

EL RÉGIMEN DE LAS AGUAS: UN DESAFÍO POLÍTICO Y CONSTITUCIONAL

Álvaro Vergara

aivergara@miuandes.cl

Universidad de Los Andes, Chile

El deterioro ambiental y la sobreexplotación de nuestros recursos naturales trasladaron diversas preocupaciones ambientales y ecológicas a la discusión política. Entre ellas destaca la crisis hídrica, la que ha generado un severo cuestionamiento a la regulación e institucionalidad respectiva. Debido al carácter transferible de los derechos de aprovechamiento, se creó un mercado en el que, en los hechos, resulta posible comerciar un bien intransferible, inalienable e imprescriptible. No obstante el problema es mucho más amplio y tiene diferentes aristas: una jurídica-fáctica, de infraestructura, y de inversión y descubrimiento de nuevas fuentes.

Palabras claves: *agua, derecho de aprovechamiento, Dirección General de Aguas, mercado, Constitución.*

WATER REGIME: A POLITICAL CHALLENGE

Environmental deterioration and the overexploitation of our natural resources have brought various environmental and ecological concerns into the political discussion. Among them is the water crisis, which has generated a severe questioning of the respective regulation and institutionality. Due to the transferable nature of the rights of use, a market was created in which, in fact, it is possible to trade an untradeable, inalienable and imprescriptible Good. However, the water problem is much broader and has different aspects: a legal-factual dimension, infrastructure problems, and deficiencies in investment and Discovery of new sources.

Keywords: *water, water rights, General Directorate of Water, market, Constitution.*

Introducción: sequía y conflicto

A nadie sorprendió que la preocupación ecológica se erigiera como uno de los principales temas a consagrar en la nueva Constitución. Ya en el año 2018, por ejemplo, la Encuesta Nacional del Medio Ambiente mostraba que un 48% de los chilenos entre 18 y 30 años votaban solo por candidatos que situaban el cuidado de la naturaleza como prioridad (Ministerio del Medio Ambiente, 2018). Fue dentro de esas inquietudes que la cuestión del agua adquirió gran relevancia. Tratándose de un recurso esencial, hay animales, cultivos y hogares que siguen sin acceso a ella hasta la fecha, especialmente en sectores rurales.

Bajo ese marco, los cuestionamientos a la regulación y a la institucionalidad que velaba sobre ella fueron incrementándose cada vez más, especialmente cuando son comunidades enteras las que llevan años padeciendo los estragos de la llamada “megasequía”¹. El caso más emblemático es el de la zona Petorca-La Ligua, abastecida de modo intermitente por camiones aljibe desde el año 2011 (con todas las limitaciones cotidianas que eso conlleva para la población). Pero el problema no es aislado: solo para ilustrar el panorama, el 53% de las comunas en Chile yacen bajo decretos de emergencia hídrica. Reorganizar, proteger, distribuir y lograr un uso eficiente para recuperar niveles de masa acuífera debe convertirse en una de las prioridades políticas a nivel nacional.

En este contexto, las líneas que siguen buscan realizar un breve diagnóstico de tres instituciones fundamentales vinculadas al uso del agua, a saber: los derechos de aprovechamiento, el mercado de aguas y la Dirección General de Aguas. Luego, se expondrá una propuesta constitucional sobre la materia para terminar con algunas reflexiones. Si bien el Código de Aguas fue reformado durante este 2022, las críticas expuestas a la institucionalidad del agua continúan vigentes por motivos que se explicarán a continuación.

1. Derechos de aprovechamiento de aguas

El derecho de aprovechamiento de aguas es una de las principales figuras jurídicas en la regulación del recurso. El artículo 5° del Código respectivo lo definía como 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”. En ese sentido, el profesor Alejandro Vergara Blanco ha dicho que este remite a una “potencia jurídica, de una posibilidad jurídica, de un ámbito jurídico, de un poder jurídico entregado a un particular”. En diferentes periodos de la historia ha sido a través derechos de similar naturaleza que se ha otorgado la autorización para utilizar

¹ Podría definirse sequía como una condición meteorológica durante un periodo prolongado de tiempo que da lugar a “un déficit en las precipitaciones o a un aumento de la evotranspiración”. (Lozano, 2021).

el agua como se crea conveniente, en este caso al menos, teniendo en consideración las atribuciones que otorga su título (Vergara Blanco, 1998).

