necesidad de concebir un modelo que garantice esos derechos para todos,

mediante un cambio regulatorio que reconozca y ampare el dominio público de las aguas, así como la función pública del Estado en relación a ellas, que finalmente es estar al servicio de la persona humana y promover el bien común.

CAPÍTULO I: MARCO JURÍDICO DE LAS AGUAS EN CHILE

Antes de analizar el régimen chileno de asignación de las aguas en base al mercado, es necesario responder a la siguiente pregunta: ¿Cuál es el marco jurídico que regula las aguas en Chile? De esta manera, se podrá entender la forma en que sus normas principales, el Código de Aguas (CA) de 1981 y la Constitución Política de la República (CPR) de 1980, permiten la articulación y funcionamiento del mercado de aguas, como también son fuente de sus imperfecciones.

En la primera parte de este capítulo expondré la naturaleza jurídica de bien público del agua desde una perspectiva constitucional, distanciándome de aquella que asocia el dominio público al Derecho Civil Patrimonial, para luego estudiar el modo en que ocurre este reconocimiento en el Código Civil (CC), el CA y la CPR. En la segunda, explicaré el modo en que nuestro ordenamiento jurídico compatibiliza en teoría la naturaleza jurídica de bien nacional de uso público de las aguas con la constitución de DAA de carácter privado sobre ellas, para verificar si con esto se protege la función pública del dominio público.

1.1 El agua como bien nacional de uso público o bien público

El agua es un elemento escaso con importantes funciones sociales y ecológicas, por lo que durante toda la tradición jurídica chilena ha gozado de un estatus especial y, a partir de la legislación codificada, ésta ha sido reconocida en su naturaleza jurídica de bien nacional de uso público. ¿Pero qué se entiende por este concepto? Es de suma importancia determinarlo, dotarlo de contenido y establecer sus efectos, para definir el mejor modelo de gestión de un bien esencial para la subsistencia humana y el mantenimiento de los ecosistemas. A continuación, explicaré el desarrollo doctrinal, legal y constitucional del concepto de bien público.

1.1.1 El dominio público

A lo largo de la historia de las sociedades organizadas, ciertos bienes han formado parte de categorías jurídicas especiales en virtud de sus características particulares. La categorización de los bienes públicos ha ido mutando en su sentido y función a lo largo de la historia, dependiendo directamente de su contexto y de la posición en que la autoridad (hoy Estado-Administración) se encontraba respecto a ellos.

Ya en el Derecho Romano, donde encontramos los cimientos de muchas instituciones jurídicas actuales, las cosas públicas o *Res publicae* eran bienes que quedaban fuera del comercio¹ entre particulares por ser de dominio de la comunidad en su conjunto y se clasificaban como tales por tener una función o utilidad pública, como los caminos, calles y plazas. Dentro de las aguas no apropiables, que por razones de conveniencia e interés general no podían ser objeto de dominio privado, sino que eran del pueblo para su libre uso se comprendían las aguas de los ríos y lagos².

En la Baja Edad Media, al producirse la distinción institucional entre el Rey y la Corona, esta última es en adelante el sujeto titular de las potestades públicas³, donde encontramos el antecedente histórico directo del dominio público (aunque en ningún caso es lo mismo). En esta época se evoluciona hacia una concepción regaliana, en que el agua era considerada como objeto de la propiedad-soberanía de la Corona. A diferencia de lo que ocurría en Roma, existió un vínculo real entre las aguas y el soberano, quien otorgaba

¹ Las *Res extra commercium* eran los bienes que quedaban fuera del patrimonio privado, ya sea por derecho divino o *Res divini iuris* o por derecho humano o *res humani iuris*. Dentro de estas últimas, se encontraban las *Res communes omnium*, *Res universitatem* y *Res publicae*.

² VERGARA BLANCO, Alejandro. Las Aguas como Bien Público (no estatal) y lo privado en el Derecho chileno: Evolución legislativa y su proyecto de reforma. Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 1. 2002. P. 184.

³ MONTT OYARZÚN, Santiago. El Dominio Público, Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización. ConoSur Lexis Nexis Chile, Santiago, Chile. 2002. P. 67.

una licencia o regalía para su uso, lo cual originaba un tributo a favor de la Corona. Este sistema se instaló en América a través del Derecho Indiano y, posteriormente, fue acogido por los Estados Modernos durante el siglo XIX⁴.

En la primera mitad del siglo XIX se desarrolló una construcción doctrinal y jurisprudencial por parte de los juristas franceses, en que se clasificó y reguló el dominio público, tal como lo conocemos actualmente. A partir de la utilización de textos de Derecho Romano y Derecho pre codificado, se creó la categoría tradicional de dominio público como la opuesta al dominio privado del Estado⁵.

Durante los distintos contextos históricos, la autoridad ha requerido ciertos bienes para la satisfacción de los intereses colectivos, lo que hoy responde a los fines que la Constitución le impone a la Administración. Siguiendo esta aproximación dogmática al dominio público, la mayoría de la doctrina actual adscribe a la concepción subjetivista o estatutaria de la Administración, en virtud de la cual ésta no se define desde la perspectiva material de función administrativa, sino como persona jurídica. Teniendo

⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro. Derecho de Aguas. Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Santiago, Chile. 1998. Pp. 208-309.

⁵ MONTT OYARZÚN, Santiago (2002). Op. Cit. Pp. 103-104.

como presupuesto la personificación, el Derecho Administrativo es aquel que regula la administración pública del Estado-Administración⁶ y el dominio público comprende los bienes donde éste es tu titular.

La Administración interviene en ciertas áreas que en primera instancia son del ámbito privado, excluyéndolas de éste mediante la *publicatio* o publicación, generando el vínculo demanial. La *publicatio* es la técnica jurídica que opera como título de las facultades que se arroga la Administración y, la publicidad de los bienes o el dominio público, es tan sólo una manifestación de aquello. La afectación a la *publicatio* es técnica y resultado a la vez, que, en el ámbito particular de los bienes, incluye algunos al dominio público y excluye a otros de la apropiación privada⁷. Lo que determina al dominio público, por lo tanto, es la afectación a la *publicatio*⁸.

Dentro del patrimonio estatal, que corresponde a los bienes objeto de la actividad de la Administración, se distingue entre los bienes de dominio público o demaniales y los patrimoniales, regulados por el Derecho Público y Derecho Común respectivamente. Lo particular de los bienes demaniales

⁶ *Ibíd.* Pp. 8-9.

⁷ VERGARA BLANCO, Alejandro. Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público. *Ius Publicum*, N° 3, Santiago, Chile. 1999b. P. 80.

⁸ Según la concepción clásica la *publicatio* se refiere a la vinculación de ciertos bienes con fines colectivos y superiores, mientras que parte de la doctrina considera más adecuado referirse a ella como una actividad o potestad de la Administración, es decir, la utilización de e dichos bienes.

es la especialidad de su protección y utilización, mediante medidas tendientes a asegurar la función pública que se presta con ellos⁹. Este régimen jurídico es, por lo tanto, excepcional, siendo el dominio público simultáneamente una técnica de atribución de títulos causales de intervención del poder público administrativo en el ámbito privado y un régimen jurídico exorbitante para la exención del orden jurídico civil ordinario, a fin de proteger la función pública¹⁰.

La excepcionalidad viene dada por atributos que son consecuencia de la dominialidad y de la finalidad de protección de ciertos bienes por el vínculo demanial, no por su propia naturaleza. Por lo mismo, incluso hay bienes de derecho privado que también ostentan características que los dejan en un régimen jurídico excepcional, como ocurre, por ejemplo, con los atributos de la personalidad, el derecho de alimentos etc.¹¹, como también existen bienes utilizados por la Administración que no son demaniales porque no presentan este vínculo.

⁹ MONTT OYARZUN, Santiago (2002). Op. Cit. P. 15.

¹⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. Dominio Público: Un ensayo de reconstrucción de su teoría general. Revista de administración pública, N° 100-102, Enero/Diciembre, 1983. P. 2416.

¹¹ El artículo 1618 N° 9 del Código Civil, a propósito de la inembargabilidad, establece que no lo son los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación. A su vez, el artículo 1464 del mismo cuerpo legal, dispone que existe objeto ilícito en la enajenación de los derechos y privilegios que no pueden transferirse a otras personas.

Estos bienes pertenecientes al patrimonio del Estado, que no se distinguen por la especialidad de su protección y utilización, definen las potestades, derechos y obligaciones de la Administración y remiten su actuar al Derecho Privado o Común. Sin embargo, existe “una premisa básica respecto del dominio privado del Estado: la utilización del Derecho Privado por la Administración es siempre instrumental”¹², ya que el Estado no puede desprenderse de su razón de ser y finalidad pública, que es estar al servicio de la persona humana y promover el bien común.

Esta restricción se basa en que el ejercicio puro de autonomía de la voluntad y libre determinación que caracterizan al Derecho Privado, son irreconciliables con los deberes y cargas constitucionales del Estado. En síntesis, desde esta concepción moderna del Derecho Administrativo, contrariamente a lo sostenido por la concepción civilista, el dominio público es el que se comprende por bienes cuya titularidad corresponde a la Administración pública, reuniendo tanto a los bienes de uso público como a los bienes del Estado afectos al servicio público.

¹²MONTT OYARZUN, Santiago (2002). Op. Cit. P. 16.

Las características de los bienes públicos son la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. La primera consiste en la indisponibilidad de los bienes de dominio público mientras tengan tal calidad, es decir, impide la adquisición de su dominio y los excluye del tráfico jurídico privado. Se observa la excepcionalidad de la inembargabilidad en atención a la regla general, del artículo 19 N° 23 CPR, de la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, salvo “aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres¹³ o que deban pertenecer a la nación toda”, comprendiendo en estos últimos a los bienes de dominio público. En consecuencia, la inalienabilidad de estos bienes impide todo tipo de transferencia de dominio, hipotecas u otros derechos reales que impliquen una desarticulación del dominio.

De lo anterior, se desprende que la sanción a la transferencia de dominio de los bienes de dominio público es la nulidad absoluta (o inexistencia para algunos), por adolecer de objeto ilícito (artículo 1682 del Código Civil) la enajenación de los bienes que no se encuentran en el comercio (artículo 1464 N° 1 del Código Civil).

¹³ El Derecho Internacional reconoce como tales la altamar, su espacio aéreo y subterráneo; el espacio ultraterrestre; y la luz solar, entre otros. Como queda en evidencia en este artículo, no forman parte de aquellos que deban pertenecer a la Nación toda.

Respecto a la imprescriptibilidad, los bienes de dominio público no pueden ser adquiridos en propiedad, puesto que falta el requisito fundamental de que la cosa sea susceptible de ser adquirida por prescripción, quedando excluidas las cosas inenajenables (artículo 2498 CC), como lo son los bienes de dominio público. El fundamento de la imprescriptibilidad de estos bienes es la afectación a un fin público, lo que además da seguridad jurídica a los sujetos respecto de su uso público.

Cabe destacar lo que ocurre a propósito de la disposición legal que permite adquirir por prescripción la propiedad de los DAA sobre las aguas, distinguiendo lo que es la posesión de los derechos sobre el bien público y el bien en sí mismo. En relación a esto, el CA de 1981, en su artículo 21, dispone que “La transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil (...)”.

Por último, los bienes de dominio público no son embargables, es decir, objeto de resoluciones judiciales que ordenen su enajenación, ni aún para el pago de deudas contraídas por la Administración, ya que dichos bienes tienen como fundamento el cumplimiento de una finalidad pública, que es la satisfacción de intereses generales de la comunidad.

En la dogmática jurídica contemporánea podemos identificar cuatro teorías que explican el vínculo del Estado o lo público con ciertos bienes y, en consecuencia, la naturaleza jurídica de los bienes públicos, la titularidad del dominio y la acepción de dominio público:

- Teoría de la soberanía: El dominio público emana de la soberanía que tiene el Estado sobre este tipo de bienes, para el ejercicio de potestades de policía y vigilancia.
- Teoría patrimonialista: La relación demanial nace en virtud de la afectación de la cosa a un fin público, fundado en la propiedad de tipo administrativa que tiene el Estado sobre los bienes de dominio público. Esto determina su condición de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. El dominio público es la propiedad sobre ciertos bienes cuyo titular es el Estado, aunque distinta a la propiedad privada particular, por ser, precisamente, del Estado.
- Teoría funcionalista: Rechaza el concepto de “cosa” y se opone al concepto de propiedad o dominio para explicar la relación entre el Estado y los bienes públicos, vinculándola a la noción de función. De este modo el Estado no tiene un dominio o propiedad, sino potestades

públicas para destinar estos bienes o regular las conductas respecto de ellos, de acuerdo a la utilidad pública o intereses generales.

A esta teoría adscribe el Chile el profesor Alejandro Vergara Blanco, quien señala al respecto:

“(...) los bienes de “dominio público”, (...) se resisten a ser configurados en base al concepto de propiedad, que supone la plena disposición (estatal, nacional o del público) sobre el objeto. Los bienes públicos son más bien unas cosas destinadas a un determinado fin, que en general debieran estar al alcance pleno de los particulares, quienes podrán usarlos en forma común o exclusiva, según su naturaleza, bajo la administración y gestión de los poderes públicos¹⁴”.

- Teoría de la prestación asistencial objetivada: Según Luciano Parejo, la cosa pública “es una relación específica con la norma jurídica”¹⁵, no siendo en sí algo material o substancial. Esta relación o vínculo demanial entre el bien público y el sujeto (Administración), obedece a deberes y cargas legales y constitucionales (deber de prestación), a modo de garantías frente a los particulares. De esta manera, el

¹⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro (1999b). Op. Cit. P. 81.

¹⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano (1983). Op. Cit. P. 2406.

concepto de dominio público se traslada desde el Derecho Administrativo al Derecho Constitucional.

El autor se aleja y critica las concepciones de cosa pública como propiedad y función, trasladándose al ámbito de las relaciones jurídicas determinadas por un deber prestacional de la Administración, como una relación específica con la norma. Al respecto señala:

“La cosa pública consiste en la relación jurídica en sentido estricto que nace en el momento en que la Administración se auto vincula por acto propio a la creación y el mantenimiento de una determinada prestación, en aplicación del ordenamiento jurídico que lo prevé y regula así. Lo primario en la cosa pública es, en efecto, el deber jurídico que para la Administración competente surge del referido acto, pues la relación jurídica determinada por dicho deber es, cabalmente, la cosa pública¹⁶”.

Parejo explica que, además de la concepción de la cosa pública como relación jurídica de carácter prestacional, una de las características más relevantes del dominio público es simultáneamente la extra comerciabilidad de los bienes afectos al interés general y, por lo mismo, la abolición de toda titularidad privada de los particulares sobre ellos. Señala que el dominio

¹⁶ *Ibíd.* P. 2409.

público es “Un régimen jurídico exorbitante para la exención (en lo necesario) del orden jurídico-civil ordinario, a fin de proteger la función pública correspondiente”¹⁷.

Desde la perspectiva del dominio público como función pública, la exención se explica por la necesidad de extraer bienes instrumentales en el sentido jurídico civil del tráfico ordinario común, para satisfacer las prestaciones exigidas a la Administración. Y, desde el punto de vista civil, las cosas son desplazadas del régimen ordinario o común, lo que incide de tal manera sobre el derecho de propiedad, que rompe su contenido esencial. Pero la real efectividad del estatuto demanial, supone alterar la titularidad subjetiva de dichos bienes y la correspondiente indemnización, ya que el particular no tiene deber jurídico de soportar aquello¹⁸.

Según la profesora Nancy Yáñez, esta concepción permite extender el núcleo dogmático del Derecho de Aguas no sólo al derecho de propiedad, sino a toda la serie de derechos fundamentales relacionados al derecho al agua, como son “el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la igualdad de trato en materia económica, derechos

¹⁷ *Ibíd.* P. 2416.

¹⁸ *Ibíd.* P. 2417.

indígenas y al medio ambiente, de un modo consistente con la obligación constitucional de maximizar el bienestar social¹⁹”.

Comparto la teoría de la Prestación Asistencial Objetivada, toda vez que resta importancia a la propiedad los bienes públicos, permitiendo destacar la posición de garante en la que se encuentra la Administración en cuanto a la satisfacción de prestaciones frente a los particulares. Además, es posible ampliar la finalidad pública establecida en la ley desde el servicio público, entendido como la satisfacción de necesidades de interés general, a un deber de protección y conservación de los recursos naturales²⁰, y una garantía por parte del Estado en el acceso al agua, considerando sus dimensiones económicas, sociales y ambientales.

¹⁹ YÁÑEZ, Nancy. Taller Mesa Hidroelectricidad: Normativa y Legislación. Santiago, Chile. 23 de octubre, 2014. [en línea]
<<http://www.energia2050.cl/uploads/material/4eaa516db73219030232809fdbfbfb76703e0ac6.pdf>>
[Consulta: 10 de noviembre de 2014].

²⁰ Es interesante cómo la aplicación de esta teoría se relaciona con la doctrina de la tutela pública (public trust) desarrollada por los tribunales norteamericanos, en virtud de la cual la alienación y transferencia del dominio público sobre el agua viola este principio, toda vez que el Estado se desprende de su deber-facultad de controlar el buen uso del dominio público. Véase: Illinois Central Railroad Co. Vs., Illinois, 146 U.S. 387 (1982).

1.1.2 Reconocimiento legal del agua como bien público en Chile

Desde la Independencia, continuó rigiendo la legislación de aguas del período indiano en todo lo que no se opusiera a las nuevas realidades. La Ley del Senado Consulto de 18 de noviembre de 1819, dictada en el gobierno de Bernardo O' Higgins, fue el primer texto legal en materia de aguas en Chile que, junto con establecer la porción de agua que se extraía desde un cauce en la figura del regador, ya reconocía implícitamente lo común o público de las aguas, pudiendo cualquier persona obtener un regador o los que necesitare. Al respecto expresaba: “2º Cuya venta sólo se verificará a dinero de contado, previniéndose que así como al que necesitare más cantidad de aguas que la que compone un regador se le puede vender en mayor número los regadores, así al que necesitare menos nunca podrá bajar de la mitad”

Un segundo aporte fue la inclusión de facultades interventoras de la Administración del Estado, al disponer que “(...) los marcos y bocatomas serán de cuenta del comprador, quedando al cuidado del Gobierno el nombrar persona de su satisfacción que señale el lugar donde debe fijarse el marco y abrirse la bocatoma con el declive insinuado”²¹.

²¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. Contribución a la historia del Derecho de Aguas, I: Fuentes y principios del Derecho de Aguas chileno y contemporáneo (1818-1981). Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I. 1990. Pp. 113-114.

Sin embargo, el dominio público de las aguas tuvo por primera vez su consagración legal expresa en la legislación de aguas pre codificada²², en la norma del artículo 595 CC, al igual que el artículo 5° CA de 1981, parte inicial, estableciendo que todas las aguas son bienes nacionales de uso público, es decir, su naturaleza jurídica. Por su parte, el artículo 589 del mismo cuerpo legal dispone:

“Se llaman *bienes nacionales* aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación
toda.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman *bienes nacionales de uso público o bienes públicos*.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece a generalmente a los habitantes, se llaman *bienes del Estado o bienes fiscales*”.

Los artículos citados anteriormente, junto con el 593 (mar adyacente, zona contigua y aguas interiores), 594 (playa de mar), 596 (zona económica exclusiva y plataforma continental) y 598 (uso y goce para cualquier objeto lícito en bienes nacionales de uso público), todos del CC, se limitan a

²² Período que va desde 1818 con la Independencia, hasta 1951 con la dictación del primer Código de Aguas.

establecer la naturaleza jurídica de las aguas como bienes nacionales de uso público y su dominio público, dejando la regulación de materias específicas a normas especiales y locales.

Más aún, en el mensaje del CC el legislador advierte la generalidad de la regulación común en la materia, cuando a propósito de las servidumbres expresa: “Pero en este punto, como en todo lo que concierne al uso y goce de las aguas, el proyecto, como el código que le ha servido de guía, se ha ceñido a poco más que sentar las bases; reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diferentes localidades”. Por lo tanto, no existe en el CC una regulación sistémica en materia de aguas, sino que establece principios o bases a la espera de una regulación especial.

En virtud del artículo 589 CC se ha desarrollado la tradicional clasificación civilista de los bienes nacionales, en virtud de la cual éstos son aquellos de dominio de la nación en su conjunto, donde el uso el criterio para distinguir entre los bienes nacionales de uso público o bienes públicos, cuyo uso es general, y los bienes del Estado o fiscales, cuyo uso no pertenece generalmente a todos los habitantes de la nación.

Según este artículo, los bienes fiscales se encuentran, en principio, en la misma situación jurídica que los bienes de propiedad particular. Por lo mismo, son susceptibles de propiedad privada del Estado, comerciables según las normas de Derecho Privado o Común y pudiendo la Administración ser titular de dominio de dichos bienes a través de organismos fiscales²³, de las municipalidades²⁴ u otros organismos públicos. Sin embargo, como se analizó anteriormente, la doctrina contemporánea ha superado esta distinción, basándose en una concepción estatutaria o subjetivista de la Administración. El dominio público es uno sólo, por lo que en la utilización de estos bienes por parte la Administración, el Derecho Privado es siempre instrumental.

Desde esta perspectiva, los bienes de dominio público o demaniales, incluidos dentro del patrimonio objeto de intervención de la Administración, en su función pública y cuyas relaciones son reguladas por el Derecho Público, se identifican con los bienes nacionales de uso público del CC. Dentro de esta clase de bienes se encuentran las aguas, acorde al régimen de

²³ El Decreto Ley 1.939 de 1977, señala en su artículo 26 que “La adquisición del dominio de bienes por el Estado se someterá a las normas del derecho común, a las especiales de este título y a las demás que contemplen normas especiales”.

²⁴ El artículo 33 inciso primero de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, dispone expresamente que “La adquisición del dominio de los bienes raíces se sujetará a las normas del derecho común”.

protección del dominio público y al cumplimiento del deber prestacional de la Administración.

A partir de todo lo expresado anteriormente y relacionando los artículos 595 y 589 CC, es posible afirmar que en nuestra legislación las aguas son bienes públicos, pero bajo un argumento que va más allá de una afirmación literal del CC. Por lo mismo, me referiré a lo largo de todo este trabajo al agua, y en general a los bienes pertenecientes al dominio público, no como bienes nacionales de uso público, sino derechamente como bienes públicos.

El agua, junto a todos los bienes que son objeto de la actividad de la Administración, son bienes públicos sin distinguir tipo de propiedad o de uso, ya que el dominio público es el vínculo que existe para el cumplimiento de una función pública, que es el bien común. Por lo mismo, considero que el fundamento constitucional del dominio público permite desplazar a toda otra disposición legal respecto relacionada al agua, por ejemplo, el CC y el CA.

1.1.3 Reconocimiento constitucional del agua como bien público en Chile

A pesar de afirmar que el agua es en Chile un bien público y cuyo fundamento proviene en último término de la razón de ser y fines del Estado,

la base constitucional directa de las normas del CC y CA que establecen que el agua es un bien nacional de uso público es el artículo 19 N° 23 CPR, cuando ésta asegura a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y aquellos que pertenecen a la nación toda y que la ley lo declare así. Dentro de esta última excepción, correspondiente al dominio público, se encuentra el dominio público de las aguas.

Al utilizar el texto constitucional la expresión “pertenecer”, no confiere derechos de carácter patrimonial sobre dichos bienes, excluyendo una concepción patrimonialista del dominio público. De esta manera, es posible afirmar que no puede recaer sobre ese tipo de bienes la propiedad de los particulares, como tampoco la de la Administración del Estado²⁵.

