



RÉGIMEN JURÍDICO DEL AGUA EN CHILE: LA GESTIÓN DE UN DERECHO HUMANO BAJO CRITERIOS DE MERCADO.

Álvaro CÉSPED REYES

Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
alvaro.cesped.r@gmail.com

Recibido: 6 de mayo del 2019
Enviado a evaluar: 8 de mayo del 2019
Aceptado: 10 de julio del 2019

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es exponer el tránsito realizado por la normativa de aguas en Chile, desde la consideración del recurso hídrico como un activo estatal, público, y perteneciente a todos los habitantes de la nación. Por consecuencia: garantizar su acceso, distribución y equilibrada gestión; a ser una mercancía como una casa o un automóvil, a merced de las variaciones de la oferta y la demanda. El presente artículo se estructura en cinco acápite, los cuales abordan diversos tópicos que son relevantes para comprender la normativa actual vigente y las problemáticas que a través de ellas se generan. Se busca comprender el funcionamiento la institucionalidad chilena y su tratamiento de un recurso estratégico como el agua bajo las reglas del mercado; los problemas que esta política estatal genera y cómo afectan la producción, los derechos de la población y el medioambiente; los procesos históricos, sociales, y culturales que llevaron a que en Chile se adoptase ese modelo de gestión del recurso hídrico y proponer eventuales soluciones, medidas y estrategias que permitan a futuro, mejorar y garantizar el agua como un derecho humano y no como un producto.

Palabras clave: Agua, Derecho de Aguas, Derecho Administrativo, Derechos Humanos, Chile.

WATER LEGAL REGIME IN CHILE: THE MANAGEMENT OF A HUMAN RIGHT UNDER MARKET CRITERIA

ABSTRACT

The aim of study is to expose the transition carried out by the water regulations in Chile, from the consideration of the water as a state's resource, public asset, and belonging to all the inhabitants of the nation. By consequence: guarantee its access, distribution and balanced management; to be a commodity like a house or a car, at the mercy of the variations of supply and demand. This article is structured in five sections, which address various topics that are relevant to understand the current regulations in force and the problems that are generated

through them. It seeks to understand the functioning of Chilean institutions and their treatment of a strategic resource such as water under the rules of the market; the problems that this state policy generates and how they affect production, the rights of the population and the environment; the historical, social and cultural processes that led to the adoption of this model of water resource management in Chile and propose possible solutions, measures and strategies that allow the future to improve and guarantee water as a human right and not as a product.

Key words: Water, Water Law, Administrative Law, Human Rights, Chile

REGIME JURIDIQUE DE L'EAU AU CHILI: LA GESTION D'UN DROIT DE L'HOMME SOUS CRITERES DE MARCHE

RÉSUMÉ

L'objectif de ce travail est d'exposer le trafic effectué par la réglementation de l'eau au Chili, de la prise en compte de la ressource en eau en tant qu'État, bien public et appartenant à tous les habitants de la nation. En conséquence: garantir l'accès, la distribution et une gestion équilibrée; être une marchandise comme une maison ou une voiture, à la merci des variations de l'offre et de la demande. Cet article est structuré en cinq sections, qui traitent de divers sujets pertinents pour comprendre les réglementations en vigueur et les problèmes qu'elles génèrent. Il cherche à comprendre le fonctionnement des institutions chiliennes et leur traitement d'une ressource stratégique telle que l'eau sous les règles du marché; les problèmes générés par cette politique d'État et leur incidence sur la production, les droits de la population et l'environnement; les processus historiques, sociaux et culturels qui ont conduit à l'adoption de ce modèle de gestion des ressources en eau au Chili et proposent des solutions, mesures et stratégies possibles permettant à l'avenir d'améliorer et de garantir l'eau en tant que droit humain et non en tant que produit .

Mots-clés: Eau, droit de l'eau, droit administratif, droits de l'homme, Chili.

1. EL AGUA COMO UN DERECHO HUMANO

En el año 2002, y en vísperas del que de acuerdo a la Asamblea General de Naciones Unidas, fuera declarado como el año internacional del agua dulce¹, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que vigila la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adopta la Observación General N°15, en la que define el derecho al agua y las obligaciones correlativas de los Estados miembros. Si bien este documento no tiene la naturaleza de un pacto, y por ende no es vinculante, constituye una interpretación oficial respecto al derecho al agua y al forma en que debemos entenderlo.