Ahora bien, fue desde la misma entrada en vigencia de Código de Aguas (1981) que se comenzó a criticar la privatización del recurso (Bauer 2005). El motivo es que, si bien el Código nuevo no creó la figura de los derechos de aprovechamiento “privados”, sí modificó su definición y atribuciones. El Código de 1951 en su artículo 12, por ejemplo, contemplaba la facultad de disposición² expresamente al tratar esta figura, asimilándolo así al derecho de propiedad. Pero esto sería modificado por la Reforma Agraria y el Código de 1967-1969, que terminaron por declarar el derecho de aprovechamiento como un derecho real administrativo, eliminando la facultad de disposición privada. El Código de 1981 vino a corregir tales modificaciones, manteniendo, de manera curiosa, la eliminación de la facultad de disposición, no siendo reestablecida de modo expreso³.

Los cuestionamientos a esta versión del derecho de aprovechamiento, no obstante, se iniciaron con leve intensidad: primero vinieron de académicos y expertos en la materia, sin ser un tema especialmente sensible para la ciudadanía; en aquellos tiempos existía superávit hídrico y, si comparábamos a nivel internacional, el agua era barata y de buena calidad (La Tercera, 2019). Pero todo cambió cuando ella comenzó a escasear, y factores como el cambio climático, la creciente demanda, el aumento en los conflictos y las fallas regulatorias llevaron el asunto a un punto crítico (Costa, 2016). Se elevó así una demanda popular, concentrada en los derechos de aprovechamiento como chivo expiatorio. Se creía haber encontrado una anomalía en ellos, pues si bien las aguas son bienes de dominio público, el derecho de aprovechamiento que se constituía sobre ellas tenía las mismas garantías que la propiedad⁴. Se denunciaba, entonces, una antinomia.

Esta crítica, si bien se transmitió muchas veces en la opinión pública en términos algo simplistas, no carecía de fundamentos. En concreto, resultó ser plausible la consigna según la cual en Chile el recurso era privado, y en esta sección se explicarán algunas razones para verlo así. La reforma al Código de 2022, pese a sus más de 11 años de tramitación, vino a hacerse cargo de este problema, cambiando su naturaleza a la de una concesión (confirmando así este diagnóstico)⁵.

² Con facultad de disposición hago referencia a la posibilidad de llevar a efecto actos que agotan la cosa misma o el derecho de propiedad sobre ella.

³ Sobre la evolución histórica de la regulación específica sobre las aguas véase Ugarte (2003).

⁴ Debe recordarse que si bien las aguas son bienes del dominio público (“bienes nacionales de uso público”, en la terminología legislativa chilena), aquel crea a favor de los particulares un ‘derecho de aprovechamiento’ sobre las aguas, derecho este que tiene las mismas garantías constitucionales de la propiedad” (Vergara Blanco, 2017, pág. 85).

⁵ Véase Boletín 7543-12.

En efecto, a pesar de que la configuración jurídica del derecho de aprovechamiento supuestamente evitaba que los particulares se apropiaran directamente del agua, la realidad cotidiana indicaba lo contrario. Si bien lo detentado era un derecho de propiedad sobre otro derecho (llamado derecho real de uso y goce en cosa ajena), esa figura implicaba una cierta “propiedad encubierta” bajo la cual se logra disponer del agua misma⁶. Esta posesión sobre las aguas genera un uso privativo, lo que se traduce en la reserva exclusiva de una porción del dominio público para un usuario individualmente considerado. Es importante recordar que una de las particularidades de la propiedad es que otorga el máximo poder aplicable sobre una cosa: consumirla. De ahí que resulte extraño que un derecho real de uso y goce sobre cosa ajena (como se supone lo es el derecho de aprovechamiento) habilite para consumir en su totalidad el bien sobre el cual recae, sin restituirlo luego (como ocurre con los derechos reales sobre cosa ajena en las cosas fungibles).