Existe, además, un reconocimiento implícito de la naturaleza jurídica de bien nacional de uso público de las aguas, al disponer la Constitución, en su artículo 19 N° 24 inciso final, que ésta asegura a todas las personas “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o *constituidos* en

²⁵ RIQUELME SALAZAR, Carolina. La regulación de los recursos hídricos como bienes nacionales de uso público. Eventuales efectos de su incorporación a la Constitución Política de la República. En: Acta de las VII jornadas de Derecho Ambiental. Recursos Naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?, 1° Ed., Legal Publishing Chile, Santiago, Chile. 2014. P. 282.

conformidad a la ley (...)"'. Según el profesor Alejandro Vergara Blanco, la constitución originaria de los DAA por parte de la Administración se identifica con el concepto de concesión, que es el mecanismo jurídico mediante el cual la Administración concede derechos de uso sobre los bienes públicos a los particulares²⁶. Por lo tanto, al otorgarse concesiones sobre las aguas (aunque en la práctica jurídica chilena no se hable de concesiones en este punto específico), éstas necesariamente son bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

En los comienzos de la discusión, el texto original del Acta Constitucional N° 3, contenida en el Decreto Ley N° 1.552 de 1976, se limitó a establecer, en su artículo 1° N° 16 inciso final, que un estatuto especial regularía todo lo concerniente a la minería y las aguas, por lo que mientras esto no ocurriera seguiría aplicándose la legislación vigente del CA de 1967. En el Derecho comparado, al igual como lo entendía la Comisión Constituyente en 1976²⁷, “las Constituciones no suelen manifestarse de

²⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro. Expuesto En: I SEMINARIO INTERNACIONAL: “Las colecciones jurídicas de la Corte Suprema: Derecho ambiental, Derecho de aguas, migrantes y Derecho indígena”. 17 de noviembre de 2014. Santiago, Corte Suprema, Dirección de Estudios de la Corte Suprema. [en línea] <<http://portaltv.poderjudicial.cl/>> [Consulta: 17 de noviembre de 2014].

²⁷ COMISIÓN CONSTITUYENTE. Actas de la Comisión Constituyente en materia de aguas. En: Revista de Derecho de Minas y Aguas, Universidad de Atacama, Instituto de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I. 1990. Pp. 227-259.

forma expresa acerca del carácter de dominio público de las aguas y tal como sucede en nuestro sistema, tienden a incorporar disposiciones más bien generales respecto de los bienes públicos otorgando facultades más o menos ampliar al legislador común para que proceda a regular cada uno de ellos, en concreto”²⁸, lo que se haría en los con el posterior Decreto Ley N° 2.603 y CA de 1981.

No obstante, por la importancia del recurso hídrico, se establecieron ciertos principios básicos que se tendrían en cuenta para construir un nuevo ordenamiento de aguas. Según lo expresado en las Actas, la Comisión reconocía el carácter de bien nacional de uso público de las aguas, como tradicionalmente se ha hecho en el ordenamiento jurídico chileno. Pero a la vez, se acordó que era necesario establecer como principio rector el fortalecimiento de la propiedad privada sobre el derecho de aprovechamiento como garantía de seguridad jurídica para sus titulares.

A la luz de ambas disposiciones, se puede afirmar que en Chile no es posible adquirir en propiedad los bienes de dominio común de la nación y, en consecuencia, no existe la propiedad privada sobre las aguas. Aunque, al

²⁸ RIQUELME SALAZAR, Carolina (2014). Op. Cit. P. 289.

respecto, la CPR no desarrolló el concepto de las aguas como bien público de manera principal o explícita. Por el contrario, sólo lo hizo de manera residual e implícita.

Desde el punto de vista constitucional, no existe un reconocimiento explícito de los bienes públicos, tal como se analizó en la primera parte de este capítulo, ni menos se consagró dicha naturaleza jurídica de las aguas, adquiriendo fuerza el artículo 19 N° 24, inciso final, que permite a los particulares adquirir la propiedad privada de los DAA constituidos o reconocidos sobre las aguas (reafirmado por el artículo 5° del CA), de manera que las aguas pasan en la práctica de un régimen excepcional de protección de Derecho Público, a uno de Derecho Privado.

1.2 El derecho de aprovechamiento de aguas

Revisado en el título anterior, el régimen jurídico de dominio público del agua como un régimen de protección de la función pública del Estado-Administración, cabe analizar de qué manera nuestro ordenamiento jurídico permite el uso privativo o exclusivo de las aguas por parte de los particulares, mediante el reconocimiento o constitución de DAA y hasta qué punto es compatible con la finalidad garantizadora del interés general.

Desarrollaré el tema del DAA, correspondiente a un derecho real de uso y goce privado sobre las aguas, desde una perspectiva histórica, ya que nuestra actual legislación de aguas no puede entenderse sino a través de su construcción como respuesta a un contexto político-económico determinado en la historia de Chile, específicamente desde su evolución en los últimos treinta y cinco años.

1.2.1 El Código de Aguas de 1951

Mediante la Ley N° 9.909, publicada el 28 de mayo del año 1951, se aprueba el cuerpo legal con el cual se inicia la etapa del Derecho de aguas codificado. Este texto rescató y ordenó diversos elementos repartidos en las leyes anteriores, incluyendo las normas básicas sobre aguas del CC, lo cual constituyó una derogación orgánica de la legislación pre codificada.

Los principios dogmáticos del CA de 1951 que interesan en esta investigación, son²⁹:

Primero, en cuanto al dominio de las aguas, el CA de 1951 no innovó en relación a lo que disponía la legislación vigente en la época, sino que

²⁹ VERGARA BLANCO, Alejandro (1990). Op. Cit. Pp. 140-141.

recogió del CC la convivencia que existía entre un régimen de dominio público y privado de las aguas. El artículo 9º disponía que “Las aguas son bienes nacionales de uso público o de dominio particular”, pudiendo sobre las primeras concederse a los particulares una merced o concesión administrativa que originaba un DAA.

Eran públicas las aguas de los grandes lagos que podían navegarse por buques de más de cien toneladas y “Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales”, mientras que las vertientes y corrientes que nacían y morían dentro de una misma heredad y las que corrían por cauces artificiales (canales de riego), eran de dominio privado.

Segundo, respecto a la adquisición del DAA, sólo podía verificarse mediante un procedimiento concesional, es decir, mediante la obligatoria intervención de la Administración que otorgaba una merced o concesión a su uso. En relación a lo anterior, disponía el artículo 23 del CA: “El derecho de aprovechamiento sólo se puede adquirir en virtud de una merced concedida por el Presidente de la República en la forma que establece este Código. Ninguna otra autoridad tendrá la facultad para concederla (...)”.

Las mercedes que el Estado podía otorgar a los particulares, constituían el título concesional que creaba el DAA, no pudiendo adquirirse de ninguna

otra forma, ni aún por otra forma de intervención estatal. Es decir, excluía toda posibilidad de adquirir DAA entre privados, como también de otros organismos del Estado, siendo la Administración la única que detentaba la potestad de otorgarlos, consagrando su necesaria intervención.

Por último, lo que podría considerarse el gran aporte del CA de 1951 es el desarrollo del concepto de DAA, distinto a las aguas objeto del derecho de tienen los particulares. El artículo 12 lo definía como “(...) un derecho real que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código”.

De la definición precedente llama la atención que el legislador dota al DAA de un contenido, consistente en las facultades de usar, gozar y disponer de las aguas sobre las cuales recae, facultades que son inherentes al dominio. Otorgada la concesión y originado el DAA, “en la práctica se trataba como un derecho de propiedad, pudiéndose vender, comprar, heredar, etc. Sin embargo, jurídicamente hablando el dominio de las aguas mismas

permanecía público”³⁰. El CA de 1951 no contempla, por lo tanto, un traspaso de propiedad sobre las aguas.

1.2.2 La Ley N° 16.640 de 1967

El nuevo CA, que siguió al de 1951, no existió como cuerpo legal separado sino hasta 1969, con la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 162. Sin embargo, la Ley N° 16.640 de Reforma Agraria, promulgada el 28 de julio de 1967, introdujo en su texto y espíritu cambios de tal importancia que se habla de ella como si se tratase de un nuevo CA.

El proceso de Reforma Agraria se inició previa Reforma Constitucional, mediante el Mensaje Presidencial del 30 de noviembre de 1964 en el gobierno del presidente Eduardo Frei Montalva, con la publicación de la Ley N° 16.615 el 20 de enero de 1967. Sólo mediante una reforma a la CPR, fue posible realizar los cambios estructurales que requería la dictación de la respectiva Ley de Reforma Agraria.

En lo que respecta a las aguas, la Reforma apuntaba mejorar el sistema de manejo y aprovechamiento de ellas, para lo cual se modificó el artículo 10

³⁰ BAUER, Carl J. Los Derechos de agua y el mercado: Efectos e implicancias del Código de aguas chileno de 1981. Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV. 1993. P. 22.

Nº 10 de la Constitución de 1925, permitiendo “legislar en vistas a reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas de territorio nacional e incorporar a dicho dominio las que sean de propiedad particular”³¹. Establecía el artículo 10 Nº 10 reformado de la CPR de 1925: “Para el sólo efecto de incorporarlas al dominio público, declárense de utilidad pública y expropiándose todas las aguas que, a la fecha de vigencia de la Ley Nº 16.640, eran de dominio particular”.

A diferencia del CA de 1951, en que existía un dominio compartido entre lo público y lo privado, en el nuevo CA la gran novedad fue la declaración de bien público de todas las aguas sin excepción, siendo coherente, a mi juicio, con la característica esencial del dominio público que es cumplir una función pública, no siendo susceptibles los bienes pertenecientes a él de propiedad privada particular. Este es el fundamento del cambio legislativo, expresado de la siguiente manera el Mensaje del Ejecutivo al proyecto de ley:

³¹ CORPORACION DE LA REFORMA AGRARIA (CORA). Reforma agraria chilena: 1965-1970. Biblioteca Nacional de Chile. Cora, 1970. P. 22. [en línea] <<http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0023354.pdf>> [Consulta: 18 de noviembre de 2014].

“Los bienes nacionales de uso público tienen determinadas características que les son esenciales, como ser intransferibles e imprescriptibles, no admitiendo la existencia sobre ellos de un derecho de dominio privado ni cualquier otro que revista sus características”.

No bastó con declarar la publicidad de todas las aguas ya que, como se analizó en el título anterior, el DAA que se concedía a los particulares otorgaba todas las prerrogativas que implica el dominio (uso, goce y disposición), por lo que terminaba siendo, en la práctica, un derecho de propiedad. En el mensaje, el Ejecutivo continúa con su razonamiento expresando que “Si se comparan estas características con las que señalábamos como esenciales a los bienes nacionales de uso público, se verá que son absolutamente contradictorias”, ya que de alguna manera, el DAA corrompía la esencia de lo público. Ahora bien, el texto reformado en sí, en su artículo 9º, disponía lo siguiente:

”Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público.

El uso de las aguas en beneficio particular sólo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad

competente, salvo los casos expresamente contemplados en este Código.

No se podrá adquirir por prescripción el dominio de las aguas ni el derecho a usarlas.”

Además de la declaración de publicidad de todas las aguas, fue necesario incluir un procedimiento concesional distinto al anterior que otorgara el uso o aprovechamiento de las aguas a los particulares, excluyéndolas del tráfico jurídico privado. La figura utilizada, en virtud del artículo 37, era la misma del CA anterior, correspondiente a la concesión o merced otorgada por la Dirección General de Aguas (DGA).

A pesar que se mantuvo el poder del Estado de otorgar concesiones administrativas de uso de aguas a los particulares, “ahora esas concesiones no se transformaban en derechos de propiedad, sino podían ser revocados por el Estado sin indemnización alguna”³². Sin embargo, la indemnización sólo era procedente en los casos que, extinguiéndose total o parcial de los DAA, no se reasignaran aguas suficientes para las necesidades que anteriormente tenían los titulares.

³² BAUER, Carl J. (1993). Op. Cit. P. 22.

Una vez otorgadas para un uso específico y ligado a la tierra, las concesiones no podían ser transferidas entre particulares, pudiendo el Estado, a su vez, conservar una amplia potestad reasignadora del recurso hídrico. El criterio de la Administración para ejercer esta facultad era uso racional y beneficioso, en sintonía con el fundamento de interés general que debe regir sobre los bienes nacionales de uso público, el cual será analizado en el próximo capítulo dentro de las exigencias que debe cumplir el uso de los bienes públicos.

Esta potestad estatal se relacionaba directamente con la nueva naturaleza jurídica³³ de derecho real administrativo que adquirió el DAA, cuyo régimen jurídico se trasladó del Derecho Privado al Derecho Público, según las reglas de las concesiones. La consagración legal de lo anterior se encontraba en el artículo 11 del nuevo CA, el cual expresaba: “El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código”.

³³ Según el profesor Alejandro Vergara Blanco este cambio en la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento no pasa de ser una mera pretensión, ya que desde el punto de vista dogmático esto siempre habría sido así, puesto que el derecho de aprovechamiento ya se otorgaba mediante la figura de la merced. A mí parecer, sí constituyó un cambio o renovación de la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento, ya que en la práctica significó un cambio en el régimen normativo desde el derecho privado al derecho público. Ver VERGARA BLANCO (1990). Op. Cit. P. 143.

En definitiva, el reforzamiento de publicidad de las aguas, el fortalecimiento de la intervención estatal en el otorgamiento de las concesiones y el cambio en la naturaleza jurídica del DAA a uno de carácter administrativo, tuvieron como objetivo central salvar las contradicciones derivadas de un derecho real con características de dominio, sobre el agua como bien que debe responder a una función pública, sujetándolas al régimen jurídico que les corresponde y ejerciendo el Estado el deber de tuición que le incumbe.

1.2.3. El Decreto Ley N° 2.603 de 1979

A partir del golpe de Estado de 1973, la nueva política económica de mercado y el fortalecimiento de la propiedad privada hicieron necesario un cambio estructural al modelo de aguas vigente, desde el ámbito legal y constitucional.

Con la dictación del Decreto Ley N° 2.603, se instauró legalmente la plena propiedad privada sobre los DAA, cambiando incluso el lenguaje constitucional. Se reemplazó el artículo 1° N° 16 del Acta Constitucional N° 3, que hablaba del “dominio” de las aguas, por aquél que se refería únicamente a la propiedad sobre el derecho real de aprovechamiento, pero no

así de las aguas. Luego de la modificación, dicho artículo estableció lo siguiente: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”, texto que se mantuvo intacto en el artículo 19 N° 24 de la Constitución de 1980.

El cambio fundamental que introdujo el Decreto Ley N° 2.603 al CA de 1967 y que sería el cuerpo normativo fundacional del CA de 1981, es que abandonó los criterios técnicos de índole estatal y acogió la teoría económica del libre mercado, con el objetivo de mejorar la eficiencia en el uso de las aguas. La premisa fue que “la eficiencia del uso del agua se mejoraría sólo si ésta asumiera un valor y precio reales, si los derechos de aguas se definieran como privados, y si se permitiera su libre transferibilidad entre particulares”³⁴.

Otro de los aportes que introdujo el Decreto Ley N° 2.603 fue una fuerte presunción de reconocimiento de derechos consuetudinarios no formalizados, cuando éste establece la protección no sólo de los derechos concedidos (constituidos) por el Estado, sino además aquéllos que han sido

³⁴ BAUER, Carl J. (1993). Op. Cit. P. 24.

reconocidos por éste. Según esta norma y, actualmente en virtud de su consagración en el artículo 19 N° 24 de la CPR de 1980, ambos derechos se encuentran en igualdad de garantías. Ahora, se presume dueño del DAA, en virtud del artículo 7°, al dueño del inmueble que se encuentre utilizando dichos derechos o, supletoriamente, a quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua.

Faculta además, en su artículo 2°, al Presidente de la República para que establezca el régimen jurídico general de las aguas. En virtud de esta facultad, se dictó el Decreto Ley N° 2.603 de 1979, de gran importancia, ya que definió en su artículo 1° al DAA como “un derecho real, que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas, en beneficio particular, con los requisitos y en conformidad a las disposiciones de esta ley”.

Este artículo significó una nueva modificación a la naturaleza jurídica del DAA, al igual como lo hizo la Ley N° 16.640 en el contexto de la Reforma Agraria, donde se consagró su naturaleza jurídica de derecho real administrativo. No obstante, en este caso hubo un retorno a su configuración como un derecho real en el sentido civil, como lo hacía el artículo 12 del CA

de 1951. Fue en virtud de esta facultad, además, que se dictó el CA de 1981, actualmente vigente.

1.2.4. El Derecho de aprovechamiento en el Código de 1981

Dictado mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, el CA de 1981 es el resultado de todo el proceso histórico expuesto anteriormente y sólo se entiende a partir él. La introducción a la legislación y CPR de normas que permitieran consagrar el carácter privatista y mercantilista del CA de 1981 fue, como ya vimos, anterior a él.

Las normas fundamentales del CA de 1981, en lo que respecta al dominio, derechos y uso de las aguas, son los artículos 5° y 6°. El primero de ellos establece:

“Art. 5° Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código”.

Sobre la naturaleza jurídica de las aguas no hay gran novedad, ya que éstas ya eran bienes nacionales de uso público en virtud del artículo 595 CC, pero se reconoce el otorgamiento de un DAA sobre ellas, de lo cual derivan

dos cosas: primero, el DAA es otorgado a los particulares por la Administración, esto es, existe un acto concesional que lo origina, como debe ocurrir para el uso privativo de los bienes públicos. Segundo, el derecho que se otorga es, precisamente, de aprovechamiento que recae sobre las aguas y no la propiedad sobre ellas.

Luego, el artículo siguiente viene a definir el DAA de la siguiente manera:

“Art. 6° El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”.

En esta disposición, se configura el DAA como un derecho real sobre las aguas, cuyo contenido es el uso y goce de ellas, omitiendo el legislador la facultad de disposición, acorde a la naturaleza jurídica de bien público. No podría ser de otra manera, puesto que se trata de una facultad o atributo inherente al dominio privado, en circunstancias que las aguas son bienes que pertenecen a la nación toda y pertenecientes al dominio público.

La especial condición del objeto (el agua) y la titularidad privada de los DAA sobre ellas, no deja de ser un asunto polémico. Sobre este punto, el profesor Alejandro Vergara Blanco habla de una “tensión” público-privado, entre el agua como bien “de todos” (los chilenos) y la posibilidad de acceder más o menos libremente a la “propiedad privada” (más bien derechos de uso) sobre ella; o dicho de otra forma, entre, por un lado, el agua como (originariamente) bien público, entendido como común del pueblo (no estatal) y, por otro, el agua como bien posibilitado (derivativamente) de derechos de uso privado (no de propiedad)³⁵.

La facultad de usar consiste en la posibilidad de aplicar la cosa misma a todos los productos que es capaz de proporcionar, sin que esto importe su destrucción inmediata, mientras que la facultad de goce es la que habilita para apropiarse de los frutos y los productos que da la cosa³⁶.

Dentro de la clasificación de los usos, la que nos interesa es aquella que distingue entre uso común y uso especial o privativo. Sin embargo, el legislador chileno ignoró hacer esta distinción, siendo la doctrina la que lo ha hecho a partir de la legislación y doctrina españolas. El uso común es aquel

³⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro (2002). Op. Cit. Pp. 180-181.

³⁶ ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio (2005). Tratado de los derechos reales. Bienes. 6º Ed., Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2005. P. 52.

que coincide con la definición de bien nacional de uso público del artículo 589 CC, correspondiente al que pertenece a todos los habitantes de la nación y responde a un interés general. El privativo, por su parte, es aquel que tienen los particulares de forma exclusiva por encontrarse en una situación especial frente a un bien determinado, producto de haber obtenido una autorización o permiso de la autoridad competente³⁷. Sólo en virtud de este último, los particulares pueden sobrepasar el límite de uso común del dominio público.

La regulación del uso privativo, que corresponde a aquel que faculta el DAA, recorre toda la extensión del CA en sus diversas disposiciones. Este desequilibrio entre la exhaustividad con que en la legislación es tratado el uso privativo y la casi ausencia de disposiciones relativas al uso común, se condicen con el carácter excepcional y secundario, al cual me referí anteriormente en este texto, que tienen los bienes públicos en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en virtud de lo señalado a propósito de ellos en el artículo 19, numerales 23 y 24 CPR.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del DAA, el CA fue categórico en calificarlo como un verdadero derecho real, esto, en los mismos

³⁷ RIQUELME SALAZAR, Carolina (2014). Op. Cit. P. 293.

términos del Derecho Civil. De esta manera, el DAA es “el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”, en virtud del artículo 577 CC. Que el legislador no haya incluido al DAA en dicho artículo no obsta su naturaleza jurídica de derecho real, puesto que el artículo 577 en ningún caso es taxativo.

Además, se trata de una figura jurídica que cumple el tipo establecido en la norma del CC, pero con ciertas características propias de una rama del Derecho como es el Derecho de Aguas. El DAA es, por lo tanto, un derecho real limitado, puesto que se ejerce directamente sobre las aguas públicas, pero cuyo contenido consiste únicamente en el uso y goce de ellas. En definitiva, siendo claro el sentido de la definición legal, no cabe interpretación que dote al precepto de otro sentido que no sea el de un derecho real específico.

En su inciso 2º, el artículo 6º CA establece que el titular del DAA tiene la propiedad sobre éste, lo cual es relevante desde dos puntos de vista: primero, porque se reconoce expresamente la propiedad sobre las cosas incorpóreas o derechos, como ya se desprendía del artículo 583 CC³⁸ y como también lo reconoce la doctrina³⁹. En consecuencia, la propiedad del DAA

³⁸ “Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad (...)”.

³⁹ ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio (2005). Op. Cit. P. 32.

implica que su titular puede ejercer sobre éste las facultades y prerrogativas inherentes al dominio, es decir, su uso, goce y disposición. Y, segundo, porque sienta las bases del actual modelo de aguas basado en la propiedad, en concordancia a la protección constitucional del artículo 19 N° 24, inciso 11 CPR⁴⁰.

Se distinguen, por lo tanto, un derecho originario de carácter público de las aguas, y un derecho real de carácter privado sobre ellas que es el DAA, cuyo contenido es el uso y goce de las aguas de dominio público y que nace de un acto administrativo concesional.

Luego de haber analizado la teoría del dominio público, el reconocimiento del agua como bien público en nuestro ordenamiento jurídico y el otorgamiento por parte de la Administración de un DAA, dentro de un proceso histórico legislativo que culminó en la dictación del CA de 1981, finalizaré señalando los aspectos característicos que me parecen más relevantes de nuestra legislación de aguas.

Es posible sostener que el CA de 1981 detenta un componente ideológico importante por su marcado énfasis en la propiedad privada de los

⁴⁰ “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

derechos de aguas, la lógica de mercado y el rol meramente subsidiario del Estado⁴¹, siendo reconocido mundialmente por su corte neoliberal. Los objetivos que se tuvieron en cuenta en su dictación fueron de índole ideológica y económica a la vez, buscando, por un lado, modificar el estatismo existente con la vigencia del CA de 1967 y, por otro, mejorar la eficiencia en el uso y estimular la inversión privada.

Para lograr estos objetivos, fue necesario que el agua tuviera un valor económico real, que los derechos tuvieran el carácter de privados separados de la tierra y que pudieran transferirse libremente. El fortalecimiento del principio de propiedad privada de los derechos de aguas, de manera que su titular tuviera garantizado el pleno ejercicio de los elementos del dominio, correspondientes a las facultades de usar, gozar y disponer de dichos derechos, fue fundamental para hacer aplicable el principio de la libre transferibilidad, ya que es condición de este último.

Otros rasgos fundamentales del modelo de gestión de aguas instaurado con el CA de 1981, orientados hacia la libertad económica y la lógica de mercado por sobre la regulación pública, son la libre determinación del

⁴¹ BAUER, Carl J. (1993). Op. Cit. 17.

destino de las aguas, no estando condicionado el ejercicio del derecho a un uso específico, como tampoco existe la obligación de usar efectivamente las aguas sobre las cuales se tiene un derecho, con riesgo de caducidad de éste. Lo anterior, sumando a que los DAA son otorgados por la autoridad de forma gratuita, son una de las características más controvertidas del CA de 1981 por el efecto de alentar el acaparamiento y la especulación, lo cual será analizado más adelante en este trabajo.

A pesar de que la generalidad de los estudios sobre el sistema chileno en la gestión de las aguas ponen un gran énfasis en el CA de 1981, éste no es sino la culminación de un proceso de modificación normativa que se inició con la dictación de los Decretos Leyes N° 2.603 de 1979 y N° 1.552 de 1976. En ambos textos de reforma, legal y constitucional respectivamente, la naturaleza del agua como bien nacional de uso público fue reconocida, formando parte del dominio público y pudiendo otorgarse derechos de uso o aprovechamiento sobre ellas a los particulares por la única vía permitida para ese tipo de bienes, es decir, la vía concesional.

