

DERECHOS DE APROVECHAMIENTO EN EL MARCO DE LA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HIDRICOS

PATRICIO ARIAS HARDOY

Abogado

SUMARIO: A. *Análisis crítico de los derechos de aprovechamiento de aguas en el marco de la legislación actual.* B. *Proposiciones de la Dirección General de Aguas.* C. *Sugerencias para adecuar el marco legal al uso del recurso.*

A. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL

La Dirección General de Aguas ha llamado a los actores en la materia a pronunciarse sobre principios, objetivos y tareas que debe incluir una política de aguas en nuestro país.

Oportuno y necesario esfuerzo, pues hemos podido apreciar que existe un alto grado de incertidumbre y falta de consenso en el tratamiento del recurso de modo que se utilice en forma armónica, integral y sustentable.

Así, no parece haber acuerdos en una materia atravesada por intereses regionales, sectoriales, ecológicos, sociales, económicos y hasta políticos.

No es operable una normativa única en un país con las variables geográficas que presenta y con demandas múltiples de sectores agrícolas, industriales, mineros, sanitarios y ecológicos.

Tampoco podemos rehuir la realidad ostensible que en esta área del derecho pesan factores ideológicos, que llevan a posiciones disímiles ante los más urgentes y relevantes problemas que se presentan en la práctica.

En esta oportunidad haremos un análisis crítico de los derechos de aprovechamiento de aguas en el marco de la legislación actual y de las proposiciones de la Dirección General de Aguas,

y formularemos algunas sugerencias que estimamos necesarias para adecuar el marco legal a los requerimientos que en la práctica se presentan con mayor frecuencia e importancia.

El sistema jurídico imperante consagra las siguientes concepciones:

1. Reforzamiento de las titularidades privadas como método para el aprovechamiento y distribución del recurso, con amplia protección legal y constitucional.

Ello, a pesar de mantenerse el principio de que las aguas se consideran bienes nacionales de uso público, que contrasta con las facultades y atribuciones de los titulares de derechos de aprovechamiento para usar, gozar y disponer jurídica y prácticamente de las aguas a su entera libertad.

Lo cierto es que el carácter de bien nacional de uso público es una formulación de principios más que una norma de alguna aplicación. Con todo, ha servido de base para la formulación de políticas públicas, tales como la que se analiza, para restringir, o intentar hacerlo, los nuevos derechos con alguna forma de regulación por motivos ecológicos, ambientales, sanitarios o de protección de acuíferos.

2. El derecho de aprovechamiento es independiente de cualquier otro al cual esté transitoriamente ligado, como el del concesionario minero, del propietario del bien raíz o de la

concesión sanitaria. Además, las aguas pueden cambiar de destino y uso por la mera voluntad del titular.

Esta característica ha dado fluidez al incipiente mercado de las aguas, pero también ha permitido que usos socialmente necesarios queden postergados por la diligencia de aquellos que le dan un uso económicamente productivo.

No cabe duda que la autonomía de la voluntad, la libre transferibilidad y los atributos del dominio juegan un papel relevante en la distribución del recurso, pero la optimización que conlleva, deja afuera aspectos tan relevantes como los servicios sanitarios, los requerimientos ambientales, la concentración excesiva, etc., como lo veremos mas adelante.

3. Otra característica es la gratuidad para obtener y mantener los derechos de aprovechamiento, sin que sus titulares estén expuestos a ningún impuesto o tarifa por ellos.

El Estado ha entregado con una liberalidad que no se presenta respecto a otros bienes, ni en otros sectores de la economía, un recurso vital, con el convencimiento de que las personas, individualmente consideradas, ya sean públicas o privadas, por la mano invisible del mercado, le darán el mejor y más productivo uso al recurso.

Es de hacer notar que a este respecto ni siquiera existe una entidad estatal que regule, reglamente o limite el uso del recurso, con la excepcionalísima situación de sequía extrema. En este campo no hay superintendencias, contralorías, ni fiscalizaciones. El recurso agua, el más vital de todos, está entregado a un mecanismo de autorregulación que aún no hace crisis, pero que esporádicamente presenta deficiencias puntuales que pueden agravarse en el futuro.