El mecanismo creado resultaba efectivo, entonces, ya que si un derecho otorga la facultad de consumir la cosa sin la obligación de restituirlo luego, lo usual es que se detente la propiedad. Eso sucedía en este caso pese a que la ley no lo dispusiera expresamente. En este caso particular, las características del derecho de propiedad no alcanzaban a “desmembrarse” hasta un punto que lograra desconfigurarla.

Sin embargo, esta crítica también puede adoptar formas maximalistas a las que no es necesario adherir. Es importante aclarar que no es verdadera la premisa de que la propiedad sobre el agua era absoluta. Esta, de hecho, siempre fue objeto de limitaciones, pues el derecho de aprovechamiento se restringe en situaciones de extrema sequía o de baja densidad de los cauces (Vergara Blanco, 1999). Cabe aclararlo, porque pese a la crítica expuesta en este trabajo, la situación no es tan radical como la plantean Constanza Salgado y Fernando Atria en su libro *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de las aguas en Chile* (Salgado y Atria, 2015). En dicho texto se malinterpreta un pasaje del profesor Vergara Blanco, en cuanto a que “los derechos de aprovechamiento permiten a los particulares usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas a su entera libertad”. Dan a entender así equívocamente que la propiedad respecto al agua no tendría límites, al menos en lo que se refiere a ese apartado (Camila Boettiger, 2017).

La reciente reforma al Código de Aguas (2022), sin embargo, vendría a arreglar las inconsistencias jurídicas descritas, dándole al nuevo derecho de aprovechamiento una naturaleza de concesión en vez de la de derecho real (que es lo que generalmente ocurre sobre los recursos naturales). Pero eso no es lo único: también pone límites temporales en un máximo de 30 años para el uso y goce de las aguas, estableciéndolos así como derechos “temporales”. Estos cambios, luego de una tramitación de más

⁶ El disponer una cosa en derecho civil significa la posibilidad de llevar a efecto actos que agotan la cosa misma o el derecho de propiedad sobre ella. Esta puede ser disposición material o jurídica. La esencia de la propiedad está en la facultad de disposición.

de una década, logran por fin desmembrar las facultades del dominio sobre las aguas, reafirmando su carácter de bien de uso público, pues la perpetuidad de los derechos de aprovechamiento antiguos también conformaba una característica de la propiedad encubierta que se denunciaba sobre ellos. Sin embargo, los derechos de aprovechamiento seguirán vigentes mientras estén inscritos en el registro respectivo y sean utilizados, por lo que el tránsito hacia las concesiones será lento (ya casi no existen aguas disponibles para otorgar como nuevos derechos).

2. Mercado de Aguas

La configuración de las transacciones de los derechos de aprovechamiento en el mercado chileno era tanto o más criticada que la figura de los derechos de aprovechamiento. En primer lugar, eran estos derechos los que habilitaban para transar un bien intransferible, inalienable e imprescriptible en el mercado (Alegría et al, 2002). Esta acción era realizada de forma indirecta, ya que mientras en el papel se transaban derechos de uso y goce, lo que en realidad se terminaba comprando y vendiendo era el uso y consumo del agua misma; es decir, la posibilidad de acabar con los litros adquiridos. Aunque suene tautológico, tales distinciones son relevantes en el plano jurídico: de ellas se derivan los sujetos, los efectos y, sobre todo, los límites del derecho sobre el recurso.