No obstante, en nuestro ordenamiento no se utiliza dicho concepto de manera general, ni el de uso común, ni se establece usos prioritarios, entre otros conceptos relacionados al fin público que deben tener las aguas. Más

aún, la CPR no consagra las aguas como bien nacional de uso público de manera directa, sino que se entiende que es una situación excepcional al derecho que la Carta Magna asegura a todas las personas para adquirir la propiedad sobre toda clase de bienes, en virtud del artículo 19 N° 23.

Desde mi punto de vista, resolver si los derechos de agua deben ser reconocidos como bienes público a nivel constitucional sí es necesario, a pesar que gran parte de la doctrina no lo entiende así, siendo suficiente que los derechos de aguas queden regidos por el artículo 19 N° 23 CPR, en el que se dispone que la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes no se extiende a aquellos que deben pertenecer a la nación toda. Es cierto que lo determinante es el modelo de desarrollo que queremos como sociedad, pero para eso, nuestro ordenamiento jurídico debe demostrar una real voluntad que no dé cabida a interpretaciones.

Por último, nuestra legislación de aguas, con todas las características ya señaladas, permite la configuración de un mercado de aguas en el que éstas pueden transferirse libremente según las normas de Derecho Privado, no estableciéndolo explícitamente nuestro ordenamiento, pero sí proporcionando los instrumentos necesarios para el funcionamiento de dicho mercado.

CAPÍTULO II: EL MERCADO DE LOS DERECHOS DE AGUAS

Anteriormente se expuso acerca del carácter público de las aguas en Chile, siguiendo una larga tradición jurídica que tiene sus más remotos orígenes en el Derecho Romano, hasta su reconocimiento como bien nacional de uso público en el Derecho de Aguas codificado. Se establece un régimen de protección de la función pública del agua, dada su importancia en los ámbitos más diversos (uso múltiple), siendo el fundamento último que se trata de un elemento finito, escaso y vital, ya sea para el mantenimiento de los ecosistemas, como para la subsistencia humana.

Sin perjuicio de lo anterior, la forma en que en Chile se regula su uso y, en definitiva, de qué manera se satisfacen las necesidades de la colectividad, obedecen a la lógica del libre mercado aplicada a un recurso natural, todo lo cual responde a la ideología político económica neoliberal que se impuso en Chile en la década del 70`y específicamente a partir de 1976, en lo que se refiere a las aguas. Desde esta perspectiva, las condiciones de certeza de la propiedad privada de los derechos de aguas, su libre transferibilidad y la limitación al control del mercado por parte del Estado, configuran un mercado donde los derechos se transan de acuerdo a las reglas

de la oferta y la demanda, argumentando que éste es capaz de conseguir por sí solo una reasignación eficiente del agua.

Chile no es el único país del mundo en el cual existen mercados de aguas, existiendo incluso experiencias internacionales muy bien consideradas. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el sistema existente en el Oeste de Estados Unidos, como en los Estados de California, Nevada y Utah. Sin embargo, estos sistemas son muy distintos al aplicado en Chile y a la propuesta de reforma al CA de Perú, los cuales resultan excepcionalísimos a nivel mundial por el fuerte énfasis en el libre mercado y la poca potestad interventora de la Administración. En el sistema estadounidense la validez de los derechos de aguas se encuentra vinculada al uso efectivo y beneficioso de ellas, no pudiendo siquiera transferirse los derechos constituidos sobre aguas no usadas efectivamente, puesto que respecto de ellas no existe derecho alguno.

¿Cómo opera el mercado de los derechos de agua? En este capítulo se analizará el modo de operar de mercado de los derechos de aguas, comenzando por explicar la dimensión económica del agua, que es su base teórica. Se mostrará que es un bien económico que permite la satisfacción de las necesidades humanas en diversos usos, escaso, susceptible de valoración

económica y transferible mediante mecanismos de mercado. Luego, se analizará el funcionamiento del mercado de aguas en Chile, sus imperfecciones y la carencia de elementos regulatorios, específicamente la condición legal de uso efectivo y beneficioso de un bien público.

Se plantea que la económica es sólo una de las dimensiones del agua, siendo antes que nada un bien público escaso, vulnerable y esencial para la subsistencia humana y de los ecosistemas. En este sentido, requiere un marco normativo establecido por la autoridad orientado a un interés colectivo general y no sólo a la eficiencia económica en el uso individual.

2.1 El agua en su dimensión económica

Como se analizó en el capítulo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico el agua se encuentra comprendida dentro de la esfera del dominio público, al igual que otros bienes para el cumplimiento de una función pública del Estado. Sin embargo, es un bien público especial, que difiere de otros bienes nacionales de uso público contemplados en el CC -como las calles, caminos y plazas- debido a que en ella se superponen dos características contrapuestas, siendo, a la vez, un bien público y privado (por

lo menos en la práctica, al constituirse o reconocerse derechos privados de uso sobre ella).

La contradicción radica en que el titular de DAA puede ejercerlos de manera excluyente respecto de otros usuarios, puesto que son derechos de carácter privado. Pero al mismo tiempo, el uso o consumo del agua como bien público, no excluye el uso o consumo por parte de otras personas, como tampoco el uso o consumo por una persona le quita al bien público la capacidad de proporcionar el mismo servicio a otras.

“Un bien público, como una plaza pública, no es ni excluyente, puesto que cualquiera puede tener acceso al lugar sin pagar; ni apropiable, puesto que si la plaza es usada por alguna persona no impide que también la pueda utilizar otra”⁴², a la inversa de lo que ocurre con los bienes privados. El agua, a lo largo de una cuenca, puede detentar esas dos características, lo cual es fuente de conflictos relacionados con su uso.

El tema del uso de un recurso se relaciona de manera directa con su dimensión económica, lo que se observa en la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, según la cual economía es la

⁴² DOUROJEANNI, A. y SOLANES, M. Mercado de derechos de agua: Entorno legal. Revista de Derecho de Aguas, Vol. V. 1994. P. 15.

“Ciencia que estudia los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales, mediante el empleo de bienes escasos”⁴³. Es decir, en su dimensión económica, el agua es un bien escaso cuyo uso permite la satisfacción de las necesidades humanas materiales, lo cual les genera un beneficio, utilidad o “valor de uso”, convirtiéndola en un bien económico.

El uso va aparejado con un estado de cosas en que éste puede desarrollarse y que es un factor que influye en su utilidad o valor. Este estado de cosas se relaciona, específicamente, a las características del bien económico y al contexto en que éste se encuentra. En el caso del agua, ésta se caracteriza por ser un bien finito, vulnerable y vital que se encuentra en un contexto de escasez generada, entre otros factores, por su creciente demanda y múltiples usos.

2.1.1 Los usos del agua

Son extremadamente variados los beneficios que genera para los seres humanos la utilización del agua o el que reciben de ella naturalmente, lo que se conoce como los usos múltiples del agua. Por un lado, cumple una función

⁴³ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE). 22º Ed. 2012. [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=economia>> [Consulta: 17 de diciembre de 2014].

biológica al ser un elemento esencial para la subsistencia humana y el mantenimiento de los ecosistemas, pero por otro, permite la satisfacción de nuestras necesidades como seres sociales, encontrándose entre ellas la función económica.

La función económica del agua no se reduce únicamente a un beneficio económico directo derivado de la explotación del recurso hídrico, considerado como un bien de la producción. Por el contrario, aquella parte no utilizada en la explotación del recurso y que se mantiene en los ecosistemas en un buen estado de funcionamiento, también nos provee de bienes y servicios que permiten satisfacer otro tipo de necesidades individuales y sociales.

Es decir, todo uso del agua por parte del ser humano, ya sea la utilización directa del recurso natural o el beneficio que reporta el uso de los ecosistemas acuáticos, tiene una dimensión económica derivada de la contribución a nuestro bienestar. Por lo mismo, no sólo se habla de economía del agua respecto del uso directo del recurso hídrico destinado a la producción o el intercambio mercantil de derechos de agua con un precio determinado, sino que siempre que se genere un beneficio por la satisfacción

de nuestras necesidades⁴⁴. Esto se puede apreciar, por ejemplo, en el caso de los usos recreacionales y escénicos, los cuales generan un bienestar social y estético; o también en el caso de los usos ambientales o ecológicos, los cuales se relacionan con el mantenimiento de los ecosistemas y la sustentabilidad.

Desde esta perspectiva, los usos no tradicionales, por el hecho de satisfacer necesidades humanas, caben dentro de la categoría clásica de los recursos naturales. Tal como señala Vergara Blanco “el agua sólo se convierte en recurso en la medida que esté disponible para la satisfacción de las necesidades humanas”, aunque el autor agrega que las características de dichas necesidades se relacionan “con los tres sectores del consumo: el humano, el agrícola y el industrial”, alterando el ciclo del agua “pasándola desde su estado natural al estado de recurso”⁴⁵, reduciendo la satisfacción de las necesidades humanas a los usos productivos del agua.

Aunque el artículo 6° CA dota de contenido al DAA, al disponer que éste consiste en el uso y goce de las aguas, no da una definición de dicho concepto. La legislación chilena sólo reconoce los usos llamados

⁴⁴ LA ROCA CERVIGÓN, Francisc. Usos del agua y servicios de los ecosistemas acuáticos. Guía Nueva Cultura del Agua. [en línea] < <http://www.fnca.eu/guia-nueva-cultura-del-agua/la-economia-del-agua/ usos-del-agua-y-servicios-de-los-ecosistemas-acuaticos> > [Consulta: 17 de diciembre de 2014]

⁴⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. Crisis institucional del agua. Descripción del modelo, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales. Legal Publishing. 1° Ed. Santiago, Chile. Abril, 2014. P. 57.

tradicionales, siendo éstos aquellos en que se explota el agua en las diversas actividades económicas, principalmente la agricultura, la minería, la hidroelectricidad, la industria y el saneamiento. Los no tradicionales o *in situ*, por su parte, son aquellos que tienen lugar en el ambiente natural en que las aguas se encuentran y sin extraerlas, almacenarlas, conducir las o distribuir las fuera de él.

Que el CA sólo se refiere a los usos tradicionales, también se desprende de la historia de la ley, ya que los objetivos que se tuvieron en cuenta en la implantación del nuevo modelo de mercado y la protección de la propiedad privada de los derechos de agua, fueron los de mejorar la eficiencia económica en el uso, incentivar la inversión privada, principalmente en infraestructura, y los de separar la propiedad de la tierra y del agua, para que los derechos se transfirieran con libertad en el mercado.

Junto con el argumento anterior, el CA establece en los artículos siguientes otras clasificaciones del derecho de uso o aprovechamiento, no contemplando aquélla que distingue entre usos tradicionales y no tradicionales. Una de ellas es la que distingue entre uso consuntivo y no consuntivo, siendo el primero “aquel que faculta a su titular para consumir

totalmente las aguas en cualquier actividad”, en virtud de lo establecido en el artículo 13 del CA.

De tipo consuntivo son los DAA requeridos en las actividades económicas tradicionales ligadas a la producción, como la agrícola y la minera, así como también los derechos requeridos en el área del saneamiento y el consumo humano. Para que las aguas puedan ser utilizadas en este tipo de actividades, se requiere que ellas sean consumidas, gastadas o destruidas, de manera que no puedan ser utilizadas después por otros usuarios.

El DAA no consuntivo, que otorga a su titular la facultad de usar las aguas de manera no consuntiva, es “aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho”, en virtud de lo que dispone el artículo 14 del CA. Por lo mismo, el inciso segundo dispone que “la extracción o restitución de las aguas se hará siempre de forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades”.

Dentro de las actividades económicas productivas de bienes y servicios, el sector silvo agropecuario es el principal usuario de los usos

consuntivos con un 73%, lo que permite el riego de 1,1 millones de hectáreas localizadas principalmente entre las regiones de Coquimbo y Los Lagos⁴⁶. Los DAA no consuntivos, por su parte, se asocian al sector hidroeléctrico, el cual representa un 34% de la matriz de energía eléctrica en Chile⁴⁷.

Ya sea que se trate de usos consuntivos o no consuntivos, el titular de un DAA tiene total libertad para ejercerlo. En virtud del CA, la constitución de un DAA no lleva aparejada la obligación de usar el agua, como tampoco la de destinarlas a usos o finalidades específicas, sino solo la de señalar la cantidad de agua expresada en litros por segundo que según cada derecho se puede extraer en virtud del acto constitutivo.

Con el objeto de velar por que los DAA se utilizaran de manera efectiva y beneficiosa, evitando el acaparamiento y la especulación, con la reforma de la Ley N° 20.017 al CA se introdujo el requisito de acompañar una Memoria Explicativa a la solicitud, en la que se debe señalar la cantidad de agua que se necesita extraer según el uso que se le dará. Sin embargo, como se verá más adelante, esta modificación no condiciona los usos futuros de los derechos adquiridos originariamente, como tampoco a los adquiridos

⁴⁶ DIRECCION GENERAL DE AGUAS. Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012-2025. Ministerio de Obras Públicas, Santiago, Chile. 2013. P. 14.

⁴⁷ DIRECCION GENERAL DE AGUAS (2013). Op. Cit. P. 13.

mediante transferencias, pudiendo los titulares en ambos casos cambiar el destino señalado en la Memoria Explicativa.

No existe, por lo tanto, un reconocimiento en nuestra legislación de los usos no tradicionales no asociados a la producción, como tampoco un mayor interés por parte de las autoridades chilenas en la elaboración de políticas sobre recursos hídricos⁴⁸, sino que prevalece la visión del agua como recurso económico asociado a la producción de bienes y servicios. Desde la consideración del agua como un bien público, se plantea que esta postura desconoce su función pública, al no considerar otros usos de relevancia social y ecológica dentro de las necesidades humanas que también requieren ser satisfechas, incluso algunos generadores de beneficios monetarios directos.

Por lo mismo, estos usos no tienen cabida en el mercado de aguas, ya que al no estar considerados en nuestro modelo, carecen de un precio de mercado que permita su transferencia. No obstante, que no tengan un precio real de mercado no implica que carezcan de un valor económico ya que, como se analizó anteriormente, estos usos sí permiten la satisfacción de otro tipo de necesidades humanas que generan beneficios sociales.

⁴⁸ Se analizará la incorporación de elementos de sustentabilidad social y ambiental en la legislación y políticas públicas relacionadas al recurso hídrico en el tercer capítulo.

2.1.2 La escasez

En cuanto a la disponibilidad de agua dulce, se podría decir que Chile es un país privilegiado, tomando en cuenta que el volumen de agua que proviene de las precipitaciones y que escurre por los cauces superficiales y aguas subterráneas, es de 53.000 m³ por persona al año, en relación a los 2.000 m³ considerados internacionalmente como umbral para el desarrollo sostenible⁴⁹.

No obstante, es un hecho notorio el contraste en la distribución del recurso a lo largo del territorio, existiendo una fuerte gradiente norte-sur. Es así como desde la Región Metropolitana al norte, la disponibilidad es no más de 1.000 m³ por habitante al año, mientras que hacia el extremo sur, específicamente las regiones XI y XII, la disponibilidad supera los 800.000 m³ por habitante al año⁵⁰.

⁴⁹ BANCO MUNDIAL. Chile, Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. Departamento de Medioambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe. 2011. P. 5.

⁵⁰ SALAZAR, C. Situación de los Recursos Hídricos en Chile. Centro del Tercer Mundo para el Manejo del Agua. 2003. P. 13. [en línea]
<http://sad.dga.cl/ipac20/ipac.jsp?session=1XO99U3622875.503925&profile=cirh&uri=link=3100006~!3808~!3100001~!3100002&aspect=subtab13&menu=search&ri=1&source=~!biblioteca&term=Situaci%C3%B3n+de+los+recursos+h%C3%ADdricos+en+Chile+%2F&index=ALITTLE>> [Consulta: 20 de diciembre de 2014].

La poca disponibilidad⁵¹ de agua en algunas zonas de Chile no debe confundirse con el concepto de escasez, ya que éste, a diferencia del primero, no significa en sí mismo una situación de falta de agua, desde un punto de vista físico, sino que es un concepto relativo de carácter económico. “Un recurso natural es abundante o escaso en comparación o en función de algo. La relativa abundancia o escasez de recursos naturales implica definir disponibilidades físicas de los elementos existentes en la tierra en función de sus posibilidades de utilización”⁵².

Es decir, el grado de escasez de un determinado recurso natural, se definirá por la disponibilidad física de él en relación a su aptitud para satisfacer las necesidades humanas mediante su utilización. Puede ocurrir que un recurso natural sea muy poco disponible físicamente, pero si no tiene ninguna utilización presente ni futura, claramente no puede calificarse de escaso, puesto que no se requiere para satisfacer ninguna necesidad. Y por el contrario, un recurso natural que se encuentra de manera abundante en la

⁵¹ Cabe señalar que a lo que aquí me refiero es a la disponibilidad física técnica de agua y no a la disponibilidad jurídica, ya que esta última corresponde al agua que aún es susceptible de asignarse a derechos de aprovechamiento y la cual se ve reducida por el agotamiento de los acuíferos superficiales y las áreas de prohibición, en el caso de las aguas subterráneas.

⁵² BIFANI, Pablo. Desarrollo y medio ambiente. Monografías de la Dirección General de Medio Ambiente, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid. [s.a] P. 196.

tierra podría eventualmente calificarse de escaso, siempre que exista una excesiva utilización que supere su disponibilidad.

Un ejemplo de esto es lo que ocurre en las cuencas del sur de Chile, donde a pesar de que existe una disponibilidad favorable de agua, se han comenzado a evidenciar situaciones de escasez y conflictos por el uso derivados de ella. Este es el caso de la sub cuenca del río Laja y sus afluentes, la cual ha sido declarada agotada a pesar de que aún existe disponibilidad física, pero no así disponibilidad jurídica de nuevos derechos para otorgar⁵³.

La escasez es un concepto compuesto por dos elementos relacionados con el bien económico en cuestión, siendo uno de carácter físico, que corresponde a su disponibilidad, y otro de carácter socioeconómico, correspondiente a la exigencia de satisfacer ciertas necesidades. La necesidad y por lo tanto la escasez, están determinadas por la esencialidad del bien para satisfacer dichas necesidades. En este orden de cosas, el agua viene a ser un bien esencial de forma absoluta, ya que su disponibilidad es condición para la satisfacción de necesidades individuales y sociales de gran relevancia,

⁵³ UNIVERSIDAD DE CHILE. Estudio Gestión Integrada de los Recursos Hídricos en Chile. Facultad de Ciencias Agronómicas Departamento de Ciencias Ambientales y Recursos Naturales Renovables. 2009. Pp. 85-86.

como la salud y vida humanas, junto con la existencia y mantenimiento de los ecosistemas naturales.

La esencialidad de un recurso natural depende de qué tan necesario es en relación al tipo de necesidades que puede satisfacer, lo que desde el punto de vista económico corresponde a las características de la demanda. La oferta, por su parte, corresponde a la disponibilidad física del recurso natural para satisfacer la demanda. Un desajuste entre la oferta prevista y la demanda del recurso natural, hará que el precio de éste aumente hasta lograr un nuevo equilibrio entre ambas, lo que nos lleva a concluir que las variaciones del precio⁵⁴ son, en definitiva, el indicador de la escasez relativa.

La correspondencia entre la existencia de un recurso y su precio de mercado, permite obtener información respecto a la situación de escasez que dicho recurso experimenta, aumentando su precio cuando se agota y disminuyendo cuando existe mayor disponibilidad. Pero cabe preguntarse, hasta qué punto el precio de mercado de un recurso natural es una señal idónea para incentivar una acción social que enfrente el problema de la escasez, específicamente en el caso de recursos naturales vitales, finitos y

⁵⁴ BIFANI, Pablo. Op. Cit. P. 197.

vulnerables como el agua. Al ser ésta un bien esencial absoluto desde el punto de vista económico, su demanda se mantendrá e incluso puede aumentar, aunque los precios sean irrisoriamente elevados.

El gran problema de realizar un examen de escasez del agua únicamente mediante indicadores de carácter económico, es que se desconocen los efectos indirectos de tipo social y ambiental que genera. En la práctica, el usuario que tenga la capacidad económica suficiente para pagar, será aquel que tendrá acceso al agua en precios cada vez más altos, excluyendo a aquellos usuarios que no se encuentran en la misma situación de competencia. Además, un precio de mercado en ningún caso es un indicador de los efectos de la utilización en las fuentes proveedoras en particular, ni en los ecosistemas en general, lo que a futuro perjudicará el bienestar ambiental, que es donde se desarrollan las actividades sociales y productivas.

Un adecuado indicador de escasez del recurso hídrico, al estimar la oferta, debe tener en cuenta la vulnerabilidad de los sistemas hidrológicos y su variabilidad en cuanto a su calidad y cantidad. Debe, además, considerar la demanda compuesta no solo por los requerimientos de consumo humano y abastecimiento de las diversas actividades productivas, sino que también ser

un instrumento que refleje el valor ambiental o ecológico y de los usos no tradicionales de las aguas, como el de la biodiversidad y los usos recreacionales, entre otros.

2.1.3 El valor económico del agua

Bauer hace la distinción entre los conceptos de propiedad privada sobre los derechos, la lógica de mercado y el rol subsidiario del Estado, partiendo de la premisa teórica de que “Si bien la propiedad privada sirve como fundamento tanto para la lógica de mercado como para la limitación del poder del Estado, su relación con cada una se basa en argumentos distintos con lógicas e implicancias distintas”⁵⁵. Estos tres conceptos se confunden generalmente en el debate sobre el modelo chileno en materia de recursos hídricos, en circunstancias que son elementos diferentes que juntos conforman un sistema particular, aunque no siempre deban ir aparejados.

En cuanto a los fundamentos económicos de la propiedad privada, por un lado, se encuentra la seguridad jurídica que incentiva la inversión privada y, por otro, posibilita el libre intercambio de derechos de aguas por parte de

⁵⁵ BAUER, Carl (1993). Op. Cit. p.18.

sus titulares y así la operación de un sistema de mercado. Se plantea que no todos quienes abogan por la propiedad privada como argumento de seguridad jurídica sobre sus derechos de aguas, comparten la existencia de mecanismos de mercado para la asignación eficiente, sino sólo quienes forman parte de la corriente neoliberal. Sin embargo, la existencia de derechos de propiedad sobre los derechos de aguas y la facultad de disponer de ellos es lo que posibilita la existencia de los mercados.

Entre quienes defienden el libre mercado como modelo de asignación del agua, existe consenso en que la eficiencia en el uso del recurso hídrico es el principal argumento para su instauración. Algunos economistas aseveran que “los recursos, cuando no existen derechos de propiedad bien definidos, tienden a utilizarse con ineficiencia y despilfarro y a la postre serán objeto de explotación excesiva”⁵⁶, ya que en este caso carecen de incentivos para mejorar el uso.

Desde esta postura, en la medida que exista certeza jurídica sobre los derechos privados, la asignación del recurso mediante los mecanismos de mercado es una forma de armonizar las necesidades de la economía con las

⁵⁶ DOUROJEANNI, A. y SOLANES, M. Op. Cit. P. 13.

del medio ambiente, siendo la mejor manera de asignar dicho recurso, asegurando su protección y preservación. Esto es así, ya que los usuarios tendrán incentivos para utilizarlo de la manera más eficiente y menos costosa, al mismo tiempo que para proteger y preservar los recursos⁵⁷.

Esta escuela neoclásica es la que orienta la institucionalidad chilena a partir de la década de los 70` y es la que plantea que los derechos de propiedad adquieren un determinado “valor”. Cumpliendo los presupuestos de que los derechos estén claramente definidos como privados, exclusivos y enajenables, éstos pueden transferirse libremente a través de los mecanismos de mercado, donde el concepto de valor corresponde a un valor de cambio, permitiendo realizar un intercambio de cosas cualitativamente distintas que se miran como equivalentes, como ocurre con los derechos sobre el recurso y una cantidad monetaria determinada.