La observación, comienza reconociendo que el derecho al agua es un derecho humano fundamental protegido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que tiene el estatus un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. De la misma forma, señala que el derecho humano al agua es *"indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la*

1 La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 55/196, declara el año 2003, como el Año internacional del agua dulce.

realización de otros derechos humanos"² En su numeral 2, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales nos entrega una definición del derecho al agua, señalando que es "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico". Lo interesante de esa definición, es que establece cuales son los aspectos o dimensiones de las que se compone el derecho al agua en su contenido mínimo, y a la vez señala "los elementos que deben darse para que el derecho al agua se encuentre garantizado o por el contrario, vulnerado"³. Además, los elementos que conforman el derecho al agua "deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 124" del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estas características son:

a) Disponibilidad: La posibilidad de abastecerse de agua de manera suficiente y continua, tanto para usos personales, como para usos domésticos⁵. Si bien hasta la fecha la Organización Mundial de la Salud (OMS) no se ha pronunciado sobre la cantidad exacta de agua domiciliaria requerida para promover una buena salud, se ha establecido un parámetro mínimo aceptable, que permita satisfacer tanto las necesidades de consumo, tanto bebida como la preparación de alimentos, y la higiene básica. Se plantea que un acceso "intermedio", significa una disponibilidad de 50 litros de agua por persona, abastecida de una fuente pública. Un acceso considerado "óptimo", supone una disponibilidad de 100 litros por persona al día⁶.

b) Accesibilidad Física: Implica que el agua, así como las instalaciones y los servicios relacionados, como una conexión a un proveedor, deberán estar al alcance geográfico de todas las personas, sin discriminación ni prohibición de ningún tipo, ya sea que se encuentre en su hogar, institución educativa, lugar de trabajo, o cualquier otro sitio donde un individuo se desarrolle. Sin embargo, y teniendo presente los parámetros de la OMS, se estima "accesible" en el ya citado nivel "intermedio", una fuente de agua que se encuentre a una distancia no mayor a 100 metros, o a 5 minutos en tiempo de recolección⁷. No tenemos que perder de vista además, que la accesibilidad implica también la garantía de la seguridad física en la recolección.

c) Calidad: El agua, en la medida que su uso sea personal y doméstico, debe ser potable, libre de cualquier tipo de sustancia nociva para la salud

2 Numeral 1, de la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 2002

3 De Luis Romero, E; Fernández Aller, M.Celia; Guzmán Acha, C. "Derecho humano al agua y al saneamiento: derechos estrechamente vinculados al derecho a la vida". Documentación Social, n° 170. Cáritas, año 2013.

4 Numeral 11, de la Observación General N° 15.

5 "para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica" Numeral 2, de la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 2002.

6 Guy Howard, y Jamie Bartram, "Domestic Water Quantity, Service, Level and Health" Organización Mundial de la Salud, Año 2003, Ginebra, Suiza.

7 En un nivel de accesibilidad "básica", la fuente de agua debe encontrarse a menos de 1.000 metros del hogar y el tiempo de desplazamiento para la recogida no debería superar los 30 minutos. Guy Howard, y Jamie Bartram Opr. Cit.

humana, ya sea microorganismos, sustancias químicas o radioactivas, y "cuyo olor, color y sabor resulten aceptables⁸" para el consumo humano.

d) Accesibilidad Económica o asequibilidad: Los costos asociados al agua, ya sea directos o indirectos, y tanto para su consumo o uso, deben estar al alcance de todas las personas, y no deben constituir una barrera o impedimento a su acceso, así como tampoco una barrera para la consecución de otros derechos. El acceso al agua debe estar garantizado de tal manera que las personas no vean comprometida por su causa, su capacidad para adquirir otros bienes y servicios esenciales para su subsistencia, tales como la alimentación, vivienda, salud, o educación. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sugiere que el costo del agua no debería superar el 3% de los ingresos de un hogar⁹.

Es interesante lo establecido por la referida observación, debido a que hasta ese momento, o incluso hasta nuestros días, cuando nos referimos al agua o al saneamiento, suele entenderse solamente desde el punto de vista del acceso a la misma, sin considerar el resto de los elementos expuestos como la calidad o la cantidad que se paga por el uso del recurso, representando un avance fundamental al momento de concretar el alcance del derecho que ya fuera esbozado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Con fecha 28 de julio del año 2010, Naciones Unidas, mediante su Resolución A/RES/64/29210, aprobada por su Asamblea General, reconoce que el acceso seguro a un agua potable salubre y al saneamiento "es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos"; la importancia de esta resolución, es que se reconoce por primera vez el derecho al agua y al saneamiento como un derecho humano, dejando de ser una "mercancía o servicio que se otorga en términos caritativos¹¹" y de esa manera al garantizarlo como tal, supone un paso fundamental para convertirlo en una realidad para todo el mundo. Si bien hasta ese momento, y de acuerdo al apartado anterior, era un derecho que se justificaba en el marco del derecho a la vida o el derecho a la salud, desde esta resolución toma un entidad propia y podríamos decir, "más peso de cara a su exigibilidad"¹². Así mismo, este reconocimiento supone que los medios o mecanismos existentes en el sistema de Naciones Unidas para los derechos humanos, estarán disponibles para el seguimiento del progreso de las naciones en la realización del derecho al agua y al saneamiento, y más importante aún, hacer efectivas las responsabilidades sobre los gobiernos que lo vulneren.

La nueva Agenda 2030, fue acordada en la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 25 de septiembre del año 2015 y se recoge en la declaración final de la Cumbre de Desarrollo Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Esta agenda encuentra su inspiración en los principios de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración del Milenio y los

8 Celia Fernández Aller y Elena de Luis Romero. "El derecho humano al agua y al saneamiento". Revista Ambienta N°113, Diciembre, año 2015.