4. En virtud de disposiciones constitucionales, la Dirección General de Aguas está obligada, previo cumplimiento de requisitos mínimos, a otorgar los derechos de aprovechamiento que le soliciten.

Esta circunstancia impide ejercer las facultades de orientación en el desarrollo del recurso que señala explícitamente el Código de Aguas.

Se podrá argüir que la autoridad no tiene planes en tal sentido o que podrían producirse arbitrariedades; pero la situación pasa por comprender si es factible que el Estado se despreocupe del medio ambiente, de los servicios

sanitarios, de las comunidades autóctonas, de los habitantes de las zonas fronterizas, de los llamados consumos mínimos domésticos, de los valores paisajísticos, de las bellezas naturales, de la erosión, de los campesinos de subsistencia, o simplemente de las generaciones venideras.

5. La autoridad no puede actuar en la distribución de las aguas que realizan las organizaciones de usuarios, no puede resolver ni mezclarse en conflictos entre ellos, ni tampoco en las transacciones de derechos, aun cuando puedan producirse externalidades negativas, esto es, resultados que se producen independientemente de los propios de una simple transacción.

Las atribuciones relativas a la constitución de los derechos, policía, autorización de construcción de obras, supervigilancia de organizaciones de usuarios y de planificación del recurso son muy limitadas y aún más, reclamables a los Tribunales de Justicia, que son en definitiva, los que deciden los asuntos de más relevancia en materia de aguas.

Todo el sistema se fundamenta en la libre voluntad de los titulares de derechos, lo que hace muy difícil implementar y poner en práctica una política nacional de aguas y aún más en casos extraordinariamente conflictivos, como los de sequía extrema, se ha preferido buscar consensos entre usuarios, sin que existan tal vez los recursos, los medios, ni tampoco las orientaciones necesarias para resolverlos.

Se ha hecho ya un lugar común sostener que las organizaciones administradoras de cuencas, que pudieren crearse en el futuro, deberían tener las atribuciones necesarias para dar soluciones a los problemas que ha originado una extrema liberalidad en el sistema legal de las aguas en Chile. Pero aun esa alternativa está supeditada a las decisiones que puedan adoptar los titulares, usuarios y las actuales organizaciones de comunidades, asociaciones de canalistas, juntas de vigilancia y otras.

Con todo, no cabe duda que esas organizaciones contarían con la capacidad de encontrar soluciones por comprender a los actores directos en el tema, resolver los problemas *in situ*, constituirse en un mecanismo de consultas permanentes, compatibilizar intereses a escala regional, facilitar el mecanismo de mercado, descentralizar decisiones y favorecer en suma el encuentro de múltiples y naturales intereses coexistentes en un área determinada.

B. PROPOSICIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS

La Dirección General de Aguas ha hecho, sobre este particular, proposiciones que están insertas en el proyecto de modificación al Código de Aguas que se encuentra en actual tramitación en el Senado de la República.

Las principales modificaciones propuestas, desde la perspectiva de los derechos de aprovechamiento de aguas, son las siguientes:

1. El establecimiento del pago de una patente a los derechos constituidos y cuyos dueños no los utilizan.

El valor de la patente se ha calculado con relación al perjuicio social ocasionado por la no utilización de los recursos hídricos.

2. Justificación de las solicitudes de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas.

Se propone establecer la obligación de justificar la cantidad de agua de modo que se ajuste con los fines invocados. Se ha propuesto modificar la expresión "cantidad de agua que se desea extraer", por la de "cantidad de agua que se necesita extraer", como exigencia de las solicitudes.

Además se ha querido restringir el otorgamiento de derechos, de modo que no signifiquen imposibilitar el abastecimiento de agua potable a una población o impedir el desarrollo regional, por no existir otras fuentes alternativas.