La otra escuela de pensamiento en la materia introduce el concepto de “valor de uso”, según el cual éste no puede reducirse a lo meramente cuantitativo, dados los múltiples usos a los que puede destinarse el recurso hídrico. Desde esta perspectiva y acorde a la naturaleza de bien público que

⁵⁷ *Ibíd.* 14

tienen las aguas, los derechos de propiedad sobre ellas no deben definirse como exclusivos y enajenables, sino parcialmente compartidos o coincidentes, debido a las inevitables interacciones del mismo recurso en un sólo sistema físico, lo cual resulta evidente en el caso de las aguas⁵⁸.

Proporcionar la matriz normativa donde se asienta el mercado es una función determinante que corresponde a la Administración, la cual debe cumplir tres requisitos básicos para favorecer la asignación eficiente: primero, definir los derechos de propiedad, usualmente medidos en volumen por unidad de tiempo, lo que permitirá a los agentes económicos estimar de forma segura los costos y beneficios de la tenencia, uso y transferencia de sus derechos.

Segundo, proporcionar suficiente información de carácter hidrológico, incluso antes de definir los DAA, registrar los derechos de uso consuetudinarios, inscripción de derechos solicitados etc. El funcionamiento del mercado depende, en gran medida, de la existencia de un sistema registral, ya que al poner a disposición de los vendedores y compradores la información sobre la oferta y la demanda de los derechos existentes, les

⁵⁸ *Ibíd.* p. 19.

permite desenvolverse de manera informada en el mercado y orienta las decisiones de los miembros de la sociedad acerca de la propiedad, uso y transferencia de los derechos de agua.

Por último, se requiere que la autoridad estatal establezca normas de transferencia que hagan posible el intercambio continuo de los derechos de agua, lo cual también contribuye a la certidumbre en el mercado. Esta transferencia no debe ser sólo legal sino también física, puesto que se debe materializar el intercambio efectivo del recurso a través de, por ejemplo, la construcción de infraestructura, transporte, servidumbres etc. y todo lo que permita dar existencia real a los derechos legalmente constituidos o reconocidos.

En el modelo de mercado de aguas, se estima que, si los usuarios no tienen derechos ciertos sobre el recurso, carecen de incentivos para buscar su mejor uso, invertir en tecnología y, más aún, para preservarlo. Desde la perspectiva de quienes defienden este modelo, en los sistemas estatales de administración, en lo técnico y lo normativo, se puede hasta cierto punto proteger los recursos y el despilfarro económico pero, al mismo tiempo, se

traduce en ineficiencias costosas e innecesarias que inducen a desperdiciar y no preservar el recurso⁵⁹.

Establecida la base normativa e institucional, que permite el desarrollo del mercado de aguas, ésta adquiere un valor económico (en los términos señalados al comienzo de este título) determinado por la ley de la oferta y la demanda, la cual depende de varios factores, como la calidad del recurso, la competencia por el uso, costos de infraestructura, costos de transporte etc. Sin embargo, consideramos que los elementos principales que determinan dicho valor corresponden, primero, a que se trata de un bien escaso, ya que el valor será mayor o menor, dependiendo de su disponibilidad, así como de la cantidad de interesados en comprar y vender derechos de agua. Segundo, los usos que posee son extremadamente variados, dentro del mismo sector productivo y fuera de él, principalmente en lo que se refiere al uso para la subsistencia. Además, es evidente que el uso del agua será permanente en el tiempo, mientras existan las sociedades e irá en aumento, mientras se tienda al crecimiento económico.

⁵⁹ DOUROJEANNI, A. y SOLANES, M. (1994). Op. Cit. P. 13.

La lógica de mercado supone que las transacciones de derechos de aguas se realizarán de forma automática, siempre que los beneficios que una reasignación genere tanto a compradores como vendedores, sean positivos. Es decir, que por las transferencias a otros usos (finalidad, lugar, tiempo, etc.) perciban rentabilidades netas más elevadas que las que producen los patrones de uso existentes. Las transacciones continuarán hasta que a todos los usuarios les sea indiferente comprar o vender derechos de aguas, pasando de los usos menos rentables a los más rentables, maximizando el valor económico del agua⁶⁰.

Por lo tanto, que la existencia de DAA ciertos y transferibles permitan el uso eficiente del agua, significa que ésta será utilizada por el usuario para el que tenga mayor valoración, transfiriéndose los derechos sucesivamente hasta que el usuario final sea aquél que le dé su mejor uso social. El beneficio neto social se define como la diferencia entre el beneficio social y el costo social, y se determina a partir de lo que cada individuo estaría dispuesto a pagar por el uso del recurso⁶¹. Cuando el beneficio resultante de dicho uso

⁶⁰ DOUROJEANNI, A. y JOURAVLEV. El Código de aguas en Chile: entre la ideología y la realidad. CEPAL, serie Recursos naturales e infraestructura, N° 3, Santiago, Chile. 1999. P. 12.

⁶¹ DONOSO HARRIS, Guillermo. El mercado de derechos de aprovechamiento como mecanismo asignador del recurso hídrico. Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI. 1995. P. 10.

por cada sector es igual para todos los sectores, se logrará, en teoría, la asignación socialmente óptima entre todos ellos.

Desde la perspectiva económica que ha operado en Chile a partir de los años 70`, la asignación eficiente del agua es entendida como aquella que permite obtener un mayor beneficio u óptimo social, expresado exclusivamente en términos monetarios y cuya noción de los recursos naturales es la de factores productivos. Por lo mismo, el valor económico de los bienes ambientales, entre ellos el agua, es en extremo más reducido, puesto que no se le reconoce como un generador de bienestar en su sentido social y ambiental, sino de beneficio en el sentido económico.

El hecho que el agua adquiera un valor económico, no es en sí mismo irreconciliable con su carácter de bien público y, más aún, inevitable dada la demanda permanente y creciente de ella, comparada con una disponibilidad cada vez menor en cantidad y calidad. Como se analizó anteriormente, el uso de los recursos naturales en sí mismo tiene un carácter económico y éstos un valor, pero muy distinto es que el agua adquiera un precio de mercado y que su mejor uso sea determinado por criterios de rentabilidad económica.

En definitiva, en el mercado de aguas, que es el modelo de gestión de aguas que rige en Chile a partir de la dictación del CA de 1981, el uso óptimo

es aquel en que los DAA tienen un mayor valor y genera un mayor beneficio económico. Desde la perspectiva del mercado de aguas y la propiedad privada de los DAA, lo anterior es de toda lógica, pero no lo es en consideración a la naturaleza de bien público del agua, según la cual el mejor uso es aquel que satisface de mejor manera un interés general, lo cual debe ser tutelado por el Estado, dada función pública que cumple el dominio público.

2.2 El funcionamiento del mercado

Se vio que en el modelo de mercado aplicado al recurso hídrico, se plantea que la asignación socialmente óptima del agua y, por lo mismo, la eficiencia en su uso, se logra mediante la continuidad de las transacciones de derechos de agua hasta que éstos sean adquiridos por el agente económico que le dé al agua su mejor uso, es decir, su mayor valor. El flujo continuo de transacciones responde a los incentivos con que cuentan los usuarios en el mercado para realizar compraventas de DAA, si los usos alternativos del recurso hídrico dan a los derechos de aguas un mayor valor que el uso actual.

Cuando el mercado de derechos de aguas se encuentra en equilibrio, la oferta y la demanda de éstos se encuentran equiparadas y la valoración que

tienen los distintos agentes del mercado converge un solo precio. Como se vio anteriormente, el precio del bien es un indicador de la escasez, cuya fluctuación es una señal de desequilibrio del mercado. Pero suele ocurrir que el valor económico del agua es mayor para los dueños de los DAA asignados a ella que el precio de mercado de los mismos, lo que tiene como consecuencia una disminución del beneficio que genera la transferencia de los derechos y, por lo tanto, los titulares de ellos prefieren guardarlos.

Al contrario de lo que se pensó en los comienzos del nuevo sistema, el mercado de aguas en Chile ha sido menos activo de lo esperado. Las transacciones de derechos de aguas existen, pero “ocurren en contextos tan limitados que sería exagerado hablar de un verdadero mercado”⁶², como tampoco sería posible afirmar que él mismo sea un mecanismo de reasignación autorregulado. Aunque, en todo caso, existen quienes discrepan de esta afirmación, sosteniendo que la ausencia de transacciones no sería una imperfección del mercado si se toma en cuenta que el no uso presente del agua también tiene un valor, lo que lo hace igualmente eficiente⁶³.

⁶² BAUER, Carl (1993). Op. Cit. P. 27.

⁶³ Ver. GÓMEZ-LOBO, A. y PAREDES, R. Mercado de derechos de agua: Reflexiones sobre el proyecto de modificación del Código de Aguas. Estudios Públicos, N° 82. Santiago, Chile. 2001.

Puede ocurrir que el valor o beneficio social que reporta al usuario respectivo el uso del recurso, no tenga que ver necesariamente con el empleo de éste como uso efectivo, ya que se incluye tanto el uso como el no uso. Este es el caso de, por ejemplo, el valor de opción de la biodiversidad, correspondiente a la máxima disposición a pagar por contar con el recurso en el futuro, así como de cualquier otro tipo de no usos. Incluso en el caso de los usos productivos, específicamente en el sector agrícola, es racional mantener un número mayor de derechos al que se necesitaría en un año de pluviometría promedio, en la medida que el costo de mantener esos DAA no exceda el beneficio derivado de la mayor seguridad.

El mercado de aguas en Chile, en la práctica, no se ha desarrollado como era esperado, ni en cuanto a la eficiencia en la asignación del recurso, ni en cuanto a hacerse cargo de las imperfecciones que él mismo genera. El modelo chileno de aguas, único en el mundo, excluyó la función esencial de la Administración de intervenir efectivamente en el mercado, en virtud de su rol tutelar de un bien público y además, vital y escaso.

2.2.1 Las imperfecciones del mercado

A treinta y tres años desde la instauración del modelo de mercado en la legislación de aguas, mediante la promulgación del CA de 1981, se han evidenciado importantes fallas del mercado. Estas imperfecciones son consecuencia de graves carencias del CA en relación a los requisitos mínimos que la legislación debe establecer para permitir el funcionamiento de un mercado de aguas.

Estos lineamientos fundamentales se traducen en los elementos regulatorios que debe contener la legislación de aguas, que “tienden a proteger la base de recursos naturales, tanto en calidad como en cantidad, a prevenir la transferencia de externalidades negativas entre los usuarios del recurso”⁶⁴. Por lo mismo, el agua es normalmente un bien público, inalienable e imprescriptible de la nación, sobre el cual el Estado puede conceder derechos de uso a los particulares de tipo administrativo, que deben estar sujetos a exigencias pecuniarias y de uso que, de no ser cumplidas, implican la revocación de esos derechos.

⁶⁴ DOUROJEANNI, A. y SOLANES, M (1994). Op. Cit. P. 18.

Las razones en pro de la regulación de los mercados de aguas son de diversa índole, ya sea social, ambiental o económica. Son aspectos fundamentales que deben considerarse al definir la legislación de aguas que hace posible el mercado, para que dentro de éste se produzca la asignación del recurso hídrico de la mejor manera para los distintos usuarios.

Dentro de las imperfecciones del mercado más criticadas se encuentran las externalidades, que corresponden a los efectos externos que sufren uno o más usuarios, por acciones u omisiones de otros, sin que el generador de la externalidad reciba compensación en el caso de los beneficios o externalidad positiva, ni pague resarcimiento en el caso de provocar daños o externalidad negativa. Sin embargo, me referiré únicamente a la preocupación por la concentración del recurso en manos de los usuarios con mayor poder económico, lo que ha favorecido el acaparamiento, la especulación y los monopolios, principalmente porque esto último fue uno de los objetivos que tuvo la reforma de la Ley N° 20.017 al introducir, entre otras, la exigencia de pago de una Patente por No Uso, lo cual será analizado más adelante.

Para enfrentar estas fallas del mercado, es fundamental el condicionamiento de los DAA a usos específicos, de manera que si el ejercicio de ellos no es efectivo y beneficioso, puedan ser caducados por la

autoridad. La Ley N° 16.640 de 1967 contemplaba que la autoridad administrativa pudiera reasignar las aguas junto con los cambios de uso de la tierra, de acuerdo al criterio técnico llamado “tasa de uso racional y beneficioso” de las aguas, entendido como “el volumen anual de agua, con su distribución mensual, necesario para atender la explotación de una hectárea de tierra, en consideración a los cultivos predominantes o preferentes de la región, a las condiciones ecológicas de ésta y al empleo de técnicas eficientes de riego”, según el artículo 107 de dicho cuerpo legal.

El sistema del Oeste de Estados Unidos, en que también se recurre al mercado como sistema asignador del agua, “no se concibe un derecho de aguas válido desvinculado del uso efectivo y beneficioso de las aguas objeto del derecho”⁶⁵, no pudiendo éstos transferirse, ya que el sistema ni siquiera se reconoce la existencia de derechos que no cumplan con este requisito. Los casos señalados anteriormente recogen la idea de que el uso no debe contrariar el interés público, conservando la autoridad las potestades necesarias para velar por él y establecer la caducidad de los derechos que no cumplan con las condiciones de uso efectivo y beneficioso.

⁶⁵ DOUROJEANNI, A. y SOLANES, M (1994). Op. Cit. P. 22.

Sin embargo, el CA de 1981 difiere mucho de los sistemas de mercado regulado del Oeste de Estados Unidos y más aún del sistema estatista establecido en el Código chileno de 1967. Actualmente, la asignación originaria de los DAA es el principal ámbito donde la Administración toma parte a través de la constitución⁶⁶ directa de ellos por la Dirección General de Aguas (DGA), lo cual se encuentra regulado en los artículos 140 y siguientes del CA. Antes de la reforma de la Ley N° 20.017 de 2005, la DGA estaba obligada a otorgar los DAA solicitados por una sola persona, siempre que existieran derechos disponibles, que se cumplieran las formalidades legales y el otorgamiento no perjudicara derechos de terceros. Es decir, los derechos se entregaban de manera gratuita, a perpetuidad y sin necesidad de justificar su uso.

Junto con ser un sistema excepcional a nivel mundial, se observa que el régimen de aguas chileno es también una excepción al régimen general de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, ya que los particulares pueden

⁶⁶ Existe una segunda vía de adquisición inicial (en oposición a la adquisición por vía de transferencias) de derechos de aprovechamiento en que interviene la DGA, establecida en el artículo 142 del Código, consistente en el remate de derechos si dentro del plazo de seis meses contados desde la presentación de la solicitud, se presentaren dos o más solicitudes sobre las mismas aguas dentro y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos. No me referiré a este mecanismo por presentarse de manera muy excepcional y porque lo que interesa tratar es el criterio utilizado por la Administración en la asignación inicial directa.

adquirir gratuitamente DAA que, como se analizó anteriormente, tienen un valor económico y un precio de mercado. Todos los derechos de propiedad pagan una contraprestación por su adquisición o algún tipo de patente, impuesto o carga, pero en el caso de los DAA no existe pago alguno de manera inicial.

Carece de toda lógica que nuestro sistema permita adquirir DAA gratis, a perpetuidad e incondicionados, ya que permite a los particulares lucrar con el solo otorgamiento de un bien público, pudiendo el titular usarlos o no en su propio beneficio. De esta manera, el interés público se encuentra subordinado a los intereses privados relacionados al no uso o uso en condiciones más ventajosas para el propio titular.

Dentro de los efectos perversos generados por el mercado en las condiciones ya señaladas, la especulación se produjo al adquirir el titular DAA gratuitos, pudiendo guardarlos y venderlos en circunstancias más favorables, sin ningún tipo de costos y con ganancias seguras, principalmente en el caso de las empresas hidroeléctricas en el sur del país. En el caso de la gran cantidad de derechos no consuntivos adquiridos por las empresas

hidroeléctricas, Donoso⁶⁷ plantea que el mantenimiento de ellos sin utilización corresponde más bien a un comportamiento estratégico de desarrollo más que a mecanismos especulativos. El recurso hídrico estaría siendo bien asignado, dado que el titular de los DAA, al venderlos al usuario para quien tengan mayor valor, le dará el uso que obtenga mayores beneficios.

No comparto esta postura, ya que aunque se sostenga que la especulación es una actividad inherente a los mercados, se opone al principio que rige los bienes públicos, según el cual éstos son otorgados por la autoridad mediante la vía concesional en función de un interés general, lo que lleva aparejada una contraprestación. Si las actividades especulativas van aparejadas a los mercados, entonces habría que suponer que éstos no debieran utilizarse como mecanismo asignador de bienes públicos.

Además de ser una actividad dirigida a un beneficio personal, también la especulación puede tener efectos perjudiciales para la libre competencia, ya que “puede distorsionar los precios mediante un poder de negociación

⁶⁷ DONOSO HARRIS, Guillermo. Análisis del funcionamiento del Mercado de los derechos de aprovechamiento de agua e identificación de sus problemas. Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. I, N° 2. 1999. P. 9.

desigual o un control monopólico”⁶⁸. Para Donoso⁶⁹, el problema que conlleva la acumulación excesiva de derechos es perjudicial cuando tiene características monopólicas, más que el acaparamiento en sí mismo. Las situaciones monopólicas restringen la entrada de otros usuarios al mercado, ya que al no existir disponibilidad para la constitución de derechos, los nuevos usuarios solamente pueden adquirirlos mediante la compra al usuario que controla los precios.

Desde la vuelta a la democracia en la década del 90`, comenzó una preocupación por hacer frente a los problemas de acaparamiento y especulación generados por la legislación de aguas original del CA 1981. La toma de conciencia acerca de los efectos económicos y sociales perjudiciales de esas fallas del mercado, generó una iniciativa de Gobierno que pretendió reformar el CA de 1981, incorporando elementos que permitieran controlar la total libertad en el ejercicio de los DAA.

Estos son los llamados elementos regulatorios del mercado, a los cuales me referiré a continuación, para luego analizar uno de los principales,

⁶⁸ DOUROJEANNI, A. y JOURAVLEV A. (1999). Op. Cit. P. 20.

⁶⁹ DONOSO HARRIS, Guillermo (1999). Op. Cit. P. 9.

que es la condición de uso efectivo y beneficioso, y de qué manera esta exigencia fue recogida con la reforma en nuestra legislación.

2.2.2 La regulación de los mercados de aguas

Puesto que las transferencias de derechos tienen efectos desde el punto de vista social, afectando a los demás usuarios que compiten por el recurso hídrico en los diferentes usos, ya sean productivos o para la mera subsistencia, y desde el punto de vista ambiental, al afectar los ecosistemas acuáticos en sus funciones ambientales reguladoras de la vida en el planeta, los países con mercados maduros deben regular estos impactos a fin de prevenir daños, dado el carácter público de las aguas.

Si las aguas son bienes que pertenecen a la nación, donde el Estado sólo otorga a los particulares derechos de uso, es deber del éste, si no ejercer el control sobre la gestión de las aguas mismas, por lo menos establecer requisitos y limitaciones económicas, administrativas y legales al mercado de los derechos de agua, velando por la satisfacción de las necesidades de interés general de la sociedad sobre las de beneficio particular. Por el contrario, “una asignación de los recursos vía un mercado sin regulación,

podría llevar a una pérdida económica, social y ambiental importante para todos los usuarios”⁷⁰.

El condicionamiento más importante en la implementación de mercados de agua, es el que tiene por objeto evitar la concentración que éstos producen, ya que generalmente son los usuarios con más recursos los que comprarán los derechos de aquéllos que tienen menos poder económico. En este sentido, el mercado cumple sus objetivos de optimización económica, pero no se hace cargo de los efectos sociales y ecológicos de los procesos de concentración, sino que esto depende del marco jurídico e institucional de cada Estado, en pro del bien común.

Los elementos de la legislación que permiten el cumplimiento del deber de la autoridad de controlar el buen uso del dominio público en los mercados, son los llamados elementos regulatorios. Dentro de éstos, los más importantes son aquéllos que tienden a proteger los recursos naturales y prevenir la transferencia de externalidades negativas entre los usuarios, los que incluyen, entre otros⁷¹:

⁷⁰ DOUROJEANNI, A. y SOLANES, M. (1994). Op. Cit. P. 15.

⁷¹ *Ibíd.* P. 18.

- El control público del recurso a través del poder de policía del Estado o de su titularidad por el sector público, expresado en el requerimiento de permisos de uso y vertimiento o descarga.
- La asignación de derechos de aguas bajo condición de uso efectivo y beneficioso.
- Determinación legal de lo que se entiende por uso beneficioso.
- Determinación de preferencias y prioridades entre los distintos usos posibles del recurso.
- Control público de la calidad de las aguas.
- Control público de los usos del agua, para asegurar que lo sea de acuerdo a los derechos otorgados.
- Protección de fuentes, puntos de abastecimiento y cursos de aguas, protección y manejo de cuencas y deforestación, preservación de áreas de recarga, planificación integrada del recurso, y uso conjunto de aguas superficiales y subterráneas.
- Derecho de reasignación durante emergencias.
- Determinación y percepción de cargas y derechos financieros por el uso del agua.

- Procedimientos expeditos para la resolución de conflictos

Especial consideración dentro de las condicionalidades en el uso del agua, merece el requerimiento de uso efectivo y beneficioso por parte de la autoridad, que tiene por objeto el uso racional de un bien que, como se vio anteriormente, es escaso y esencial de forma absoluta. Como este trabajo se desarrolla en torno al uso del agua como bien público en el mercado, me enfocaré en el análisis de la condición de uso efectivo y beneficioso como elemento regulatorio.

2.2.2.1 El uso efectivo y beneficioso

La no exigencia de uso efectivo dirigido hacia un fin socialmente beneficioso “faculta la especulación y la posibilidad de obtener un enriquecimiento por mero paso del tiempo, a costa de un bien de dominio público escaso y de demanda ecológica, social y económica”, y cuya falta “favorece los monopolios y el manejo del recurso como un instrumento de competencia económica desleal”⁷².

⁷² *Ibíd.* P. 19.

¿Pero qué se entiende por uso efectivo y beneficioso? ¿Quién lo determina? Una alternativa es la determinación por parte de la autoridad (P. ej. la DGA), lo cual tiene la ventaja de poder adecuarse a los diversos requerimientos sociales y ecológicos de un espacio y tiempo determinados. Sin embargo, la desventaja principal de dejar la determinación a la discrecionalidad administrativa es la subjetividad en la toma de decisiones y que se corre el riesgo de caer en arbitrariedades.

Por la otra parte, según Axel Dourojeanni y Miguel Solanes, la asignación de los derechos de aguas debe hacerse bajo condición de uso efectivo y beneficioso y su determinación se debe hacer por ley, incluyendo el respeto de flujos y caudales mínimos, conforme a requerimientos ecológicos⁷³. Esta postura, al contrario de la expuesta anteriormente, tiene la ventaja de dar seguridad jurídica acerca de un requisito que condiciona el dominio de los derechos, pero a la vez tiene la dificultad de ajustarse a los cambios sociales y ecológicos que determinen uno u otro uso considerado beneficioso.

⁷³ *Ibíd.* P. 18.

Sea que la definición del concepto se haga por vía de autoridad o por ley, es claro que debe adaptarse a las necesidades económicas y valores sociales cambiantes, ser lo suficientemente amplia para abarcar todos los usos que generen beneficios sociales (P. ej. usos *in situ*), formularse de manera que no genere incertidumbre en el proceso de asignación del agua y no contener usos preferenciales o prioritarios, a excepción de los períodos de grave escasez, estipulándose la correspondiente indemnización⁷⁴.

La doctrina del uso efectivo y beneficioso es la que se sigue en el sistema legal del Oeste de Estados Unidos (Colorado, California, Nevada, Utah, Arizona, entre otros), cuya característica distintiva son los mercados de agua. Con este principio, se persigue prevenir el enriquecimiento mediante la especulación, lo que se fundamenta en que los usuarios no pueden beneficiarse monetariamente por el sólo hecho de actuar como un intermediario en la comercialización de un bien cuya “asignación es la resultante de un acto público”⁷⁵.

⁷⁴ LEE, Terence R. y JOURNALEV, Andrei S. Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua. Serie Medio Ambiente y Desarrollo, N° 6, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, Santiago, Chile. 1998. P. 86.

⁷⁵ DOUROJEANNI, A. y SOLANES, M. (1994). Op. Cit. P. 20.