Asimismo y en segundo lugar, el mercado de aguas era una institución anómala si se tiene en cuenta que la obtención de los derechos de aguas es generalmente gratuita —al igual que su tenencia, mantenimiento y uso (Alegría et al, 2002)—. En cuanto el agua era revendida en el mercado, asomaba una contradicción, ya que, si el agua era comercializada y no utilizada para uso propio, se generaban ganancias no justificadas a partir de la extracción de una parte de un bien nacional de uso público. Era el típico caso de la “tragedia de los comunes”; o sea, la extracción de recursos naturales que pertenecen a todos para ganancias privadas a corto plazo, y con el costo del detrimento del bien a largo plazo para la comunidad.

Es cierto que, en términos generales, el mecanismo de precios generado por el mercado detenta un rol social crucial debido a su finalidad informativa y de coordinación (Hayek, 1945). No obstante, es necesario tener en cuenta que la información y el precio generado es verídico solo en mercados aceptablemente competitivos, y el de los derechos de aprovechamiento aguas no cumplía con tales estándares⁷. En la realidad este es un mercado cerrado, limitado, con importantes barreras de entrada y con difícil acceso a una información escasa y extremadamente variable. En rigor, hasta ahora ni siquiera existe una plataforma oficial (pública o privada) que detente toda la información de las transacciones, sino solo páginas webs en que se publican ofertas de compra y venta. Un ejemplo es la página aguacircular.

⁷ En Chile, por ejemplo, a diferencia de otros países latinoamericanos como Colombia, no existen grandes estudios empíricos sobre el funcionamiento de este mercado.

cl, en cuya descripción se afirma que busca servir como “solución” a las críticas según las cuales “el mercado de aguas es desconocido” o “poco transparente”. Se estima que casi todos los derechos de aprovechamiento de las aguas superficiales del norte y centro fueron constituidos hace más de un siglo (cuando las condiciones hídricas eran totalmente diferentes). Es decir, fácticamente los nuevos particulares solo pueden entrar a este mercado a través de la compra a precios elevados de derechos constituidos gratuitamente en tiempos pasados, y hoy más caros aún debido a la sequía (Banco Mundial, 2021).

3. Dirección General de Aguas

Otro punto fundamental a tener en cuenta respecto de la estructura regulatoria del agua es su institucionalidad orgánica, que se conforma por una articulación público-privada. Actualmente, se reconoce que en la gestión del recurso hídrico participan, directa o indirectamente, al menos 43 organismos. Dentro de esta estructura, es posible distinguir entidades de gobierno, autónomas y de usuarios (Banco Mundial, 2021), siendo la Dirección General de Aguas (DGA) el organismo más representativo e importante.

La DGA, entonces, es la encargada de constituir los derechos de aguas, vigilar el recurso, autorizar las construcciones de obras, supervigilar a las organizaciones de usuarios y su planificación, pero “sus facultades son más bien limitadas” (Vergara Blanco, 1998, pág. 164). En efecto, la institución se ha visto cuestionada sobre todo por su falta de atribuciones, su carácter “reglado” y su carencia de capacidad deliberativa propia que le permita obrar de forma idónea en base al mérito y a la información particular del caso (Aranda, 2013). Con todo, es menester decir que en el último tiempo se ha intentado avanzar en dirección a atribuciones más robustas. Un buen ejemplo son las reformas al Código de Aguas de 2018 y 2022, mediante las cuales cada vez se otorgan más facultades fiscalizadoras y sancionatorias a la institución⁸.

No obstante, la crítica de fondo es que los roles de administración de la DGA están, en lo principal, circunscritos a la asignación inicial del recurso y a la mantención de un sistema de información sobre el mismo, es decir, de llevar el catastro público de aguas⁹. Ahí hay falencias importantes: hace más de una década (2011) el Banco Mundial advertía que “en cuanto a los aspectos físicos de las aguas, hay deficiencias en la información respecto a su cantidad y calidad”¹⁰. Si bien la DGA lleva la

⁸ Lo cual ha sido bastante positivo, solo durante el año 2020 se abrieron 1.449 expedientes y procedimientos sancionatorios de fiscalización. “Oscar Cristi Marfil, director de la DGA. Hacia una nueva administración del agua. Revista en concreto, 8 de noviembre de 2021.