3. Obligación de reserva de caudales mínimos ecológicos en la constitución de nuevos derechos.

Se reiteran disposiciones de la Ley sobre Bases del Medio Ambiente, en orden a precisar que la Dirección General de Aguas es el organismo encargado por la ley para regular el uso de un recurso natural y la instancia de su aplicación.

C. SUGERENCIAS PARA ADECUAR EL MARCO LEGAL AL USO DEL RECURSO

No hay ámbito mejor que el de unas jornadas universitarias para sugerir modificaciones a una estructura jurídica no acabada, como lo es la configuración de los derechos de aprovechamiento de aguas, en nuestra legislación.

A pesar de un tratamiento constitucional privilegiado, los derechos de aprovechamiento

no tienen las características y especificaciones necesarias para favorecer el desarrollo del recurso y su adecuada utilización. La práctica ha demostrado que es necesario hacer reformas, tanto constitucionales como meramente legales, que adecuen el marco jurídico a los requerimientos de los usuarios y a los intereses del país en general.

Hemos visto que las reformas a la legislación requieren de largo tiempo, pero creo que resulta más eficiente un proceso de maduración y reflexión entre los interesados en el recurso, directos o indirectos, que de trámites legislativos.

La actual reforma, con una debida discusión en los ámbitos de las organizaciones de usuarios, de intereses sectoriales y regionales y de la academia universitaria, podría haber tenido un tránsito menos tortuoso.

Por eso me parece útil poner en el debate y exponer ante los que piensan en el derecho de aguas, como los presentes en estas jornadas, algunas reformas que empiezan a hacerse necesarias y que en el mediano plazo pueden hacerse apremiantes:

1. Configuración de los derechos de aprovechamiento de aguas

Los derechos de aprovechamiento están concebidos en forma tan amplia e ilimitada, que impiden muchas veces su otorgamiento, dificultan el mercado de aguas, imposibilitan su regulación y limitan su ejercicio.

Efectivamente, la Dirección General de Aguas está limitada en el otorgamiento de derechos por su carácter de indefinidos en el tiempo, de modo que, por ejemplo, un acuífero con escasa recarga, pero con un gran volumen almacenado no tiene disponibilidad, aunque el agua pueda usarse por 30 años, sin detrimento medioambiental.

Si el derecho pudiera otorgarse por períodos determinados, o por volúmenes sin especificar la unidad de tiempo, habría mucha más amplitud de la autoridad para constituir así los derechos, y habría más agua disponible en el mercado.

Asimismo, ¿no sería conveniente precisar la cantidad de agua que el titular de derechos no consuntivos está obligado a restituir? En los procesos mineros en el norte del país, el agua se traslada decenas de kilómetros con una mer-

ma innegable, por evaporación e infiltración, más pérdidas por conducción y por aguas que permanecen en los tranques de relaves. Resultaría pertinente que se especificaran esas mermas en el derecho mismo, y se pudieran utilizar los sobrantes reales, por terceros, sin crear conflictos respecto a los volúmenes a restituir. Lo mismo ocurre con las hidroeléctricas en el sur, fuente permanente de perturbaciones con los usuarios agrícolas.

2. Extinciones de derechos

El no uso de los derechos pretende ser obviado por algunos con el mercado. El precio de las aguas sería el mecanismo para que el titular que no usara de los derechos decidiera en definitiva darle un uso productivo. Otros sostienen que hay que incentivar de alguna manera ese uso y piensan que las patentes son una eficiente manera de activar el mercado.

¿No sería conveniente que independientemente de posiciones ideológicas existiera un mecanismo de extinción de derechos, no solo por el no uso, sino que por otras causas insertas en un eficiente desarrollo del recurso?

El mecanismo no tiene por qué depender enteramente de la autoridad, podría dejarse entregado al mercado. Efectivamente, si existiera una amplitud mayor que la que el código reglamenta en materia de derechos provisionales, y ellos pudieran otorgarse en esa calidad sobre aguas no utilizadas por largo tiempo por sus titulares, sean subterráneas o superficiales, no cabe duda que sería un aliciente suficiente para que el titular hiciera uso de sus derechos al final de la utilización provisoria por un tercero.