A diferencia del sistema chileno, en estos mercados la validez de los derechos de aguas se encuentra vinculada al uso efectivo y beneficioso de ellas, no pudiendo contrariar el interés público involucrado en su uso, junto con que las transferencias sólo se aceptan en condiciones muy específicas y sujetas a un fuerte control público. “En la legislación norteamericana el uso efectivo y beneficioso es la fuente, la causa, la medida, la razón de ser, la condición fundamental de los derechos de aguas. No se pueden transferir derechos no efectivos ni utilizados, porque los mismos simplemente no existen”⁷⁶.

En efecto, esta doctrina determina qué derechos de aguas pueden participar válidamente en las transferencias del mercado, lo que para algunos significa reducir el número de participantes potenciales en el mercado a los pocos que pueden destinar el agua a un uso inmediato y, por lo tanto, disminuir la competencia y actividad del mercado⁷⁷.

En Estados Unidos, así como en las legislaciones de Argentina, México y España, existe el planteamiento general de que el derecho está sujeto a caducidad y reasignación a otros a través del Estado, como sanción

⁷⁶ *Ibíd.* Pp. 22-23.

⁷⁷ LEE, Terence R. y JOURNALEV, Andrei S. (1999). *Op. Cit.* P. 85.

al incumplimiento de la obligación de uso efectivo y beneficioso y cumpliendo ciertos requisitos. Se fundamenta en el interés general de la nación de dar un uso productivo a un bien escaso y público, como es el agua, por lo que no existe ninguna razón para que un particular adquiriera derechos de aguas y no las use.

El principio de uso efectivo y beneficioso ha sido ampliamente reconocido como condición para la adquisición de derechos de aguas y el uso de las mismas, ya que desincentiva el acaparamiento e incentiva las transferencias, corriendo el riesgo de caducidad. Pero se ha criticado lo anterior, argumentando que el desincentivo no opera sobre la causa del acaparamiento de derechos sino que lo desalienta administrativamente, lo que depende de procedimientos de implementación y fiscalización por parte de la autoridad. Además, los usuarios que no venden sus derechos de aguas renuncian a las utilidades de dichas ventas y al ingreso que podrían obtener con la inversión de fondos, por lo que el incentivo más directo para reasignar el agua al uso de mayor valor y evitar el desperdicio es la transferibilidad de los derechos de aguas en un mercado abierto.

Una segunda crítica tiene que ver con que esta doctrina sólo considera como válidos los beneficios asociados al uso efectivo del agua, ya que el no

uso del recurso acarrea la caducidad del DAA. La exclusión de los beneficios del no uso del recurso, tal como la seguridad de riego en años de sequía o el uso del recurso con fines escénicos o recreativos, genera una asignación ineficiente del mismo⁷⁸, por lo que descarta una gran cantidad de DAA no consuntivos cuyo ejercicio consiste precisamente en la no utilización de las aguas (P.ej. usos turísticos).

En tercer lugar, esta doctrina se ha criticado fundándose en que elimina los incentivos para utilizar eficiente y racionalmente el agua y genera otros que son perversos, incitando al despilfarro del recurso. Ante la posibilidad de perder el DAA por caducidad, se incentiva al usuario para seguir utilizando el recurso ineficientemente, a no conservarlo y depredarlo⁷⁹, con el objeto de no perderlo para utilizarlo en el futuro, por ejemplo, con fines especulativos.

Hoy en Chile no existe la obligación de usar las aguas objeto de DAA con fines específicos, ni la sanción de caducidad por falta de uso, aunque sí lo hicieron en los comienzos de la reforma al CA de 2005. En la idea originaria del proyecto, el gobierno quiso establecer límites razonables a la concesión de DAA que se tradujeran “en la justificación de la necesidad del

⁷⁸ DONOSO HARRIS, Guillermo (1995). Op. Cit. P. 16

⁷⁹ *Ibíd.*

agua solicitada y en su utilización”, junto con “un plazo máximo de cinco años dentro del cual las aguas se deben utilizar”⁸⁰, existiendo la posibilidad de otorgar un plazo mayor, prorrogarlo o renovarlo, para proyectos de largo aliento que lo requirieran.

El CA de 1981 permite la obtención gratuita e incondicionada de DAA con la sola exigencia de cumplir con un procedimiento administrativo, debiendo la DGA otorgar los derechos solicitados siempre que exista DAA disponibles. Este punto ha sido fuertemente criticado, siendo el fundamento de la modificación del proyecto que pretendía introducir la causal legal de caducidad “fomentar el uso productivo de las aguas en forma más inmediata, lo que se justifica políticamente como el interés general de la nación y jurídicamente como la recuperación del carecer público”⁸¹ de ellas.

La ausencia de una obligación de uso efectivo y beneficioso en el CA de 1981, tuvo como consecuencia la solicitud de grandes caudales no utilizados ni para los cuales se preveía un uso productivo a largo plazo, impidiendo el ingreso de otros interesados a los diversos mercados. En

⁸⁰ AYLWIN, Patricio. Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas. Mensaje N° 283-325, Gobierno de Chile, Santiago. 2 de diciembre, 1992. P.7.

⁸¹ BAUER, Carl J. (1993). Op. Cit. P. 49.

relación a los usos no consuntivos (donde se observa mayormente el problema del acaparamiento y la especulación), en 2004 sólo se utilizaban 2.500 m³/s de los 13.000 correspondientes a DAA constituidos bajo la vigencia del CA de 1981, lo que influyó decisivamente en el sector hidroeléctrico⁸².

La introducción de una causal de caducidad fue rechazada producto de una fuerte oposición, desde los usuarios y el parlamento, fundada principalmente en la pérdida de la seguridad jurídica de los DAA, que es uno de los elementos estructurales del sistema implementado con el CA de 1981. Como alternativa a la caducidad (instrumento administrativo), se originó la idea de cobrar por los DAA no utilizados (instrumento económico). La PNU quedó definida como una patente anual a beneficio fiscal a la cual quedan afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, los derechos de agua respecto de los cuales sus titulares no hayan construido obras de captación en el caso de derechos consuntivos, y de captación y restitución en el caso de derechos no consuntivos.

⁸² VALENZUELA, Christian. La patente por la no-utilización de las aguas en Chile: origen, diseño y primeras experiencias en su implementación. Comisión Económica para América Latina, División de Recursos Naturales e Infraestructura. 2009. P. 7.

Acorde al principio de uso efectivo y beneficioso, los objetivos del legislador al establecer la PNU fueron: a) cautelar la disponibilidad de las aguas para quienes las necesiten y tengan proyectos, favoreciendo la competencia y el uso racional del recurso hídrico, y eliminando el acaparamiento y la especulación; b) constituir derechos de aguas por caudales que efectivamente sean utilizados; y c) redistribuir los derechos que no se estén utilizando⁸³. Como se observa, la PNU pretendió controlar la completa libertad de uso consagrada en el CA de 1981, con el objeto de favorecer el uso racional y productivo. Por lo mismo, fue la medida más controversial entre los distintos sectores que participaron, a pesar de que fue uno más de varios instrumentos orientados a corregir las anomalías del sistema.

Considero que la PNU, como instrumento para incentivar el uso efectivo y beneficioso de las aguas en el mercado, adolece de algunas deficiencias. Primero, relacionado a los usuarios que son objeto de la PNE, en la práctica funciona como un beneficio para aquellos usuarios que tienen poder económico suficiente para pagarla, quienes están en condiciones de retrasar sus inversiones en obras, y no para quienes necesitan las aguas para

⁸³ CAMARA DE DIPUTADOS. Reforma el Código de Aguas, eximiendo el pago de patente a pequeños productores agrícolas y campesinos, a comunidades agrícolas y a indígenas y comunidades indígenas que se señalan. Boletín N° 8315-01., Valparaíso, Chile, 22 de mayo, 2012.1

proyectos de uso efectivo y beneficioso. Por ejemplo, las compañías eléctricas con un gran poder adquisitivo pueden pagar la PNU sin dificultades y no necesariamente porque valoren el recurso para usarlo en un corto plazo, sino que es conveniente mantener los DAA con fines especulativos o para impedir la entrada de nuevos actores al mercado.

Un segundo defecto, es que la PNU tiene un enfoque de abundancia de los recursos hídricos, ya que opera como un incentivo al uso, en circunstancias que nos encontramos en un contexto de escasez hídrica en aumento. Esto no sólo tiene efectos relacionados a la eficiencia económica en el uso del agua, sino también graves consecuencias ambientales al incentivar el uso incluso cuando no hay disponibilidad de agua. La PNU es un instrumento que, como se verá en el próximo capítulo, resulta contrario a la sustentabilidad ambiental.

Y por último, el criterio de uso efectivo y beneficioso en la normativa de aguas debe ir aparejado a la caducidad de los derechos que no cumplan con la condición, para hacerlo efectivo. Además, responde a la naturaleza pública del agua al ser el Estado, mediante la dictación de normas reguladoras de caducidad, quien establece las condiciones en que los particulares pueden

usar los bienes públicos en virtud del acto concesional, y de la misma manera establecer cuándo este derecho debe cesar.

No fue posible implementar la exigencia de uso efectivo y beneficioso sujeto a caducidad debido a razones políticas, lo cual será un problema constante en el desarrollo de políticas públicas y perfeccionamiento de la legislación en materia de aguas, producto de los múltiples intereses en juego que difícilmente permiten alcanzar acuerdos.

CAPÍTULO III: PROPUESTAS AL MODELO DE GESTIÓN DEL AGUA EN CHILE

En los dos capítulos anteriores se hizo un análisis del marco jurídico que regula la gestión de las aguas en Chile, siendo éstas bienes nacionales de uso público sobre las cuales los particulares pueden adquirir un derecho real de aprovechamiento que, unido a la libre transferibilidad de éstos, permiten la configuración de un mercado de derechos de agua. Este mercado no está exento de problemas de diversa índole, ya sean relacionados con las fallas intrínsecas del propio mercado, como el acaparamiento y la especulación de derechos de aguas en manos de grandes empresas, como también aquellos de tipo socio ambiental.

A partir de la idea de que dichos problemas son el producto de una legislación deficiente y ya identificadas dichas deficiencias, cabe preguntarse qué elementos legales y constitucionales debe incorporar nuestro ordenamiento jurídico o, por lo menos, hacia qué dirección éste debe orientarse para contrarrestar y en definitiva revertir la actual situación hídrica en el país.

En este capítulo se mostrará la relevancia de integrar a nuestro ordenamiento jurídico principios ampliamente reconocidos en el Derecho Internacional, como son el acceso al agua y al saneamiento desde la perspectiva de los derechos humanos, en la primera parte, y al uso sustentable de los recursos naturales y, específicamente, del recurso hídrico en la segunda, que deben orientar el actuar del Estado en la elaboración de normativas y políticas públicas relacionadas al agua, en su carácter de bien público.

3.1 El acceso al agua como Derecho Humano

Aunque no cabe duda que la actual crisis hídrica mundial tiene como causas la poca disponibilidad natural de agua dulce y la creciente demanda del recurso, debido al aumento de la población y de los requerimientos productivos, existen otros factores que inciden en la desigual distribución del recurso en un contexto de escasez, lo que ha llevado a que al año 2010 “884 millones de personas carecen de acceso al agua potable y más de 2.600 millones de personas no tienen acceso a saneamiento básico”, junto con que “cada año fallecen aproximadamente 1,5 millones de niños menores de cinco

años y se pierden 443 millones de días lectivos a consecuencia de enfermedades relacionadas al saneamiento”⁸⁴.

El modelo de desarrollo global imperante no es socialmente equitativo ni ecológicamente sustentable, principalmente por el control que tienen sobre el recurso hídrico los poderes económicos mundiales y su explotación únicamente en base a criterios de rentabilidad económica. Tampoco se logra justificar la explotación indiscriminada del recurso hídrico para la producción de alimentos, como por ejemplo para su uso agrícola o ganadero ya que, a pesar de que existe suficiente alimento en el mundo para abastecer a toda la población, no existe equidad en el acceso, existiendo al año 2012 925 millones de personas que padecen hambre⁸⁵.

El modelo de desarrollo, basado en la mercantilización de los recursos naturales, entre ellos el hídrico, junto con el deficiente rol que asumen algunos Estados en su deber de procurar el acceso al agua por parte de la población como uno de interés general y bien común, profundizan la crisis.

⁸⁴ ONU. El derecho humano al agua y al saneamiento. Resolución 64/292, Asamblea General. Nueva York. 2010. P.2.

⁸⁵ ONU. El futuro que queremos. Los alimentos. Hoja de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río de Janeiro, Brasil, 2012.

Este deber se encuentra reconocido constitucionalmente en Chile, al disponer la Constitución en su artículo 1º inciso 4º:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Sin embargo, no existe en Chile una consagración expresa del acceso al agua como un derecho o garantía constitucional, por lo que por esto, sumado al principio de subsidiariedad del Estado y la primacía casi absoluta del derecho de propiedad individual sobre el principio de bien común, en toda la extensión de nuestro ordenamiento jurídico, se ha visto gravemente perjudicado el acceso al recurso por ciertos sectores de la población⁸⁶.

Comenzaré por una exposición de los orígenes del Derecho Humano al agua y las fuentes internacionales que lo han consagrado; luego, un análisis

⁸⁶ Ver CHILE SUSTENTABLE. Conflictos por el Agua en Chile. Entre los Derechos Humanos y las Reglas del Mercado. LOM Ediciones, 2010.

del concepto y contenido de éste; y por último, su situación en el ordenamiento jurídico chileno y las eventuales reformas constitucionales en la materia.

3.1.1. Orígenes y evolución del Derecho Humano al agua en el Derecho Internacional

La década del 70` fue el punto de partida de la discusión respecto al acceso al agua y al saneamiento como una necesidad, con el carácter de Derecho Humano. Así, encontramos el Plan de Acción de la Conferencia de Mar del Plata en 1977, donde por primera vez los Estados miembros de las Naciones Unidas hablaron del concepto de requerimientos básicos de agua por parte de las personas para satisfacer sus necesidades, al afirmar que “Todos los pueblos, cualquiera que sea su nivel de desarrollo o condiciones económicas y sociales, tienen derecho al acceso el agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas”⁸⁷.

Aunque los tratados de derechos humanos, en general, no reconocen el acceso al agua como derecho humano en sí mismo, sí se ha hecho

⁸⁷ ONU, ACNUDH, ONU-HABITAT & OMS. El derecho al agua, folleto informativo N° 35, 2011. P. 4.

abordándolo de manera implícita desde obligaciones específicas relacionadas con otros derechos humanos. Así, por ejemplo, encontramos el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que al establecer el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure “la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”⁸⁸, sienta las bases para la configuración del derecho humano al agua.

También existen instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen referencia explícita al acceso al agua y al saneamiento, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Convenio N° 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo, entre otros⁸⁹.

Algunos autores afirman que fue la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas de 2000 “la primera aproximación del acceso al agua y al

⁸⁸ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de diciembre de 1948.

⁸⁹ ONU. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionados con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos. Resolución A/HRC/6/3, Asamblea General, 2007, P.6.

saneamiento desde la perspectiva de los derechos”⁹⁰, siendo un tema abordado previamente desde las perspectivas medioambiental o de desarrollo. En dicho instrumento se establecieron ocho objetivos en materia de desarrollo a cumplir para el año 2015, incluyendo dentro del objetivo de desarrollo y erradicación de la pobreza, la decisión de “Reducir a la mitad, para el año 2015 (...), el porcentaje de personas que carezcan de acceso al agua potable o que no puedan costearlo”⁹¹. El mérito de esta declaración, que plantea objetivos claros respecto a una situación de hecho que se debe modificar, ya que en ella subyace la idea que el acceso al agua y al saneamiento debe asegurarse para todas las personas, aún en el caso de que no se tengan los recursos para costearlo.

Sin embargo, el acceso al agua desde una perspectiva de los derechos humanos se plasmó por primera vez un documento el año 2002, mediante la Observación General N° 15 sobre el derecho al agua (OG 15) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)⁹², reclamo que ya

⁹⁰ GARCÍA, Aniza. Guía sobre el derecho humano al agua. Instituto Complutense de Estudios Jurídicos Críticos. IEPALA, 2011. P.19.

⁹¹ ONU. Declaración del milenio. Resolución 55/2, Asamblea General, N° 19, 2000.

⁹² ONU. Observación General N° 15. Resolución E/C.12/2002/11, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra, 2002.

venían haciendo diversos organismos internacionales, la doctrina e incluso la justicia internacional⁹³.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 no incluyó, de forma expresa, el derecho humano al agua, pero el CDESC, como órgano encargado de supervisar la aplicación del PIDESC por los Estados partes, consideró que éste era fundamento suficiente para consagrarlo explícitamente, lo cual se hizo mediante la Observación N° 15. Específicamente, basado en el artículo 11 del Pacto, que se refiere al derecho a un nivel de vida adecuado, y al artículo 12, referido al derecho al más alto nivel posible de salud.

La aproximación al derecho humano al agua que hace la OG N° 15 es a partir de su consideración como “un bien limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud”⁹⁴, es decir, un elemento naturalmente finito, de carácter público jurídicamente hablando y el cual es imprescindible para resguardar los derechos humanos más básicos de todos, que son la vida y la salud. Además, lo señala como indispensable para un nivel de vida

⁹³ Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Villagrán Morales y otros (caso de los "Niños de la Calle"), sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Ser. C) N° 63, párr. 144.

⁹⁴ Artículo 1° OG 15.

adecuado y digno, como también condición para el ejercicio de otros derechos, incluyendo “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuado”⁹⁵.

La importancia del OG 15, como en otro tipo de observaciones de tratados de derechos humanos en general, por parte de órganos internacionales, es que dan una interpretación autoritativa del contenido de dichos tratados, o lo que también se clasifica como “soft law”⁹⁶. Desde la interpretación que hace el CDESC, por primera vez el derecho al agua se entiende considerado como un derecho de carácter vinculante para los Estados partes de dicho pacto, ya que éste se encuentra contenido implícitamente en los artículos 11 y 12 del PIDESC. Así también lo han interpretado otros órganos de Naciones Unidas, como la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos. Como señala el profesor Gonzalo Aguilar Cavallo:

“Un elemento digno de destacar es que tanto la Resolución 64/292 de la Asamblea General como las resoluciones 16/2 y 18/1 del Consejo de Derechos Humanos apoyaron los cimientos del derecho humano al agua y al saneamiento en disposiciones convencionales

⁹⁵ ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI), Asamblea General, 1966.

⁹⁶ Con el uso del término no sólo se pretende evidenciar la existencia de determinados instrumentos internacionales que no obstante no ser vinculantes tienen relevancia jurídica, si no también albergar bajo su mando diversas manifestaciones de acuerdos interestatales y consensos internacionales que independientemente de su valor jurídico se incorporan al discurso internacional y producen ciertos efectos que repercuten de diferentes formas en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento del derecho internacional, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el propio seno del derecho internacional. DICCIONARIO JURIDICO [en línea] <<http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=1754>> [Consulta: 17 de enero de 2015].

existentes y vinculantes para los Estados, esto es, en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y en el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966”⁹⁷.

Así como el PIDESC incluyó implícitamente del derecho al agua dentro del derecho a un nivel de vida adecuado y al más alto nivel de salud, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos lo hizo con el derecho a la vida, ya que este derecho impone también a los Estados Partes tomar las medidas necesarias que garanticen una vida digna en la medida de lo posible, tomando en cuenta la estrecha relación que existe entre el acceso al agua y al saneamiento y los efectos en la salud y vida de las personas.

La resolución 64/292 de la Asamblea General, de julio de 2010, es especialmente relevante, puesto que consagra el acceso al agua como un derecho humano de forma explícita, al señalar que “1. Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”, además de exhortar a los Estados y las organizaciones internacionales a “2. (...)”

⁹⁷ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El derecho humano al agua y al saneamiento. En: Derechos Económicos, Sociales y Culturales e el orden constitucional chileno. Editorial Librotecnia, Santiago, 2012. P. 377

intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento”⁹⁸.

Además, fue adoptada con el voto favorable de 124 Estados (entre ellos Chile), 41 abstenciones y ningún voto en contra, junto con que las abstenciones se debieron a motivos de índole coyuntural u operativa, lo cual permite sostener que “es muy relevante al momento de evaluar la contribución de esta Resolución a la generación de una costumbre internacional a este respecto”⁹⁹.

Todos estos instrumentos internacionales responden a un largo proceso de reconocimiento del valor esencial para la vida humana del agua, como natural reacción a los altos índices de enfermedades y mortalidad relacionadas con su acceso, así como a conflictos sociales y ambientales entre la ciudadanía, autoridad y privados generados por la privatización del aprovechamiento del agua como recurso común y de los servicios de saneamiento.

Un caso emblemático de lo anterior es el de “La guerra del agua”, ocurrido el año 2000 en Cochabamba Bolivia, donde se originaron serios

⁹⁸ ONU (2010). Op. Cit. P.3.

⁹⁹ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Op. Cit. P. 377.

enfrentamientos en oposición a las políticas privatizadoras del gobierno boliviano (derivadas de los programas de ajuste estructural del FMI y del BM), “totalmente ajenos a las necesidades y reclamos de la población”, que tuvieron consecuencias nefastas para el acceso al recurso por parte de los sectores más pobres del país, culminando el conflicto con una fuerte represión estatal y varios muertos.

Vinculando, en una primera instancia, el acceso al agua con el derecho humano a la vida, a la salud, a la alimentación y otros derechos conexos, dotándolo de un contenido específico mediante la Observación General N° 15 y su reconocimiento expreso como derecho humano en la Resolución 64/292, es de esperar que esto produzca efectos concretos en una aplicación efectiva del derecho reconocido en instrumentos internacionales por parte de los Estados que los suscriben.

A continuación, haré un análisis conceptual del derecho humano al agua y al saneamiento, definiendo su contenido y alcance, y señalando las obligaciones de los Estados y los principios y directrices que se deben seguir para asegurar su aplicación.

3.1.2. Concepto y contenido del Derecho Humano al agua

El derecho humano al agua y al saneamiento se clasifica dentro de los derechos económicos, sociales y culturales (de segunda generación), por ser un derecho cuyo reconocimiento, cumplimiento y protección es esencial para la eficacia de otros derechos humanos, como el derecho a un nivel de vida adecuado, a la salud y a la vida. La OG N° 15 sobre el derecho al agua hace una aproximación a éste desde la consideración del agua como un bien limitado y fundamental para la vida y la salud, definiéndolo como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”¹⁰⁰.

Aunque respecto del saneamiento, no existe una clara orientación acerca de su sentido y alcance en los instrumentos de derechos humanos existentes, sino que en general “hacen referencia a diversos conceptos para describir el tipo de instalaciones sanitarias a que deben tener acceso las personas, y no se explayan sobre las exigencias específicas que conllevan esos diversos conceptos”¹⁰¹. La OG N° 15 hace referencia a un saneamiento adecuado (Artículo 1°), como uno de los elementos que integran los usos del

¹⁰⁰ Artículo 2° OG 15.

¹⁰¹ ONU (2007). Op. Cit. P.13.

agua para cada persona (artículo 12 letra a.) y en general, como un servicio e instalaciones sanitarias asequibles y seguras, pero sin definirlo.

A pesar de lo anterior, podemos encontrar una definición de saneamiento en el Protocolo sobre Agua y Salud de la UNECE, descrito como la “recolección, el transporte, el tratamiento y la eliminación o reutilización de excrementos humanos o aguas domésticas residuales, ya sea por sistemas colectivos o mediante la instalación para un solo hogar o empresa”¹⁰², insistiendo en la necesidad de ajustarse a normas adecuadas que protejan de manera suficiente la salud humana y el medioambiente.

Es indiscutible la estrecha relación existente entre el derecho al agua y el derecho al saneamiento, siendo considerado como un solo derecho indivisible por la ONU¹⁰³. Pero también se debe reconocer que “desarrollos recientes apuntan hacia una futura evolución separada del derecho al agua, por un lado, y del derecho al saneamiento, por otro”, lo cual es relevante tomando en cuenta que “las consecuencias son más catastróficas por la falta de higiene, agua salubre y saneamiento, que por falta o escasez de agua”¹⁰⁴.

¹⁰² ONU. Protocolo sobre Agua y Salud. UNECE, Ginebra, 2009. Ver artículos 2.8 y 6 b).

¹⁰³ Ver Resolución 64/292.

¹⁰⁴ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Op. Cit. P. 378.