⁹ Ezio Costa. “Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile”, 340.

¹⁰ De hecho, su mismo director Oscar Cristi Marfil, explica que uno de los principales desafíos de la DGA son “contar con mejor información y con una planificación detallada a nivel de cuenca”. (En concreto, 2021).

información sobre calidad de las aguas, no posee las mismas atribuciones respecto de otras cualidades importantes para el consumo del bien —tales como sus niveles de contaminación—, lo que debiera modificarse a futuro. De ahí que el mismo Banco Mundial, a través de sus diferentes informes sobre el tema, aconseja un “fortalecimiento” en las capacidades de la DGA con el objetivo de que esta “pueda llevar a cabo sus funciones en manera adecuada. En ese sentido, tanto la insuficiencia de recursos como de autonomía, inciden en la débil presencia institucional estatal a nivel local” (Banco Mundial 2011).

Fortalecer las atribuciones de la principal institución reguladora del agua, por tanto, y potenciar su carácter técnico, parece un buen camino por el cual avanzar desde el punto de vista del diseño constitucional. En resumen, la gran crítica es que el actual sistema de gestión de aguas carece de una visión integradora, ya que separa las responsabilidades de la asignación de los derechos de aprovechamiento de la gestión del recurso hídrico. Como explica Camila Boettinger, se necesita “un enfoque más integral del manejo y protección de los recursos hídricos, y no sólo revisar los derechos de aprovechamiento” (Boettiger 2019, pág. 55).

No obstante, nada de esto será eficaz si no se siguen incentivando y fortaleciendo a las organizaciones de usuarios voluntarios, quienes conforman entes colectivos que se encargan de la gestión local del agua, integrados exclusivamente por titulares de derechos de aprovechamiento (Rivera et al, 2021). Estas organizaciones de la sociedad civil son conformadas por las personas que están en terreno, es decir, constituyen la principal fuente de información y fiscalización de los cauces, hecha posible por la recopilación de un conocimiento disperso y, hasta ahora, imposible de recopilar mediante la tecnología. Son estos sujetos los que conocen de primera fuente las circunstancias particulares de tiempo y lugar, y por tanto, los más adecuados para resolver los propios problemas de la cuenca, si es que poseen de primera mano los cambios pertinentes y los recursos disponibles para satisfacerlos. En términos generales, la única solución para paliar la crisis ambiental y la sobreexplotación de nuestros recursos naturales es una verdadera colaboración entre sociedad civil y el Estado.

4. ¿El agua en una nueva Constitución?

Pese al diagnóstico jurídico-fáctico, y mientras funciona la Convención Constitucional, es importante decir que el problema del agua no se solucionará con su mera consagración explícita en un catálogo de derechos. Si bien este es un problema en parte jurídico, también es igual o más importante un desafío en materia de infraestructura, gestión, inversión y de descubrimiento y creación de nuevas fuentes (como plantas desaladoras). Para esto es crucial reconocer que el actual sistema tiene como base tres dimensiones. Más que potenciar una sobre las otras, es importante el equilibrio entre ellas para lograr una gestión adecuada del agua: la sociedad, el mercado y la administración del Estado (Vergara Blanco

2017, pág. 32). En ese sentido, una buena estructura constitucional, pese a que no arreglará la dimensión material, sí será importante para que, conforme al principio de supremacía de la Constitución, la legislación y la institucionalidad puedan irse acoplando a tales directrices con el paso de los años (además pareciera ser que el derecho constitucional está avanzando hacia proteger los recursos naturales expresamente).