O por otra parte, ante la inactividad del titular, el tercero con derechos provisionales podría optar a adquirir por prescripción la titularidad definitiva de los derechos.

Existe un precedente en la materia: las personas que han usado aguas con los requisitos establecidos en el artículo 2° Transitorio del Código de Aguas, pueden adquirir derechos que no son utilizados por sus titulares.

Legislar sobre la materia, protegiendo los proyectos de inversión, parece una alternativa que habría que considerar, precisamente para incentivar el mercado y hacer un intensivo uso de un recurso crecientemente escaso.

3. Colisión de derechos del concesionario minero y del titular de derechos de aguas, fijación de prioridades

Hasta esta fecha no han sido frecuentes los casos de colisión de derechos del concesionario minero y el titular de un permiso para explorar o de derechos de aprovechamiento de aguas.

Sin embargo, esta situación tiende a presentarse cada vez con mayor fuerza en las tres primeras regiones del país y no hay duda que pronto los Tribunales de Justicia deberán sentar jurisprudencia al respecto, sin que existan disposiciones legales que puedan armonizar los intereses en juego.

El caso es que el concesionario minero, dentro de los límites de sus pertenencias y en el ejercicio legítimo de sus derechos, puede afectar substancialmente un acuífero, que sirve de fuente de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas. El daño puede ser irreversible y la solución no es tan clara. Además, el minero es propietario por el solo ministerio de la ley de las aguas halladas en sus labores, de modo que el problema se hace aún más complejo. Pareciera pertinente que la ley se pronunciara, pero ello implica que los sistemas legales y administrativos para cambiar los puntos de captación y compatibilizar ambas situaciones en un marco de daño menor para todos, deben flexibilizarse radicalmente y otorgarse con mayor prontitud las autorizaciones correspondientes.

4. Protección a usos estratégicos. Prioridades

La facultad del titular del derecho de aprovechamiento en orden a dar a las aguas la utilización que desee, pareciera muy eficiente en el plano de la operación del mercado. Pero ello ha terminado por no ser así. Se han levantado barreras medioambientales, reservas fiscales, protección a los indígenas, preferencias a la actividad pesquera, etc., que sin formalizarse constituyen limitaciones importantes a la libertad económica y al uso del recurso.

En este contexto, resulta necesario que se definan con claridad los objetivos prioritarios. Así, como aparece razonable tomar medidas para la protección del medio ambiente, especialmente aquellas que tienden a preservar el caudal ecológico, resulta extraño que no exista un

caudal sanitario mínimo que garantice el uso humano del agua protegido por una legislación y medidas administrativas claras y precisas.

Si un gran volumen del recurso se utiliza en agricultura, más del 80%, no debiera, ni en las peores condiciones de sequía, restringirse el consumo humano ya sea en servicios sanitarios como en la generación hidroeléctrica.

Se requiere de una adecuación de la estructura jurídica de los derechos de aprovechamiento, de modo de limitar su ejercicio en cada evento en que esté en riesgo el uso humano, en su más amplio sentido.

Ello no puede estar restringido a la constitución de los derechos, pues están otorgados en importante medida, en especial los superficiales, sino que deben existir las restricciones necesarias y adecuadas para que, sin que sea necesaria la declaración de catástrofe, puedan usarse los recursos por las empresas sanitarias e hidroeléctricas, sin limitaciones que impidan el efectivo servicio a la comunidad y con la debida protección a los titulares afectados.

Por otra parte, resulta dudoso desde el punto de vista jurídico establecer limitaciones arbitrarias a los derechos de aprovechamiento para preservar el caudal ecológico. Es claramente preferible, en condiciones extremas, limitar a prorrata la utilización del recurso, cada vez que sea necesario.

En conclusión, sin alterar la esencia de los derechos de aprovechamiento de aguas, es indispensable establecer los mecanismos legales y administrativos para que, respetando la igualdad ante la ley, se limiten proporcionalmente los derechos, en vista de prioridades vitales, ecológicas y medioambientales, por los períodos que resulten necesarios.