Un tratamiento separado de ambos derechos permite considerar con igual relevancia dos derechos con un contenido y objetivos distintos.

Hecha esta aclaración, me referiré al contenido normativo y obligaciones de los Estados relacionadas al derecho al agua y al saneamiento, emanadas principalmente de la OG N° 15. En el párrafo 2° se define el derecho humano al agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.

Se entiende que la cantidad de agua que da contenido al derecho o “agua potable salubre” es aquella “cantidad limitada de agua necesaria, junto con las necesidades para el saneamiento, para usos personales y domésticos lo que abarca agua para el consumo, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica”¹⁰⁵.

En virtud de esta definición, se observa el establecimiento de ciertas condiciones cuyo cumplimiento resulta indispensable para la satisfacción del derecho y que corresponden a su contenido (párrafo 12). Estas son:

¹⁰⁵ ONU (2007). Op. Cit. P.11.

a) Disponibilidad: Abastecimiento continuo y suficiente para los usos personales y domésticos; b) Calidad: Agua salubre libre de microorganismos o sustancias que puedan constituir una amenaza a la salud; c) Accesibilidad física: Instalaciones y servicios físicamente accesibles a todos los sectores; d) Accesibilidad económica: Costos y cargos de los servicios e instalaciones al alcance de todos; e) No discriminación: Acceso de hecho y de derecho a las instalaciones a todos sin discriminación; f) Acceso a la información: Derecho a solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

Mientras que respecto al alcance o áreas que comprende el derecho humano al agua, el CDESC señala¹⁰⁶: a) agua potable; b) usos higiénicos; c) saneamiento; d) limpieza y lavado; e) cocina y alimentos; f) necesidades medioambientales, aunque el CDESC no lo menciona expresamente, pero se desprende de lo expresado en el párrafo 8º de la OG N° 15, cuando se refiere a la higiene ambiental como aspecto del derecho a la salud que entraña la adopción de medidas no discriminatorias para evitar los riesgos para la salud que representa el agua insalubre y contaminada por sustancias tóxicas.

¹⁰⁶ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. (2012). Op. Cit. P. 379.

Respecto a las obligaciones de carácter general que se establecen en la OG N° 15, la no discriminación (párrafo 13) está tratada como un tema especial de amplia aplicación. A la luz de lo que dispone el artículo 2.2 del PIDESC, los Estados partes se obligan a garantizar el ejercicio del derecho al agua (y a todos los derechos enunciados en el PIDESC), prohibiendo toda discriminación (...) que pretenda o tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho al agua. Más aún, la OG N° 15 discrimina positivamente al establecer la obligación de proteger a miembros o grupos particularmente vulnerables, lo cual se justifica por el hecho de que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, como las mujeres, niños, grupos minoritarios, pueblos indígenas y otros. (Párrafo 16).

Una segunda obligación de carácter general para los Estados Partes, es la aplicación de medidas inmediatas que tiendan a avanzar progresivamente hacia la plena realización del derecho al agua, pero que sean deliberadas y concretas en esa dirección, utilizando el máximo de recursos disponibles. A la vez, impone la prohibición de adoptar deliberadamente medidas

regresivas, es decir, “medidas injustificadas que supongan un retroceso en los estándares de protección alcanzados respecto del derecho”¹⁰⁷.

Asimismo, se desarrolla un catálogo de obligaciones específicas para los Estados partes derivadas del reconocimiento del derecho al agua, consistentes en (Párrafo 20): a) Respetar el derecho humano al agua, debiendo el Estado abstenerse de obstaculizar arbitrariamente el acceso al agua, afectar sistemas tradicionales de abastecimiento y de contaminar o sobreexplotar fuentes; b) Protegerlo, impidiendo que otros sujetos limiten u obstaculicen el acceso al agua, contaminen o sobreexploten las fuentes; c) Cumplirlo, debiendo el Estado adoptar las medidas necesarias para facilitar, promover y hacer efectivo el derecho de todo individuo a acceder al agua.

Cabe destacar que el ejercicio del derecho humano al agua no significa garantizar su uso ilimitado, sino que sus elementos “deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1° del artículo 11 y el artículo 12 (PIDESC)”, según lo establecido en el párrafo 11 de la OG N° 15. Lo anterior, se relaciona plenamente con la naturaleza de tipo social y cultural del agua, que no debe tratarse únicamente como un bien

¹⁰⁷ GARCÍA, Aniza. (2011). Op. Cit. P.23.

económico. Además, se incorpora el concepto de uso sostenible del recurso hídrico, de manera que el derecho pueda ser ejercido no solo por las actuales generaciones sino también las futuras.

El Consejo de Derechos Humanos decidió en 2008 nombrar un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento¹⁰⁸, Catarina de Albuquerque, quien siguió en esa línea y “ha centrado su trabajo en el desarrollo de buenas prácticas que permita incorporar a la definición de derecho humano al agua y al saneamiento aquellas experiencias comunitarias de gestión equitativa y sostenible de los recursos hídricos”¹⁰⁹, destacando también la preocupación por la participación de los sectores privado y público en el desarrollo del derecho, la satisfacción prioritaria de las demandas de ciertos grupos vulnerables y la perspectiva de género.

En el estado actual de desarrollo internacional en la materia, es evidente que se han conseguido importantes avances, en el sentido de que se han incorporado principios de equidad social y sostenibilidad en el manejo de los recursos hídricos, partiendo de la base de que el agua es un recurso

¹⁰⁸ ONU. Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento. Resolución 7/22, Consejo de Derechos Humanos, 2008.

¹⁰⁹ GARCÍA, Aniza. Op. (2011). Cit. P.26.

finito cuyo acceso no puede desprenderse de los demás derechos humanos, poniendo énfasis en el derecho a la vida y a la salud. Por lo mismo, es fundamental que este derecho esté debidamente precisado en su contenido y alcance y sea plenamente reconocido en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, para permitir una eficaz aplicación y protección a nivel nacional.

Chile, como Estado parte del PIDESC, tiene la obligación de respetar, proteger y cumplir las obligaciones emanadas del derecho humano al agua, puesto que, como ya se vio, son vinculantes para los Estados suscritos al Pacto.

3.1.3 El Derecho Humano al agua en el Derecho nacional

Chile destaca dentro de la región por su orientación constitucional en materia de aguas hacia la privatización y con fuerte tendencia al libre mercado. Como se analizó en el capítulo primero, la CPR de 1980 sólo se refiere a las aguas en su artículo 19 N° 24 inciso final, el cual expresa que “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Sin embargo, a pesar de encontrarse esta disposición dentro del catálogo de garantías reconocidas por la CPR a todas las personas, no existe en ella un reconocimiento del acceso al agua como un derecho, sino de la propiedad que tienen los particulares sobre sus derechos de carácter privado reconocidos o constituidos sobre ella. Lo anterior es reafirmado por el CA de 1981, al disponer en su artículo 5° que “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones de este código”.

No obstante el ordenamiento jurídico chileno considera al agua como un bien nacional de uso público o bien público (Artículo 589 CC), excluyéndola de los bienes susceptibles de apropiación privada por pertenecer a la nación toda (Artículo 19 N° 23 CPR), esta consagración carece de eficacia práctica, ya que se enfrenta a la garantía del derecho de propiedad del artículo 19 N° 24, inciso final CPR, que tienen los particulares sobre sus DAA, garantizada incluso mediante el Recurso de Protección.

Como se analizó en el capítulo anterior, la plena propiedad sobre los DAA se manifiesta también en la falta de una exigencia legal de uso efectivo y beneficioso, pudiendo el titular ejercer su derecho como desee, ya sea

usando las aguas o no¹¹⁰, lo cual mira únicamente al interés privado en el uso de un bien público. Junto con que los DAA se otorgan por la DGA de forma gratuita con la sola solicitud y mientras existan derechos disponibles, se han generado, graves problemas de especulación y acaparamiento del recurso hídrico.

Tomando en cuenta que el otorgamiento de los DAA se hace de forma incondicionada, menos podría nuestro ordenamiento jurídico contemplar exigencias de usos prioritarios para el consumo humano personal y doméstico. En relación a este tipo de usos, sólo el artículo 27 del CA dispone que se podrán expropiar DAA para satisfacción de necesidades domésticas de la población al no existir otros medios para obtener agua, dejando al expropiado cantidad de agua suficiente para iguales fines.

No obstante, dicha facultad del ejecutivo ha sido escasamente utilizada, posiblemente por “la carga ideológica del vocablo expropiación”, tal como lo permitía en CA de 1967, o también por “el debate de por qué el Estado debe indemnizar a particulares de derechos de agua que originalmente

¹¹⁰ Sin perjuicio del pago de una patente por no uso, en virtud de la Reforma de la Ley N° 20.017 de 2005.

fueron adquiridos de manera gratuita”¹¹¹, ya que no se justifica la compensación por un perjuicio pecuniario que no existe.

En todo caso, aún en este contexto existen elementos constitucionales que permiten hacer frente a la preeminencia del derecho de propiedad, los cuales derivan precisamente de la naturaleza de bien público de las aguas. Según lo establecido en el artículo 19 N° 24, inciso 2° CPR, el derecho de propiedad conlleva también “limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, la que comprende “cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. En este sentido, las limitaciones, a diferencia de las expropiaciones, son elementos intrínsecos de la propiedad.

Pero la consagración constitucional de la función social del dominio es una herramienta débil en lo que se refiere a la seguridad en el acceso al agua para toda la población, cuando éste se enfrenta al derecho de propiedad privada. En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico no existe siquiera una aproximación al acceso al agua desde la perspectiva de los derechos

¹¹¹ TAPIA VALENCIA, Felipe. Tratamiento del Derecho Humano de Acceso al agua en el ordenamiento jurídico institucional chileno. En: Acta de las VII jornadas de Derecho Ambiental. Recursos Naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?, 1° Ed. Legal Publishing Chile, Santiago, Chile. 2014. P. 321.

humanos, ni menos al saneamiento. Sólo se observan algunas iniciativas de reforma constitucional en la materia, pero destacan dos que consideran explícitamente al agua como derecho:

El año 2011 se presentó una moción parlamentaria¹¹² que buscó incorporar el derecho humano al agua dentro de las garantías constitucionales, proponiendo eliminar el inciso final del artículo 19 N° 24 CPR y agregar los incisos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo al numeral 23 del artículo 19. Cabe destacar que esta moción consagra expresamente el derecho al agua, al disponer que es deber del Estado garantizarlo para consumo de la población, junto con un elemento fundamental del derecho al agua, que es el establecimiento de prioridades de uso.

Sin embargo establece (de forma similar al régimen minero), el dominio estatal absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las aguas, sin perjuicio del reconocimiento o concesión de su uso y aprovechamiento a particulares. Por lo tanto, no existe en este proyecto una voluntad real de modificar en su esencia el actual sistema de propietarización de las aguas y constitución de derechos de carácter privado sobre ellas, ya

¹¹² CÁMARA DE DIPUTADOS. Reforma Constitucional que establece el dominio de las aguas y garantiza el derecho al agua para consumo de la población. Boletín N° 7589-07, Valparaíso, Chile, 13 de abril, 2011.

que significaría trasladar el agua desde el dominio público o de todos al del Estado, lo cual continúa siendo propiedad privada.

El dominio estatal de las aguas no asegura su buena gestión e incluso se “cae en el mismo problema de propiedad que se genera con los privados, pero ahora con el riesgo que la autoridad pública sea la que cometa los abusos en la gestión del agua”¹¹³. Más allá de la discusión acerca de la propiedad del agua, lo relevante es cómo lograr que exista un acceso equitativo para todos como derecho fundamental.

Otro proyecto de reforma que toca el tema del acceso al agua como derecho humano fue la moción parlamentaria presentada el año 2014¹¹⁴, que al igual que el proyecto de reforma señalado anteriormente, deroga el inciso final del artículo 19 N° 24 CPR, pero lo incluye en un numeral distinto y específico. No deja de llamar la atención que se incluye a continuación del numeral 8°, relativo al derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación.

¹¹³ TAPIA VALENCIA, Felipe. (2014). Op. Cit. P. 323.

¹¹⁴ SENADO. Deroga inciso final del numeral 24°, de Art. 19 de la Carta Fundamental y asegura a todas las personas el derecho al agua y a su acceso en cantidad y calidad suficientes, para satisfacer las necesidades individuales y colectivas. Boletín N° 9.321-12, Valparaíso, Chile. 23 de abril, 2014.

De la misma manera que el proyecto de reforma de 2011, se ratifica el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las aguas y glaciares que tiene el Estado, pero reconoce que el acceso al agua no es únicamente un deber de garantizarlo por parte del Estado, sino un derecho fundamental en sí mismo. De esta manera, el artículo 19 dispondría que la Constitución asegura a todas las personas “Nº 9: El derecho al agua y su acceso en cantidad y calidad suficiente para satisfacer las necesidades básicas individuales y colectivas”.

Además, en el inciso 2º agregado se establece que “El Estado deberá proveer los servicios básicos necesarios para garantizar este derecho y el acceso al agua potable y el saneamiento”, lo cual es un gran avance en el establecimiento de instrumentos estatales que garanticen efectivamente el acceso al agua no sólo para su consumo, sino también en cuanto a los servicios básicos de saneamiento. Y por último, dispone que una ley establecerá los requisitos para garantizar las prioridades de uso, favoreciendo el consumo humano.

El proyecto de reforma al CA de 1981 que se encuentra actualmente en tramitación en el Congreso, recoge la idea de los usos prioritarios como expresión del derecho humano al agua y al saneamiento. La moción señala,

dentro de la justificación de las propuestas de modificación, el establecer una nueva categoría de derechos que considere el agua como derecho esencial, donde el modelo de asignación de DAA “debe permitir al Estado proteger y asegurar el agua para consumo humano y para los demás usos esenciales de desarrollo local, ambiental y territorial”¹¹⁵.

En síntesis, los recientes proyectos de reforma constitucional antes mencionados “apuntan a incluir el criterio de la prioridad en el consumo humano dentro de los diversos usos posibles del agua, todo lo cual se encuentra en clara coincidencia con los desarrollos internacionales y comparados del derecho al agua y al saneamiento”¹¹⁶, como se vio precedentemente.

Se reconoce explícitamente el acceso al agua desde una perspectiva de derechos, lo cual no se concibe sin incluir como elemento fundamental los usos prioritarios para el uso doméstico y consumo, puesto que éstos son precisamente los usos asociados a los derechos humanos más básicos, que son la salud y la vida.

¹¹⁵ CAMARA DE DIPUTADOS. Reforma el Código de Aguas. Boletín N° 7543-12, Valparaíso, Chile. 17 de marzo, 2011. P. 11.

¹¹⁶ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. (2012). Op. Cit. P. 375.

Sin embargo, considero que al no separarse completamente del derecho de propiedad, ya sea privada o estatal, nuestro sistema no se desprende de la concepción del agua como un bien económico. Las reformas constitucionales, a mi parecer, debieran consagrar expresamente la naturaleza pública del agua, cuyo acceso equitativo por parte de la población constituye un derecho humano por su considerable relevancia social y ambiental, acorde a las obligaciones internacionales vinculantes para Chile.

3.2 El uso sustentable del agua

Un segundo concepto que se analizará en este capítulo es la sustentabilidad, junto con su corolario, el desarrollo sustentable. Considero relevante que la sustentabilidad sea un principio orientador de nuestro modelo de gestión del agua, ya sea en la incorporación de elementos normativos y en la elaboración de políticas públicas relacionados al uso del agua, ya que en virtud de éste es posible equilibrar las necesidades de tipo económica, social y ambiental del agua y los efectos que su uso genera, para prevenir que la explotación indiscriminada de un bien tan esencial y escaso perjudique a las generaciones futuras.

Comenzaré por definir el concepto de sustentabilidad, precisar su contenido, alcance y tipos, para luego establecer su relación con el concepto de desarrollo sustentable. Continuaré analizando la manera en que nuestro ordenamiento jurídico ha recogido este principio, para finalizar con los aspectos de sustentabilidad, integrados por la Ley N° 20.017, que modificó el CA de 1981 en 2005.

3.2.1 El concepto de sustentabilidad y desarrollo sustentable

Sustentabilidad y desarrollo sustentable son conceptos que se han posicionado en la temática medioambiental a partir de los años 80`, que hoy son ampliamente utilizados por individuos y grupos relacionados al área y cada vez más por los gobiernos en la definición de sus políticas medioambientales. Sin embargo, no siempre se tiene una clara definición de ellos, utilizándose muchas veces con distintos significados e interpretaciones.

El Diccionario de la Real Academia Española contempla una definición para el término sostenible, siendo éste el adjetivo dicho de un proceso “que puede mantenerse por sí mismo, como lo hace, p.ej., un desarrollo económico sin ayuda exterior ni merma de los recursos naturales

existentes”¹¹⁷. El término sustentable, por su parte, es lo que tiene la característica de poderse “sustentar o defender con razones”¹¹⁸, de manera que, desde el punto de vista conceptual, existe una similitud entre los términos sostenible y sustentable en tanto adjetivos relacionados al mismo tipo de verbos, como mantener, sostener o continuar algo. A pesar de que se considera que el término sustentable es un anglicismo proveniente de la palabra “sustainable”, se ha aceptado el su uso indistinto con el de sostenible en lo relacionado a la temática ambiental.

Son variados los enfoques que puede tener el uso del concepto de sustentabilidad, ya sea desde las ciencias físicas, biológicas, de la ingeniería, de la economía, entre otras. Pero lo que interesa en este estudio son los usos que se hacen en el contexto de los recursos naturales y el medioambiente, específicamente del recurso hídrico. Desde este punto de vista, sustentar significa “mantener o prolongar el uso productivo de los recursos, y la

¹¹⁷ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE). [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=sostenible>> [Consulta: 15 de febrero de 2015]

¹¹⁸ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE). [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=sustentable>> [Consulta: 15 de febrero de 2015]

integridad de la base de recursos”¹¹⁹, lo que implica la existencia de ciertas limitaciones en su uso, dado su carácter finito.

Se pueden identificar tres conceptos de sustentabilidad en el ámbito de los recursos naturales. Primero, como un concepto que define los límites físicos de la explotación de un recurso natural, la sustentabilidad es “la utilización de no más del incremento anual de los recursos”¹²⁰, procurando mantener un “stock” físico determinado de éstos que permita seguir utilizándolos en el futuro. Aplicando esto al recurso hídrico, un uso sustentable debiera asegurar el mantenimiento de los caudales, utilizando criterios de carácter técnico y comprendiendo la hidrología.

El elemento físico de los recursos es básico en el concepto de sustentabilidad, pero su consideración desde la sola perspectiva individual corre el riesgo de ser demasiado simplista, ya que no toma en cuenta la interacción del recurso con el ambiente en que se encuentra. Por lo mismo, aparece un segundo enfoque del concepto de sustentabilidad que se aplica a un sistema de recursos más amplio, denominado ecosistema. Puede darse la

¹¹⁹ DIXON, John A., FALLON, Louise A. El concepto de sustentabilidad: sus orígenes, alcances y utilidad en la formulación de políticas. En: Desarrollo y medioambiente, hacia un enfoque integrador. Corporación de Investigaciones Económicas para América Latina, 1º Ed. Diciembre, 1991. P.50.

¹²⁰ *Ibíd.* P.51.

situación y, en la práctica se da, que el uso sustentable de un recurso considerado en forma individual no lo sea considerado globalmente.

Por ejemplo, tomemos el caso del uso no consuntivo de agua para la generación hidroeléctrica. En virtud de lo establecido en el artículo 14, inciso primero del CA, el derecho no consuntivo es aquel que permite “emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho”, no pudiendo en caso alguno perjudicar los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas.

Desde una perspectiva individual del recurso hídrico, este tipo de uso es sustentable, ya que se mantiene un stock físico de agua que permite su uso en el futuro sin afectar su disponibilidad ni calidad. Sin embargo, esta actividad supone la inundación de grandes extensiones de terrenos que deterioran los ecosistemas, constituyendo las mega represas “la principal amenaza física, al fragmentar y transformar ecosistemas acuáticos y terrestres con una amplia gama de efectos que varían en duración, escala y grado de reversibilidad”¹²¹, afectando directamente a otros recursos naturales relacionados con el agua, como el forestal y el pesquero, entre otros.

¹²¹ COMISION MUNDIAL DE REPRESAS. Represas y desarrollo. Un nuevo marco para la toma de decisiones. El reporte final de la Comisión Mundial de Represas. 2000. P.16.

Aplicado el concepto de sustentabilidad a un sistema de recursos más amplio, puede no ser sustentable una misma actividad que sí lo es para un recurso natural considerado de forma individual. Este tipo de actividades que deterioran algunos de los elementos del ecosistema, se justifican en la medida que los beneficios de la actividad específica son positivos, como por ejemplo, el uso del recurso hídrico para la generación de electricidad. Mientras dicha actividad mantenga el stock físico del recurso ésta será sustentable desde la primera perspectiva, pero no lo será desde la segunda al tener consecuencias perjudiciales sobre el suelo.

Por último, un tercer concepto de sustentabilidad es aquel “donde la meta no es el nivel sostenido de un stock físico o de la producción física de un ecosistema en el tiempo, sino el aumento sostenido del nivel de bienestar individual y social”¹²². Al incorporar el elemento socioeconómico a la sola consideración biológica y física del recurso, ya sea individual o de los ecosistemas, se origina el concepto de desarrollo sustentable.

Se ha definido el desarrollo sustentable como aquel que “satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de

¹²² DIXON, John A., FALLON, Louise A. (1991). Op. Cit. P.53.

las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades”, concepto acuñado por primera vez por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU, en su informe Nuestro Futuro Común (o Informe Brundtland) de 1987. Este instrumento se originó como consecuencia de la creciente preocupación, a partir de la década del 60¹²³, por la degradación ambiental generada por sistema de desarrollo post revolución industrial, basado en la explotación intensiva de los recursos naturales como sinónimo de progreso socioeconómico.

La crítica más frecuente que se hace a esta definición, es que es intrínsecamente contradictoria, ya que, si se interpreta el desarrollo como crecimiento económico ilimitado, éste destruye la base del concepto de sustentabilidad. Por esta razón el desarrollo debe tener límites, lo cual se justifica con la teoría de las tres sustentabilidades o tres dimensiones, que otorgan un equilibrio al concepto de desarrollo sustentable.

Esta teoría es sostenida por la Unión Europea (UE), la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la ONU, entre

¹²³ Una publicación emblemática del movimiento ambiental es la llamada “Primavera Silenciosa” (Carson, 1962). Dentro de los estudios de organismos internacionales en lo relativo a la preocupación por el cuidado del medioambiente, destaca el informe “Los límites del crecimiento” publicado en 1972, por el denominado Club de Roma.

otros. Esta última ha señalado que “es necesario incorporar aún más el desarrollo sostenible en todos los niveles, integrando sus aspectos económicos, sociales y ambientales y reconociendo los vínculos que existen entre ellos, con el fin de lograr el desarrollo sostenible en todas sus dimensiones”¹²⁴. Los aspectos económicos y sociales son aquellos que van asociados a la idea de desarrollo, mientras que la dimensión ecológica es aquella que usualmente se relaciona con el concepto de sustentabilidad.

Este último pilar, en la práctica, se traduce en la existencia de principios y normas medioambientales, como de instrumentos o recursos necesarios para exigir su cumplimiento. Dentro de los primeros encontramos, por ejemplo, el artículo 129 bis 1 CA, que obliga a la DGA de establecer un caudal ecológico mínimo al constituir nuevos DAA, o el principio precautorio en materia ambiental. Dentro de los segundos, encontramos las acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de responsabilidad aplicable, entre otros.

¹²⁴ ONU. El futuro que queremos. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, N° 3, Río de Janeiro, Brasil. 2012.

Desde la dimensión económica del desarrollo sustentable, éste significa desarrollo¹²⁵ económico. Para que el desarrollo sea sustentable, “una parte apropiada de los excedentes de las utilidades (rentas económicas) provenientes de actividades económicas actuales deberá reinvertirse en otras actividades productivas (en vez de ser “consumida”)”¹²⁶, como, por ejemplo, invertir en tecnología.