Por lo anterior, se propone incluir en una nueva Carta los siguientes puntos:

1. Consagración expresa del derecho humano al agua y saneamiento bajo los estándares de disponibilidad, calidad y accesibilidad, además de la priorización del consumo humano por sobre los otros usos. Para materializarlo en la práctica puede ser conveniente aplicar la propuesta de Rosalind Dixon y Sergio Verdugo (2021), consagrando un modelo de derechos sociales “débil-fuerte”, en el que las garantías consistan: a) en mandatos al legislador; b) en un marco temporal específico para la adopción de la legislación relevante; c) en principios constitucionales que dirijan el alcance de las reformas a las políticas sociales y económicas y; d) en la posibilidad de revisión judicial de fallas legislativas en la implementación de mandatos constitucionales.
2. Consagración constitucional del agua como bien de uso público.
3. Creación de un nuevo organismo de carácter autónomo y técnico que detente la supervigilancia, fiscalización, concesión del agua similar a la IWA israelí (Dardati 2021).
4. Establecer el carácter concesionable de los derechos de aprovechamiento.

Referencias

- Alegría, M., Valdés, F y Lillo, A. (2002). “El Mercado de Aguas: análisis teórico y empírico”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, núm. 1, pp. 169-185.
- Aranda, P. (2013). “Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile y su marco regulatorio”. *Revista de Derecho. Escuela de Posgrado*, núm. 4, pp. 105-122.
- Banco Mundial (2021). *El Agua en Chile. Elemento de desarrollo y resiliencia*.
- Bauer, C. (2005). “In the image of the market: the Chilean model of water resources management”. *Int. J. Water*, Vol 3, núm 2, pp. 146-165.
- Boettiger, C. (2017). *Limitaciones cuantitativas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas*. Tesis (Doctor en Derecho), Repositorio Pontificia Universidad Católica de Chile. <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/21940>
- Boettiger, C. (2019). “Caracterización del derecho de aprovechamiento de aguas y propuestas de reforma”. *Actualidad jurídica* núm. 40.
- Costa, E. (2016). “Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile”. *Revista Chilena de Derecho*, 43, núm. 1, pp. 335-354.
- Dardati, E. (2021). “La gestión hídrica en Australia e Israel: dos modelos, un solo fin”. *Puntos de Referencia*, núm. 587.
- Dixon, R. y Verdugo, S. (2021). “Los derechos sociales y la reforma constitucional en Chile: hacia una implementación híbrida, legislativa y judicial”. *Estudios Públicos*, núm. 162, pp. 31-73.
- En concreto (2021). “Oscar Cristi Marfil, director de la DGA. Hacia una nueva administración del agua”. <https://www.revistaenconcreto.cl/entrevista-cchc/oscar-cristi-marfil-director-de-la-dga-hacia-una-nueva-administracion-del-agua/>
- Hayek, F. “The Use of Knowledge in Society”. *The American Economic Review*, vol. 35, núm. 4, pp. 519-530.
- La Tercera (2019). “¿Es cara el agua en Chile? Informe de la Siss comparó las tarifas locales con el mundo”.
- Lozano, J. (2021). “Cambio climático: los desafíos de Chile”. *Especial Revista Universitaria UC*, núm. 156.
- Ministerio del Medio Ambiente. (2018). Encuesta Nacional del Medio Ambiente. Disponible en: <https://mma.gob.cl/encuestas-nacionales-del-medio-ambiente/>
- Rivera, D. y otros. (2021). *Aguas y nueva Constitución. Perspectivas y propuestas*. Foro Constitucional UC y Centro UC Derecho y Gestión de Aguas.

- Salgado, C. y Atria, F. (2015). *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*. Thomson Reuters, Santiago.
- Ugarte, P. (2003). “Derecho de Aprovechamiento de Aguas: Análisis Histórico, Extensión y Alcance en la Legislación Vigente”. *Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Memoria para optar al grado, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales*.
- Vergara Blanco, A. (1998). “Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas. En especial, de su regularización y catastro. *Estudios Públicos* 69, pp. 155-205.
- Vergara Blanco, A. (1999) “El derecho de la sequía: La redistribución de aguas”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Vol. 1, núm. 2, pp. 361-370.
- Vergara Blanco, A. (2017). Naturaleza jurídica de las aguas. En *Derecho de Aguas: Identidad y Transformaciones*. Ediciones UC, Santiago.