Ello está expresamente permitido al legislador en el inciso segundo del N° 24, del artículo 19 de la Constitución Política, que señala:

“Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

De esta forma se levanta una especie de temor reverencial que existe respecto a la limita-

ción que puedan experimentar los derechos de aprovechamiento de aguas, los que sin duda pueden y deben estar limitados en su ejercicio, por razones que están explícitamente indicadas en nuestro ordenamiento constitucional.

5. *Tribunales de aguas*

En el análisis del accionar de la Dirección General de Aguas bajo la vigencia del actual código, resulta notorio que una dependencia del Poder Ejecutivo, de carácter eminentemente técnico, está ejerciendo funciones claramente jurisdiccionales.

En efecto, tanto el Director General de Aguas como los Directores Regionales resuelven asuntos netamente jurídicos relacionados con aguas

Las decisiones que se formulan al resolver oposiciones, la interpretación de las normas del Código de Aguas, la facultad de decidir sobre recursos de reconsideración normalmente tienen involucrados aspectos jurídicos y el análisis de conceptos como caudal ecológico, bienes nacionales de forma compleja, drenes subterráneos, acertada inteligencia de las solicitudes, perjuicio de derechos, son de carácter legal que dan mérito a la creación de un órgano netamente jurisdiccional para su resolución.

Por ello es necesario analizar la conveniencia de crear Tribunales de aguas en el país, que no solo asuman especializadamente la decisión de dichos asuntos, sino que además puedan mediante el ejercicio de su función jurisdiccional, solucionar los conflictos entre distintos usuarios, regular el ejercicio de los derechos, precaver el abuso de los mismos, velar por los intereses generales del país en el contexto de un uso racional y beneficioso de las aguas y sentar una jurisprudencia que en definitiva promueva la utilización armónica, integral y sustentable del recurso.

La existencia de Tribunales de aguas también sustrae del ámbito del Poder Ejecutivo la decisión sobre la aplicación de multas que actualmente puede imponer la Dirección General de Aguas, en el ejercicio de sus facultades legales y de policía y vigilancia. Esta atribución, raramente aplicable, puede adquirir relevante importancia si se amplían las facultades reguladoras del ejercicio de los derechos y existe un organismo con capacidad y competencia para imponerlas.

6. *Establecimiento de tarifas y destinación de recursos a niveles regionales*

Resulta del todo necesario legislar sobre el establecimiento de una tarifa por el uso del agua, no solo para dar precio a un recurso que pretende regirse por las leyes del mercado, sino que también en el marco de la formalización de Administradoras de Cuencas, dar financiamiento adecuado a estos entes que tienen una clara función descentralizadora.

Creemos que no se ha dado una cabal aplicación a la disposición constitucional del artículo 19 N° 20, inciso final, que faculta afectar a actividades que tengan una clara identificación regional o local, la aplicación de tributos al financiamiento de obras de desarrollo.

No cabe duda que las actividades de una Administradora de Cuencas cumple con los requisitos establecidos en la Constitución de la República, y que difícilmente puedan encontrarse factores de inconstitucionalidad a normas de esta naturaleza.

Observaciones finales: Es importante destacar que el mecanismo de mercado es un eficiente distribuidor del recurso, en lo cual hay consenso entre los usuarios y los organismos públicos con atribuciones en la especie.

Sin embargo, los actuales usuarios efectivos del recurso y aquellos que manejan proyectos de inversión, concordarán en que el agua no es susceptible de especulación, que el mercado no considera externalidades que deben preservarse, y que este no opera eficientemente pues la oferta no es elástica a la demanda. En efecto, mientras mas aumenta la necesidad del recurso, los volúmenes disponibles son cada vez mas limitados.

Tampoco puede controvertirse que en la medida que no se materialice el proyecto que crea las organizaciones administradoras de cuencas con facultades y recursos suficientes, la autoridad central y administrativa, la Dirección General de Aguas, deberá asumir la problemática del recurso, aunque ello sea uno de los principales argumentos en contra de las reformas al actual Código de Aguas.