Desde este punto de vista, el modelo chileno en materia de aguas, basado en una ideología de mercado, es sustentable desde el punto de vista económico, ya que tiene por objeto la rentabilidad económica y favorecer la inversión. Es posible incluso disminuir el stock físico del recurso hídrico a futuro, pero su uso será sustentable en la medida que, por ejemplo, se invierta en tecnología que mantenga su disponibilidad, manteniendo el aspecto económico de la sustentabilidad, mediante la compensación entre stock y tecnología.

La dimensión social del desarrollo sustentable supone que los dos aspectos anteriores, la protección del medioambiente y el desarrollo económico, deben ir asociados a la participación ciudadana y la equidad

¹²⁵ Aunque algunos autores hacen la distinción entre desarrollo (cualitativo) y crecimiento (cuantitativo) económico, no lo haré aquí por considerarlo un detalle en este estudio general acerca de la sustentabilidad.

¹²⁶ DIXON, John A., FALLON, Louise A. (1991). Op. Cit. P.55.

social. Este pilar tiene un fundamento eminentemente ético, según el cual el desarrollo debe dirigirse, además del sólo crecimiento económico, a la idea de bienestar humano. Como se trata de un proceso colectivo, el Estado no puede estar ajeno a él, debiendo tomar parte activa en la elaboración de políticas e iniciativas legislativas orientadas a la satisfacción de necesidades según un interés general (bien público), ya sea de las generaciones presentes o futuras.

A pesar que el concepto de sustentabilidad y el desarrollo de acuerdo a esta idea que fueron definidos en el Informe Brundtland, su contenido triple (ecológico, económico y social) ha llevado a la toma de diversas posiciones por parte de la doctrina, organismos internacionales y hasta gobiernos nacionales, originando dos líneas interpretativas opuestas de la sustentabilidad, una Débil y una Fuerte.

La primera corriente postula que “el deber que tiene la generación presente de transmitir a la próxima un stock de capital total no menor al por ella recibido”¹²⁷, siendo este stock la suma de diferentes tipos de capital (construido por el ser humano, natural, conocimientos y habilidades). Por lo

¹²⁷ CANUT DE BON, Alejandro. Desarrollo sustentable y temas afines. Consejo Minero, 1° Ed., Santiago, Chile. 2007. P. 24.

tanto, se asume que los diferentes tipos de capital son intercambiables, de manera que se cumple con la sustentabilidad en la medida que el producto de la suma total sea el mismo.

Se observa que la sustentabilidad débil va aparejada con la dimensión económica de la sustentabilidad, analizada anteriormente, en cuanto ésta se cumple compensando distintos tipos de capital. Es posible que una actividad sea sustentable si, por ejemplo, la explotación del recurso hídrico disminuye los caudales, pero, por otro lado, se construye infraestructura que mejora la eficiencia en el uso del agua. Sin embargo, es evidente que no todos los recursos naturales son compensables, específicamente aquéllos que son indispensables para la subsistencia humana (entre ellos el agua), pero el problema está en determinar cuáles recursos y cuándo éstos son o no indispensables.

La sustentabilidad fuerte, por su parte, sostiene que no existe equivalencia entre distintos tipos de capital, específicamente entre el capital construido por el ser humano y el natural, por lo que este capital, “esencial para la humanidad, llamado capital crítico, no puede ser compensado con

otros capitales”¹²⁸. Al no ser compensables, debido a que no pueden considerarse equivalentes, por ser indispensables ciertos recursos naturales, el producto total de la suma de los diversos capitales no es un indicador de sustentabilidad.

Esta clasificación permite hacer una graduación del concepto de sustentabilidad, pero no distingue qué recursos naturales y en qué casos son indispensables para la subsistencia humana, lo cual siempre podrá discutirse. En el caso del agua, podrá o no existir un consenso respecto a que se trata de un recurso natural esencial para la vida humana y el mantenimiento de los ecosistemas, siendo para algunos un capital crítico en todo caso, y para otros sólo en un contexto de escasez o quizás nunca.

La posición que se tenga frente a esta distinción será determinante en la elaboración de normativas y políticas públicas respecto al uso de los recursos naturales. A continuación, identificaré los elementos de sustentabilidad que contempla nuestro ordenamiento jurídico en materia de aguas y las políticas nacionales de recursos hídricos o si, por el contrario, no existen criterios de sustentabilidad en ellos.

¹²⁸ CANUT DE BON, Alejandro (2007). Op. Cit. P. 25.

3.2.2 La sustentabilidad en la legislación de aguas en Chile

Como se analizó en los capítulos anteriores, desde fines de la década del 70` en Chile se instauró un modelo de desarrollo económico basado en un fuerte rol del mercado como asignador de los recursos, de apertura a los mercados internacionales y exportación de materias primas, lo cual requirió una fuerte reforma al sistema normativo e institucional relacionado a los recursos hídricos, dado el innegable papel estratégico en la economía que cumple el agua. Específicamente, a partir de la dictación del Decreto Ley N° 2.603 de 1979, se consagró la aplicación de los mecanismos de mercado al sector hídrico, privilegiando la dimensión económica de este recurso natural.

Cabe destacar que en la producción de los principales productos de exportación chilena el agua es un recurso fundamental (cobre, fruta, celulosa, productos agroindustriales y el salmón), como también lo es su utilización en el sector sanitario y el hidroeléctrico que, no siendo este último un producto de exportación, “es de alta relevancia por su fuerte relación con los recursos hídricos y por permitir la sustitución de importaciones de combustibles, recurso en el cual Chile es deficitario”¹²⁹.

¹²⁹ PEÑA, Humberto; LURASCHI, Marco; VALENZUELA, Soledad. Agua, desarrollo y políticas públicas: Estrategias para la inserción del agua en el desarrollo sostenible. GWPSAMTAC. 2004. P. 15.

A partir de la década del 90', "los gobiernos democráticos han mantenido en muchos sentidos las políticas implementadas por el régimen militar, y se han sumado a las reformas económicas diversas medidas en el ámbito social y ambiental, verificándose además una reorientación del rol del Estado"¹³⁰, de manera que las reformas en ningún caso tuvieron por objeto modificar estructuralmente dicho modelo, sino que se orientaron a equilibrar las dimensiones económicas, sociales y ambientales, desde lo más macro hasta diversas medidas a nivel sectorial.

Los hechos específicos que ejemplifican esta tendencia hacia el equilibrio del modelo de mercado de las aguas en Chile, son dos iniciativas de reforma en el año 1992, una parlamentaria de reforma constitucional¹³¹ y otra de reforma al Código de Aguas proveniente del Ejecutivo, culminando esta última con la aprobación de la Ley 20.017. Desde la normativa sectorial en lo relacionado al recurso hídrico, destacan la nueva legislación indígena (Ley N° 19.253 de 1993), en lo relativo al reconocimiento de los usos ancestrales por parte de los pueblos originarios, junto con la Ley N° 19.300

¹³⁰ PEÑA, Humberto; LURASCHI, Marco; VALENZUELA, Soledad. Op. Cit. P. 10.

¹³¹ CÁMARA DE DIPUTADOS. Moción que modifica el Artículo 19, N° 24 de la Constitución Política, en lo relativo al Régimen jurídico de Propiedad de las Aguas. Boletín 652-07. Valparaíso, Chile. 07 de abril, 1992.

de Bases Generales del Medioambiente de 1994, en lo relativo a su gestión ambiental.

Esta última es relevante, en cuanto constituye un instrumento de integración de normas ambientales que previamente se encontraban disgregadas. Además, en lo que se refiere a la sustentabilidad ambiental, contiene una definición expresa del concepto de desarrollo sustentable que, como ya se vio, es un concepto ambiguo que puede adquirir diversos sentidos o enfoques, dependiendo de quien lo utilice. Es así como el artículo 2º letra g) de la Ley N° 19.300, define desarrollo sustentable como “el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras”.

De esta definición se desprende y, como bien lo señala el mensaje del Ejecutivo¹³², que existe plena compatibilidad entre desarrollo económico y la equidad social y conservación ambiental, señalando específicamente el deber de conservar el agua en dicho desarrollo. Se pone el foco en incentivar el

¹³² AYLWIN, Patricio. Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente. Gobierno de Chile, Mensaje N° 387-324. Santiago. 14 de Septiembre, 1992.

crecimiento económico, pero condicionado a los elementos integrantes de equidad social y preservación y cuidado de los recursos naturales.

Siguiendo la misma línea, la Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012-2025 (ENRH), dentro de los cinco ejes que fijó para la elaboración de políticas y generación de reformas dirigidos al Ministerio de Obras Públicas y a la DGA, contempla la gestión eficiente y sustentable del recurso hídrico. La ENRH establece que esta gestión debe considerar la existencia de una demanda conformada por usos tradicionales y no tradicionales, establecer una política que incentive la gestión integrada de recursos hídricos y de las cuencas, la incorporación de todos los actores involucrados (usuarios y DGA), resolver el problema del sobre otorgamiento de derechos y sobreexplotación de los acuíferos, distinguiendo entre aguas superficiales y subterráneas y, por último, avanzar en la dictación de normas secundarias de calidad de las aguas¹³³.

Como se observa, la ENRH efectivamente recoge dentro de sus lineamientos el concepto de sustentabilidad, pero basa todo el análisis dentro del contexto de crecimiento económico. En ella se señala, como temática

¹³³ DIRECCION GENERAL DE AGUAS (2013). Op. Cit. Pp. 21-25.

principal, el desafío que se ha planeado el país de alcanzar el desarrollo, el cual requiere un crecimiento sostenido de la economía y, por ende, de los diversos sectores productivos del país, para lo cual es necesario crear las condiciones para un aprovechamiento sustentable del agua. En este escenario, la sustentabilidad es reducida solamente a su arista económica.

La ENRH no es más que el reflejo del modelo de mercado en la gestión de los recursos hídricos en Chile, considerados como un bien de mercado. Además, pasa por alto que toda política en la materia se encuentra condicionada a la estructura jurídica e institucional asociada al modelo, sobre todo al CA de 1981, por lo que difícilmente se podrán concretar las declaraciones de voluntad de la ENRH si no lo antecede un cambio a dicha estructura. Como se vio, el CA de 1981 proporciona los elementos necesarios para la creación de un mercado, el cual actúa como mecanismo asignador del recurso hídrico con un criterio económico, asignándolo a aquel agente económico que le dé un uso de mayor valor.

A partir de 1992, comenzó el proceso de reforma al CA de 1981 que culminó con la promulgación de la Ley N° 20.017. La exigencia de pago de una Patente por no uso y de acompañar una Memoria Explicativa a las solicitudes de nuevos DAA, tuvieron por objeto incentivar el uso efectivo de

las aguas y evitar los problemas de acaparamiento y especulación, mientras que el establecimiento de Caudales Ecológicos Mínimos es quizás la única modificación que intentó incorporar el aspecto ambiental a la legislación. A continuación, me referiré de manera crítica a estas tres modificaciones de fondo al CA de 1981 y su escaso aporte a la sustentabilidad del sistema hídrico.

3.2.2.1 La Patente por no uso

Como se analizó en el capítulo segundo, a propósito de la condición de uso efectivo y beneficioso de las aguas en el mercado, la PNU es aquella que se aplica anualmente a los derechos de aprovechamiento que no tienen obras para ser utilizados, como uno más de los instrumentos introducidos con la reforma con el objeto de corregir las anomalías del mercado, específicamente el acaparamiento y la especulación, derivados del otorgamiento gratuito, incondicionado y a perpetuidad de los DAA.

Sin embargo, la PNU ha tenido consecuencias desde la perspectiva de la sustentabilidad ambiental del recurso hídrico, donde es posible hacer un análisis en dos aspectos. Primero, se critica que la PNU, junto con la exigencia de obras que demuestren el uso de los DAA, encarece los usos que

no necesitan la construcción de éstas para cumplir los fines para los cuales fueron solicitados, como es el caso de los derechos solicitados con fines de conservación de un ecosistema¹³⁴.

Un ejemplo emblemático es el del Municipio de Pucón, quien es titular de DAA no consuntivos repartidos en distintos cauces de la cuenca del río Pucón, con el objeto de proteger la actividad turística mediante la protección de los caudales y no la especulación. La recomendación de la DGA en la época (año 1998, previo a la reforma), fue la de solicitar DAA no consuntivos para que terceros no pudieran adquirirlos, asegurando la protección de los caudales. Sin embargo, con la modificación al CA, y siendo el uso recreacional y ambiental considerado como no consuntivo y no productivo, éste “tiene una desventaja para operar al no necesitar obras: la carga de la PNU”¹³⁵.

Desde la perspectiva del modelo (económico), el pago de la PNU implica valorar el recurso, porque se paga por el valor paisajístico y ambiental de éste. Sin embargo, esta visión resulta demasiado reduccionista al tratarse

¹³⁴ VALENZUELA, Christian. Crítica a la Ley N° 20.017 que modifica el Código de Aguas de 1981: Aspectos en dirección contraria a la sustentabilidad. En: Acta de las VII jornadas de Derecho Ambiental. Recursos Naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?, 1° Ed, Legal Publishing Chile, Santiago, Chile. 2014. P. 336.

¹³⁵ VALENZUELA, Christian (2014). Op. Cit. P. 338.

de un bien como el agua, cuyo uso no puede restringirse al productivo-industrial, ni sostener que sólo se beneficia quien es titular de un DAA. El agua es un bien público cuyo uso ambiental no genera un beneficio económico directo, sino que favorece a todos, incluso a los competidores. Por lo mismo, resulta absurdo que quien realice este uso solvente por sí solo el gasto de una PNU, ya que se está protegiendo un servicio público¹³⁶.

Un segundo problema es que la incorporación PNU se plantea en un contexto ideal de disponibilidad de agua, en el que cada titular pueda ejercer sus derechos según el caudal inscrito y en donde cada cuenca tenga establecido un caudal ecológico mínimo acorde a sus necesidades ecológicas. Sin embargo, en la realidad “existen cuencas y acuíferos en donde los recursos hídricos han sido sobre otorgados, sin posibilidad de ejercer algunos derechos de aprovechamiento, y en donde además los caudales ecológicos son muy menores, o simplemente no existen”¹³⁷, de manera que la PNU opera en una situación en que no siempre es posible ejercer los DAA.

Un caso que ilustra muy bien este problema es el del río Copiapó. “El acuífero recarga naturalmente 4.500 litros por segundo, pero actualmente se

¹³⁶ *Ibíd.* P. 342.

¹³⁷ *Ibíd.* P. 345.

extraen más de 7.000, casi el doble. Lo más preocupante es que los derechos otorgados cuadruplican la recarga, lo que indica que si todos quienes poseen intentan ocupar el agua, el desabastecimiento sería total”¹³⁸. En este estado de cosas, la PNU profundiza aún más las crisis hídricas en cuencas donde los DAA han sido sobre otorgados, ya que fue elaborado precisamente para incentivar el uso.

Aunque en uno de los anteproyectos de la Ley N° 20.017 se estableció la exención específica para derechos “consuntivos permanentes constituidos en ríos o fuentes, que por decisión de la autoridad hayan sido declarados agotados”, en el proyecto final ésta fue retirada por considerarla redundante, en consideración a la primera exención para derechos permanentes que “por decisión de la organización de usuarios correspondiente, hubieran estado sujetos a turno o reparto proporcional”¹³⁹. Lo anterior resulta lógico en el modelo chileno de gestión de los recursos hídricos, en que la administración de las aguas corresponde a las Organizaciones de Usuarios (OUA),

¹³⁸ SKOKNIC, Francisca. “Se muere el río Copiapó (I): Consumo humano, agrícola y minero están en riesgo”. CIPERCHILE. 09 de julio, 2009. [en línea] <<http://ciperchile.cl/2009/07/09/se-muere-el-rio-copiapo-i-consumo-humano-agricola-y-minero-estan-en-riesgo/>> [consulta: 20 de febrero 2015].

¹³⁹ COMISIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DEL SENADO. Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas, recaído en el proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código de Aguas. Boletín N° 876-09, Valparaíso, Chile. 10 de marzo, 2014.

organismo de carácter privado conformado por particulares que son titulares de derechos de aguas, pero que ejerce funciones de carácter público.

Sin embargo, esto no ocurre en la generalidad de los casos, ya que “para que se aplique el turno prorrata, tiene que existir primero una OUA, situación que no ocurre para muchos cauces naturales y para la gran mayoría de los acuíferos”¹⁴⁰. Según la lógica del modelo, que pone énfasis en la gestión privada del agua y una escasa intervención pública, una solución sería el fortalecimiento y profesionalización de las OUA para que éstas resuelvan acerca de la aplicación de la PNU.

Una solución intermedia sería fortalecer el rol de la DGA en su función de supervigilancia de las OUA y en la dictación de pautas para su actuar, resolviendo acerca del prorrateo o turnos en los casos que éstas no existan. O bien, directamente volver a lo que el anteproyecto ya comentado establecía, eximiendo del pago de la PNU a los DAA situados en zonas donde rija un decreto de escasez del Ministerio de Obras Públicas. Esta última es la alternativa más adecuada desde la perspectiva de la sustentabilidad, incentivando más la conservación que la utilización del agua en contextos de

¹⁴⁰ VALENZUELA, Christian (2014). Op. Cit. P. 348.

escasez y reconociendo el rol determinante de la administración (DGA) en la gestión del agua.

3.2.2.2 La Memoria explicativa

Junto a la PNU, para evitar el acaparamiento y la especulación e incentivar el uso eficiente del recurso, sobretodo en el caso de los derechos no consuntivos, la Ley N 20.017 modifica el CA de 1981 agregando una limitación a la constitución del DAA, consistente en el requisito de acompañar una memoria explicativa a la solicitud para adquirirlo. Aquélla deberá acompañarse en el caso que se solicite, en una o más presentaciones, un volumen de agua superior a 50 l/s consuntivos desde la Región Metropolitana al norte; 50 l/s consuntivos desde la Región de O` Higgins al sur; 100 l/s no consuntivos desde la Región Metropolitana al norte; y 500 l/s no consuntivos desde la Región de O` Higgins al sur.

En ella el solicitante deberá señalar la cantidad de agua que necesita extraer, según el uso que le dará. Además, para estos efectos la DGA dispondrá de formularios contenedores de los antecedentes necesarios para

el cumplimiento de esta obligación, teniendo la memoria el valor de declaración jurada sobre la veracidad de los antecedentes aportados¹⁴¹.

La reforma significó un fortalecimiento de las atribuciones de la autoridad, al otorgar facultades excepcionales al Director de la DGA para limitar el caudal de una solicitud de DAA, mediante una resolución fundada, si manifiestamente no hubiera equivalencia entre la cantidad de agua que se necesita extraer, atendidos los fines invocados por el peticionario en la declaración jurada y los caudales señalados en una tabla de equivalencias entre caudales y usos. Se estableció incluso la denegación parcial de una petición de derecho de aprovechamiento, mediante decreto fundado del Presidente de la República, previo informe de la DGA, en los casos que sea necesario reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtenerlo, o por circunstancias excepcionales de interés nacional, tratándose de derechos no consuntivos¹⁴².

Todo lo anterior resulta consistente desde la perspectiva del concepto de sustentabilidad triple, integrando elementos de índole ambiental a la legislación de 1981 y, además, fortaleciendo el rol de la autoridad en la

¹⁴¹ Artículo 140 N° 6 del Código de Aguas reformado.

¹⁴² Artículo 147 bis inciso 3° del Código de Aguas reformado.

gestión del agua y el control del mercado puro. También lo es tomando en cuenta la finalidad de limitar peticiones especulativas y promover aquellas de uso efectivo. Sin embargo, “el procedimiento de memoria explicativa se aplica sólo a las solicitudes, en circunstancias que los derechos de aprovechamiento son objetos transables en el mercado, donde cada nuevo propietario puede darles el uso que quiera y no tiene que presentar memoria explicativa alguna para aquello”¹⁴³.

Al establecer el requisito de la memoria explicativa para las nuevas peticiones de DAA y no hacerlo aplicable a las transacciones, se desconoce la esencia del modelo de mercado de aguas, que es la libre transferibilidad de los derechos. Por un lado, no aplica a los derechos existentes, cuyo uso puede variar según lo estime su titular y, por otro, cualquiera puede justificar el uso en una solicitud, pero nada impide que pueda venderlo a otro que le dé un uso completamente distinto, incluso para fines especulativos.

Junto con lo anterior, el nuevo artículo 149, inciso final, establece que el acto administrativo de constitución del DAA “no quedará en modo alguno condicionado a un determinado uso y su titular o los sucesores en el dominio

¹⁴³ VALENZUELA, Christian (2014). Op. Cit. P. 352.

a cualquier título podrán destinarlo a los fines que estimen pertinentes”, reafirmando que la memoria explicativa no tiene relación con los usos que se le den a los derechos posteriormente.

Por lo tanto, la Memoria explicativa no logra ser un aporte a la sustentabilidad mientras no opere “como requisito de un acto transmisor o traslativo de propiedad, tanto para los nuevos como para los antiguos derechos de aguas”, quedando reducido a un simple trámite burocrático. Una perspectiva sustentable en el manejo de las aguas y que establezca limitaciones a la propiedad en cumplimiento de su función social, debiera exigir el condicionamiento a un uso efectivo y beneficioso de todo tipo de derechos.

3.2.2.3 Los Caudales ecológicos mínimos

Previo al 2005, mediante cláusulas integradas en las resoluciones de constitución de derechos de aprovechamiento dictadas por la DGA, ésta fijaba habitualmente caudales mínimos o ecológicos de manera individual, de manera que sólo podían ejercerse los derechos otorgados si en el punto de

captación autorizado escurría la cantidad de agua, expresada en metros cúbicos por segundo, fijados en el acto concesional¹⁴⁴.

En el derecho vigente a la época anterior a la reforma al CA no existía una consagración expresa de los caudales ecológicos, pero sí existían disposiciones legales que permitían sostener la existencia de un límite al aprovechamiento de las aguas de un río, exigiendo que “quede alguna corriente, un caudal mínimo, que signifique mantener su condición de río: esto es, ser agua corriente, continua: *aqua profluens*”¹⁴⁵. Lo anterior se desprende del artículo 3º CA cuando se refiera a las “aguas que afluyen” y “que son parte de una misma corriente”.

Además, la exigencia de mantener un caudal mínimo en los ríos se fundamentaba en las consideraciones ambientales contenidas en los artículos 41 y 42 de la Ley Nº 19.300, referidas a asegurar la capacidad de regeneración y diversidad biológica en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y a la mantención de caudales de aguas, mantención del valor paisajístico y protección de especies vulnerables. Cabe destacar que al considerar el valor paisajístico, al mismo tiempo se reconocen los usos

¹⁴⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro. Estatuto jurídico de la fijación de caudales mínimos o ecológicos. Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. I, Nº 1. 1999. P. 127.

¹⁴⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro (1999). Op. Cit. P. 128.

públicos no tradicionales del agua, como los recreacionales y escénicos, acorde con una valorización social colectiva del medio ambiente.

En cuanto al caudal ecológico mínimo, la reforma al CA incorporó el artículo 129 bis 1, el cual dispone:

“Al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas velará por la preservación de la naturaleza y la protección 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 las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial”.

Según lo que disponía el proyecto original que modificaba el CA en 1992¹⁴⁶, la determinación del caudal ecológico mínimo que debía mantenerse en cada cauce sería determinado por la DGA. Se trataba de una determinación amplia basada en criterios técnicos objetivos que serían fijados en instrumentos complementarios. Sin embargo, el permanente temor a la eventual arbitrariedad que podía ejercer la DGA, dio como resultado que el

¹⁴⁶ AYLWIN, Patricio. Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que inicia un Proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas. Mensaje N° 283-32. Gobierno de Chile, Santiago. 2 de diciembre, 1992. En: Historia de la Ley N° 20.017, modifica el Código de Aguas. Biblioteca del Congreso Nacional.

proyecto final aprobado contemplara una determinación en base a la estadística, no pudiendo ser el caudal ecológico mínimo superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial.

El texto legal aprobado establece además que, en casos calificados, el Presidente de la República, mediante decreto fundado y previo informe favorable del Ministerio del Medio Ambiente, podrá fijar un caudal ecológico mínimo diferente, ampliando el límite estadístico establecido en la ley. Sin embargo, es un aspecto que no se ha puesto en práctica, principalmente por la reciente implementación de la nueva institucionalidad ambiental y por lo difícil que es acceder al Presidente de la República, junto con la intervención de tres instituciones distintas que deben coordinarse para resolver caso, mientras que el proyecto original establecía facultades amplias para la DGA¹⁴⁷.

Un tercer punto discutido en cuanto a los caudales ecológicos mínimos, es que esta modificación se restringe únicamente a las aguas superficiales, sin tomar en cuenta las interacciones entre éstas y las subterráneas, infiltrándose y recuperándose recíprocamente. Al no reconocerse lo anterior

¹⁴⁷ VALENZUELA, Christian (2014). Op. Cit. P. 354.

en nuestra legislación y al tratarlos como dos sistemas distintos, no es de extrañar que este instrumento no siempre cumpla su objetivo.

Un cuarto punto de interés de la reforma, respecto a los Caudales ecológicos mínimos y, quizás el más criticado, es que éstos sólo afectarán a los nuevos derechos que se constituyan, junto con que la facultad presidencial para ampliarlos no puede afectar derechos existentes. El proyecto original no hacía mención a la afectación de derechos existentes, sino que solamente señalaba el deber de la autoridad de respetar la permanencia de un Caudal ecológico mínimo en toda fuente natural.

La fijación de Caudales ecológicos mínimos en la constitución de nuevos DAA resulta deficiente en un contexto hídrico como el chileno. Primero, porque no considera los derechos existentes que se adquieren mediante el mecanismo base del mercado que son las transacciones, por lo que existe una gran cantidad de ellos que se ejerce sin limitación de caudales. Y segundo, “los ecosistemas más frágiles desde el punto de vista hídrico son precisamente los ubicados en las zonas norte y centro de Chile, donde en la

mayoría de las fuentes los derechos de agua están completamente otorgados e inclusive sobre otorgados”¹⁴⁸.

En definitiva, la Memoria explicativa y los Caudales ecológicos mínimos son modificaciones cuyos objetivos fueron introducir mejoras a la legislación de aguas, ya sea respecto del uso con la primera, y respecto de la protección del medioambiente con la segunda. Sin embargo, ambas tienen actualmente un escaso aporte a la sustentabilidad en el modelo de gestión de las aguas.

La Memoria explicativa derivó en un trámite burocrático para la adquisición originaria de los DAA, puesto que se exige únicamente que la cantidad de agua que el solicitante necesita sea acorde al uso que él dará, pero estos derechos que no quedan condicionados, mediante caducidad, al uso beneficioso de las aguas objeto del derecho, y ni aún a su uso efectivo. La exigencia de uso efectivo y beneficioso sujeto a caducidad resulta lógico en la utilización de bienes públicos, por parte de los particulares, considerando que su otorgamiento es consecuencia de un acto público.

¹⁴⁸ *Ibíd.* P. 355.

El Caudal ecológico mínimo resulta discriminatorio, considerando las diversas realidades hídricas del país, restringiendo su exigencia a los cauces donde aún hay disponibilidad de agua. En la práctica, queda excluidos de este cuidado ambiental los caudales donde la situación es más crítica, como en la zona centro-norte de Chile, puesto que se exige un caudal mínimo correspondiente a un promedio anual de la respectiva fuente, en circunstancias que no siempre existe dicho caudal.

La PNU es un cambio importante que, junto con la Memoria explicativa, tuvo por objeto prevenir los problemas de acaparamiento de DAA, principalmente no consuntivos, y de especulación. Sin embargo, es en cierta forma un retroceso para la sustentabilidad del sistema hídrico por dos motivos: primero, porque se plantea como un instrumento económico para resolver los problemas de acaparamiento y especulación de derechos en un contexto ideal de disponibilidad hídrica, en circunstancias que debió prever los efectos perjudiciales que provoca desde el punto de vista ambiental, al ejercer mayor presión sobre los recursos hídricos en un contexto de escasez. Y segundo, porque pasa por alto una característica esencial del agua que es su multiplicidad de usos, operando como una carga sobre los titulares que

ejercen sus DAA no consuntivos sin utilizar efectivamente el agua, como por ejemplo, los usos no tradicionales escénicos o recreacionales.

CONCLUSIONES

El concepto de dominio público ha evolucionado constantemente durante la historia para esclarecer la naturaleza del vínculo entre el Estado y los bienes comprendidos en él, hasta llegar a las teorías contemporáneas, donde la base de todo lo relacionado al Derecho Público es la Constitución. Debe reconocerse la razón que, en parte, tienen los argumentos de las teorías de la soberanía, patrimonialistas y funcionalistas, considerando que hay bienes que se relacionan de mejor manera con una u otra, pero considero que la más acertada, por ser comprensiva de la característica esencial de los bienes públicos, es la de la Prestación Asistencial Objetivada.

Esta última es la más armónica con los conceptos e instituciones de Derecho Público, donde el único titular de los bienes públicos es la Administración Pública, excluyendo la propiedad privada particular por la especialidad de la relación demanial. El dominio público restringe el derecho de propiedad privada y protege la afectación de ciertos bienes a la función pública, siendo ésta el deber prestacional del Estado-Administración frente a los particulares, en virtud de su quehacer constitucional, que es que es estar al servicio de la persona humana y promover el bien común.

Esta concepción permite extender el núcleo dogmático del Derecho de Aguas a otros derechos fundamentales relacionados al derecho al agua, como el derecho a la vida y la salud, así como a la protección y conservación de los recursos naturales, en virtud del deber constitucional de promover el bien común.

La legislación chilena de aguas cumple, por lo menos en teoría, las exigencias que impone el dominio público, en tanto el CC y CA reconocen explícitamente la naturaleza jurídica de bien nacional de uso público de las aguas. Por lo tanto, es posible afirmar que en Chile no existe la propiedad privada particular sobre ellas, porque no es posible adquirir el dominio particular de los bienes públicos.

Sin embargo, el dominio público de las aguas se debilita por dos razones: primero, su reconocimiento en el artículo 19 N° 23 CPR es sólo residual, excepcional e implícito; segundo, la garantía de propiedad sobre los DAA establecida en el artículo 19 N° 24, inciso final CPR. Aunque el dominio público de las aguas y el derecho de propiedad tienen su origen en la CPR, existe una predominancia excesiva de este último, pudiendo su titular ejercer todas las facultades que implica el dominio respecto de sus derechos

y garantizar su ejercicio mediante el Recurso de Protección, lo que en la práctica es en una verdadera propiedad sobre las aguas.

Las normas anteriores constituyen la base del modelo creado a partir del CA de 1981, el cual tiene un componente ideológico importante que responde a la política económica neoliberal instaurada con la dictadura militar. Los objetivos fueron incentivar la eficiencia en el uso y la inversión, para lo cual se fortaleció la propiedad privada de los DAA, su libre transferibilidad y disminuyó la intervención del Estado, lo que permitió, aunque no se señale expresamente, la configuración de un mercado de aguas.

A partir de los antecedentes históricos del CA de 1981, se puede concluir que este modelo es único en la historia de Chile, a pesar de que el agua no ha dejado de ser un bien nacional de uso público y que el concepto de DAA existía incluso en el CA estatista de 1967. Pero en éste, el DAA era un derecho real administrativo que sí protegía la naturaleza jurídica de bien público de las aguas, ya que sólo podían adquirirse mediante un acto de la autoridad pública competente y donde ésta poseía importantes potestades para restringir la propiedad privada particular.

También es un sistema único en el mundo, incluso entre los mercados de aguas, salvo un proyecto de ley de aguas peruano, ya que no hay otro en

que los derechos de aguas se entreguen incondicionados. En un mercado maduro, como el de Estados Unidos, el derecho se identifica con el uso efectivo y beneficioso del bien público, que es el condicionamiento más esencial de los derechos de uso de las aguas. De lo contrario, se admite la especulación y los monopolios mediante el acaparamiento y el no uso de los derechos, contrariando el interés público.

Es ostensible que en nuestra legislación no existen normas generales que exijan un uso racional y beneficioso del agua, ni la caducidad de los derechos por incumplir esta obligación, lo que ha permitido que la obtención de DAA se convierta en un negocio especulativo más que en una necesidad, lo que sumado a la consideración del agua en el CA y por los gobiernos (ENRH) únicamente como un bien económico orientado a la producción de bienes y servicios, ha generado impactos perjudiciales de inequidad en el acceso y la depredación del recurso.

Es innegable que el agua posee un valor económico, dada su escasez y aptitud para satisfacer necesidades humanas y ecológicas esenciales. Pero muy distinto es que su valor se traduzca en un precio de mercado y que la asignación a su mejor uso se determine por criterios de rentabilidad económica. El valor económico puede ser un indicador para la asignación a

su uso óptimo en un sentido económico, pero no en el caso de los bienes ambientales, cuyo valor económico es mucho más reducido, al no ser reconocidos en el mercado como generadores de bienestar social. Como bien público, el mejor uso del agua es el que satisface un interés general, considerándola en su dimensión social y ambiental.

Se reconoce que el interés general estuvo presente en la Ley N° 20.017, al tratar de incorporar estos elementos a la legislación. Por un lado, corrigiendo el mercado, lo que en parte fue logrado mediante la exigencia de la PNU. Sin embargo, ésta se enfoca en la no utilización del agua y no en su uso beneficioso, induciendo en muchos casos a usarla innecesariamente con tal de eludir la PNU, como también desconoce el valor de los usos no productivos y no evita que los usuarios con mayor poder económico guarden sus DAA por miedo a perderlos. Por otro lado, se quiso incorporar el elemento ambiental con los Caudales ecológicos mínimos respecto de nuevos DAA, pero al excluir la zona centro-norte donde no hay disponibilidad para otorgar nuevos derechos, su campo de aplicación se reduce tanto que resulta discriminatorio.

En atención a todo lo señalado anteriormente, considero que nuestro sistema requiere un cambio regulatorio estructural que no se limite a corregir

las fallas del mercado de aguas y que garantice efectivamente el interés general protegido por el dominio público, lo cual debe basarse, a mi juicio, tres puntos principales:

Primero, al estar el agua comprendida dentro del dominio público, que es el vínculo de ciertos bienes con el Estado-Administración en virtud de sus obligaciones constitucionales de estar al servicio de la persona humana y promover el bien común, el acceso a ella por parte de todos debe concebirse desde una perspectiva de derechos humanos, ya que es un bien imprescindible para el resguardo de bienes jurídicos superiores, como la vida y la dignidad humana (esta última emana de la calidad de vida que proporciona un medio ambiente libre de contaminación).

El Estado de Chile, como Estado Parte del PIDESC, entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados al agua, tiene el deber de respetar, proteger y satisfacer el derecho humano al agua en condiciones suficientes, salubres, aceptables, accesibles y asequibles para todos, incluyéndolo dentro del catálogo de garantías fundamentales del artículo 19 CPR y el establecimiento de usos prioritarios para uso humano personal y doméstico.

Segundo, un cambio normativo y la adopción de políticas públicas en materia ambiental, orientadas a una explotación sustentable de los recursos naturales. Desde la concepción triple de la sustentabilidad, se deben integrar los aspectos económicos, sociales y ambientales para que el desarrollo del país (no el sólo crecimiento económico) sea sustentable. Específicamente en materia de aguas, la sustentabilidad se logra mediante el condicionamiento del uso y la propiedad con el fin de promover el bien común, esto es, un aumento sostenido del bienestar individual y social, junto con la protección y conservación de los acuíferos.

Para cerrar, mi postura es que el agua, como bien público, debe pertenecer a “todos” y no es susceptible de dominio privado, ya sea particular o del Estado, tal como lo establece nuestra legislación. Tampoco me parece que la propiedad sobre los DAA atente contra la función pública de los bienes públicos, mientras que en virtud de su función social pueda limitarse e incluso expropiarse, siendo esto último el máximo grado de limitación, porque responde a un interés supremo (recordar el estatus del DAA en el CA de 1967). Además, aunque se acepte la propiedad sobre los DAA, esto no implica la mercantilización del agua, porque los bienes públicos deben quedar excluidos del tráfico jurídico privado.

Por tratarse de una limitación al contenido esencial del derecho de propiedad, esto debe establecerse claramente en la CPR, así como el reconocimiento constitucional de la naturaleza jurídica de bien público de las aguas. Para algunos es suficiente la limitación a la propiedad del artículo 19 N° 23 CPR, pero creo que nuestro ordenamiento jurídico debe demostrar una real voluntad del modelo de desarrollo que queremos como sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- **Libros:**

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El derecho humano al agua y al saneamiento. En: Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden constitucional chileno. Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2012.

ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio. Tratado de los derechos reales. Bienes. 6º Ed., Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2005.

ÁLVAREZ UNDURRAGA, Gabriel. Curso de Investigación jurídica. 2º Ed., Legal Publishing, Santiago, Chile. 2009

BIFANI, Pablo. Desarrollo y medio ambiente. Monografías de la Dirección General de Medio Ambiente, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid. [s.a].

CANUT DE BON, Alejandro. Desarrollo sustentable y temas afines. Consejo Minero, 1º Ed., Santiago, Chile. 2007.

CHILE SUSTENTABLE. Conflictos por el Agua en Chile. Entre los Derechos Humanos y las Reglas del Mercado. LOM Ediciones, 2010.

DIXON, John A., FALLON, Louise A. El concepto de sustentabilidad: sus orígenes, alcances y utilidad en la formulación de políticas. En: Desarrollo y medioambiente, hacia un enfoque integrador. Corporación de Investigaciones Económicas para América Latina, 1º Ed. Diciembre, 1991.

GARCÍA, Aniza. Guía sobre el derecho humano al agua. Instituto Complutense de Estudios Jurídicos Críticos. IEPALA, 2011.

LEE, Terence R. y JOURNALEV, Andrei S. Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua. Serie Medio Ambiente y Desarrollo, N°

6, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, Santiago, Chile. 1998.

MONTT OYARZÚN, Santiago. El Dominio Público, Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización. ConoSur Lexis Nexis Chile, Santiago, Chile. 2002.

RIQUELME SALAZAR, Carolina. La regulación de los recursos hídricos como bienes nacionales de uso público. Eventuales efectos de su incorporación a la Constitución Política de la República. En: Acta de las VII jornadas de Derecho Ambiental. Recursos Naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?, 1º Ed., Legal Publishing Chile, Santiago, Chile. 2014.

TAPIA VALENCIA, Felipe. Tratamiento del Derecho Humano de Acceso al agua en el ordenamiento jurídico institucional chileno. En: Acta de las VII jornadas de Derecho Ambiental. Recursos Naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?, 1º Ed., Legal Publishing Chile, Santiago, Chile. 2014.

VALENZUELA, Christian. Crítica a la Ley N° 20.017 que modifica el Código de Aguas de 1981: Aspectos en dirección contraria a la sustentabilidad. En: Acta de las VII jornadas de Derecho Ambiental. Recursos Naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?, 1º Ed. Santiago, Legal Publishing Chile. 2014.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Derecho de Aguas. Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Santiago, Chile. 1998.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Crisis institucional del agua. Descripción del modelo, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales. Legal Publishing. 1º Ed. Santiago, Chile. Abril, 2014.

- **Documentales:**

AYLWIN, Patricio. Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente. Mensaje N° 387-324, Gobierno de Chile, Santiago. 14 de Septiembre, 1992.

AYLWIN, Patricio. Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas. Mensaje N° 283-325, Gobierno de Chile, Santiago. 2 de diciembre, 1992.

BANCO MUNDIAL. Chile, Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. Departamento de Medioambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe. 2011.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.017, modifica el Código de Aguas. Biblioteca del Congreso Nacional. 2005.

CÁMARA DE DIPUTADOS. Moción que modifica el Artículo 19, N° 24 de la Constitución Política, en lo relativo al Régimen jurídico de Propiedad de las Aguas. Boletín 652-07. Valparaíso, Chile. 07 de abril, 1992.

CÁMARA DE DIPUTADOS. Reforma el Código de Aguas. Boletín N° 7543-12, Valparaíso, Chile. 17 de marzo, 2011.

CÁMARA DE DIPUTADOS. Reforma Constitucional que establece el dominio de las aguas y garantiza el derecho al agua para consumo de la población. Boletín N° 7589-07, Valparaíso, Chile. 13 de abril, 2011.

CHILE. Ministerio de Justicia. Fija los textos definitivos del Código de Aguas. Ley N° 9.909, Santiago. D.O. 28 de mayo, 1951.

CHILE. Ministerio de Agricultura. Reforma Agraria. Ley N° 16.640, Santiago. D.O. 28 de julio de 1967.

CHILE. Ministerio de Agricultura. Modifica y complementa el Acta Constitucional N° 3 establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del régimen general de las aguas. Decreto Ley N° 2.603, Santiago. D.O. 23 de abril de 1979.

CHILE. Código de Aguas. Ministerio de Justicia, Santiago. D.O. 29 de octubre, 1981.

CHILE. Ministerio Secretaría General de la República. Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Ley N° 19.300, Santiago. D.O. 9 de marzo, 1994.

CHILE. Código Civil. Decimosexta edición oficial, Editorial Jurídica de Chile. Ministerio de Justicia, Santiago. D.O. 20 de octubre, 2004.

CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Modifica el Código de Aguas. Ley N° 20.017, Santiago. D.O. 16 de junio, 2005.

CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago. D.O. 22 de septiembre, 2005.

COMISIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DEL SENADO. Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas, recaído en el proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código de Aguas. Boletín N° 876-09, Valparaíso, Chile. 10 de marzo, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Villagrán Morales y otros (caso de los "Niños de la Calle"), sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Ser. C) N° 63, párr. 144.

DOUROJEANNI, A. y JOURAVLEV. El Código de aguas en Chile: entre la ideología y la realidad. CEPAL, serie Recursos naturales e infraestructura, N° 3, Santiago, Chile. 1999.

SENADO. Deroga inciso final del numeral 24°, de Art. 19 de la Carta Fundamental y asegura a todas las personas el derecho al agua y a su acceso en cantidad y calidad suficientes, para satisfacer las necesidades individuales y colectivas. Boletín N° 9321-12, Valparaíso, Chile. 23 de abril, 2014.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI), Asamblea General, 1966.

ONU. Declaración del milenio. Resolución 55/2, Asamblea General, N° 19, 2000.

ONU. Observación General N° 15". Resolución E/C.12/2002/11, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra, 2002.

ONU. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionados con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos. Resolución A/HRC/6/3, Asamblea General, 2007.

ONU. Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento. Resolución 7/22, Consejo de Derechos Humanos, 2008.

ONU. Protocolo sobre Agua y Salud. UNECE, Ginebra, 2009.

ONU. El derecho humano al agua y al saneamiento. Resolución 64/292, Asamblea General. Nueva York, 2010.

ONU, ACNUDH, ONU-HABITAT & OMS. El derecho al agua, folleto informativo N° 35. 2011.

ONU. El futuro que queremos. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río de Janeiro, Brasil. 2012.

ONU. El futuro que queremos. Los alimentos. Hoja de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río de Janeiro, Brasil. 2012.

PEÑA, Humberto; LURASCHI, Marco; VALENZUELA, Soledad. Agua, desarrollo y políticas públicas: Estrategias para la inserción del agua en el desarrollo sostenible. GWPSAMTAC. 2004.

UNIVERSIDAD DE CHILE. Estudio Gestión Integrada de los Recursos Hídricos en Chile. Facultad de Ciencias Agronómicas Departamento de Ciencias Ambientales y Recursos Naturales Renovables. 2009.

UNIVERSIDAD DE CHILE. Sistema de Servicios de Información y Bibliotecas (SISIB). Tesis de la Universidad de Chile. Pauta para su preparación y presentación, Santiago, Chile. 2010.

VALENZUELA, Christian. La patente por la no-utilización de las aguas en Chile: origen, diseño y primeras experiencias en su implementación. Comisión Económica para América Latina, División de Recursos Naturales e Infraestructura. 2009.

- **Hemerográficas:**

COMISIÓN CONSTITUYENTE. Actas de la Comisión Constituyente en materia de aguas. En: Revista de Derecho de Minas y Aguas, Universidad de Atacama, Instituto de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I. 1990. Pp. 227-259.

BAUER, Carl J. Los Derechos de agua y el mercado: Efectos e implicancias del Código de aguas chileno de 1981. En: Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV. 1993. Pp. 17-63.

DONOSO HARRIS, Guillermo. El mercado de derechos de aprovechamiento como mecanismo asignador del recurso hídrico. En: Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI. 1995. Pp. 9-18.

DONOSO HARRIS, Guillermo. Análisis del funcionamiento del Mercado de los derechos de aprovechamiento de agua e identificación de sus problemas. En: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. I, N° 2. 1999. P. 259-314.

DOUROJEANNI, A. y SOLANES, M. Mercado de derechos de agua: Entorno legal. En: Revista de Derecho de Aguas, Vol. V, 1994. Pp. 11-26.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Dominio Público: Un ensayo de reconstrucción de su teoría general. En: Revista de administración pública, N° 100-102. Enero/Diciembre, 1983. Pp. 2379-2422.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Contribución a la historia del Derecho de Aguas, I: Fuentes y principios del Derecho de Aguas chileno y contemporáneo (1818-1981). En: Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I. 1990. P. 111-145.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Estatuto jurídico de la fijación de caudales mínimos o ecológicos. En: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. I, N° 1. Enero-junio, 1999a. Pp. 127-134.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público. Ius Publicum, N° 3, Santiago, Chile. 1999b. Pp. 73-83.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Las Aguas como Bien Público (no estatal) y lo privado en el Derecho chileno: Evolución legislativa y su proyecto de reforma. En: Revista de Derecho Administrativo Económico, N°1. 2002. Pp. 63-79.

- **Virtuales:**

CORPORACIÓN DE LA REFORMA AGRARIA (CORA). Reforma agraria chilena: 1965-1970. Biblioteca Nacional de Chile. P. 22. [en línea]

<<http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0023354.pdf>>
[Consulta: 18 de noviembre de 2014].

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE). 22º Ed. 2012. [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=economia>> [Consulta: 17 de diciembre de 2014].

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE). [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=sostenible>> [Consulta: 15 de febrero de 2015]

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE). [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=sustentable>> [Consulta: 15 de febrero de 2015]

DICCIONARIO JURÍDICO [en línea] <<http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=1754>>
[Consulta: 17 de enero de 2015].

LA ROCA CERVIGÓN, Francesc. Usos del agua y servicios de los ecosistemas acuáticos. Guía Nueva Cultura del Agua. [en línea] <<http://www.fnca.eu/guia-nueva-cultura-del-agua/la-economia-del-agua/usos-del-agua-y-servicios-de-los-ecosistemas-acuaticos>> [Consulta: 17 de diciembre de 2014].

SALAZAR, C. Situación de los Recursos Hídricos en Chile. Centro del Tercer Mundo para el Manejo del Agua. 2003. P. 13. [en línea] <http://sad.dga.cl/ipac20/ipac.jsp?session=1XO99U3622875.503925&profile=cirh&uri=link=3100006~!3808~!3100001~!3100002&aspect=subtab13&menu=search&ri=1&source=~!biblioteca&term=Situaci%C3%B3n+de+los+recursos+h%C3%ADdricos+en+Chile+%2F&index=ALITTLE>>
[Consulta: 20 de diciembre de 2014].

SKOKNIC, Francisca. “Se muere el río Copiapó (I): Consumo humano, agrícola y minero están en riesgo”. [en línea] CIPERCHILE. 09 de julio, 2009. [en línea] <<http://ciperchile.cl/2009/07/09/se-muere-el-rio-copiapo-i-consumo-humano-agricola-y-minero-estan-en-riesgo/>> [consulta: 20 de febrero 2015].

VERGARA BLANCO, Alejandro. Expuesto En: I SEMINARIO INTERNACIONAL: “Las colecciones jurídicas de la Corte Suprema: Derecho ambiental, Derecho de aguas, migrantes y Derecho indígena”. 17 de noviembre de 2014. Santiago, Corte Suprema, Dirección de Estudios de la Corte Suprema. [en línea] < <http://portaltv.poderjudicial.cl/>> [Consulta: 17 de noviembre de 2014].

YÁÑEZ, Nancy. Taller Mesa Hidroelectricidad: Normativa y Legislación. Santiago. 23 de octubre, 2014. [en línea] <<http://www.energia2050.cl/uploads/material/4eaa516db73219030232809fdbfbfb76703e0ac6.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2014].