9 PNUD, Informe de Desarrollo Humano, año 2006.

10 El resultado de la votación fue: a favor: 122; En contra: 0; Abstenciones: 41; Ausencias: 29. Fuente www.un.org

11 "El derecho humano al agua y al saneamiento". Nota para los medios, disponible en http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_spa.pdf

12 EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS AL AGUA Y AL SANEAMIENTO. Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) Año 2017.

resultados de las grandes conferencias y cumbres realizadas por las Naciones Unidas. La Agenda 2030, pensada para el periodo comprendido entre los años 2016-2030, viene a ser el relevo de los 8 objetivos para el desarrollo del milenio¹³, cuya vigencia terminó el año 2015, y se define a través de 17 "Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)", los cuales a su vez se materializan en un total 169 metas o logros. Destaca en la agenda 2030, el hecho de que los objetivos planteados, instan a todos los países, independientemente de sus ingresos o grado de desarrollo, a adoptar medidas que promuevan la prosperidad de sus habitantes, al mismo tiempo que se protege el planeta. De esta forma se plantean necesidades sociales como educación, salud, o protección social, al mismo tiempo que se promueve la lucha contra el cambio climático o la protección del medio ambiente, integrando de forma equilibrada las tres dimensiones del desarrollo: económica, social y ambiental.

La Agenda 2030 incluye un objetivo específico dentro de los 17 que esta plantea, el ODS número 6 "Agua limpia y saneamiento", en el cual se aglutinan los temas relativos al agua en sus diversas dimensiones, los que implican *"garantizar el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible; el acceso equitativo a servicios de saneamiento e higiene, poniendo fin a la defecación al aire libre; mejorar la calidad del agua; aumentar el uso eficiente de agua; avanzar en la gestión integrada de los recursos hídricos; proteger y restaurar los ecosistemas relacionados con el agua para garantizar las fuentes naturales; y ampliar la cooperación internacional"*¹⁴. De acuerdo a los objetivos planteados por la Agenda 2030 de Naciones Unidas, la gestión del agua desde un enfoque del desarrollo sostenible por los Estados parte, deberá siempre tener en cuenta los valores básicos del agua considerada como un derecho: a) Que el acceso al agua y el saneamiento es un derecho humano, indispensable para vivir dignamente y condición previa para la realización de otros derechos humanos; y b) Que el agua es un bien público, común a la humanidad, y fundamental para la vida y la salud, el cual debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico, por lo que su gobernanza, gestión y ordenación está por sobre de los principios del mercado.

2. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN SOBRE AGUAS EN CHILE

Al analizar la perspectiva histórica del tratamiento del agua en Chile, notamos que esta siempre estuvo ligada a la idea del agua como un bien común, que pertenecía a todas las personas, y del cual todos se podían beneficiar, con mayor o menor limitación o responsabilidad, según la época y legislatura vigente. Las primeras normativas respecto al agua en nuestro país, provenían del marco jurídico español, a través de las denominadas "leyes de indias"¹⁵, y leyes españolas propiamente tal¹⁶, las cuales

13 Los "objetivos del Milenio", aprobados en el año 2000, significaron un cambio de rumbo en el trabajo para la erradicación de la pobreza en la agenda internacional, ya que significó el establecimiento de objetivos comunes, que permitieron orientar tanto políticas como recursos, a los gobiernos y demás actores implicados en el desarrollo. Gracias a ellos, temas como salud, pobreza o hambre se incorporan a la agenda de la política internacional.

14 Delacámara, Gonzalo. "La Agenda 2030 y el ODS 6 – Mucho más que agua". Foro de la Economía del agua, 2017.

15 Las leyes de indias son "El conjunto de normas jurídicas o disposiciones legales que surgen por voluntad de los monarcas españoles o por las autoridades legítimamente

constituyen la base de nuestra regulación de las aguas. Esta normativa tiene una influencia innegable del derecho romano clásico y post clásico, el cual consideraba el agua de los ríos y lagos como una cosa común, o "res publicae in público uso" o lo que podríamos denominar una especie de "res extra commercium", lo que equivaldría a decir que las aguas eran para su libre uso, sin perjudicar a nadie. A partir de la Edad Media, y de la Edad Moderna, la perspectiva propia del derecho romano sufre un cambio, el cual se mantiene en el derecho indiano, por el cual las aguas pasan a considerarse "iura regalia", es decir dejan de tener el estatus de cosa común, y pasan a formar parte del patrimonio real, una regalía de los reyes, quienes en ese entonces eran los titulares de la soberanía¹⁷.

Una vez que el Estado de Chile alcanza su independencia, en el año 1810, continúa con la tendencia establecida en el derecho español con los recursos naturales, pero con algunas variantes. Así podemos citar el caso de la "Ley de Municipalidades" del año 1854, cuerpo normativo que viene a introducir una novedad en el sistema regalista, ya que en su artículo 118¹⁸, declara a las aguas como "bienes de uso común de los habitantes". Sin embargo, es con la dictación del código Civil chileno, en el año 1857, que viene a declararse de manera expresa, el carácter público de las aguas en Chile, ya que en sus artículos 595 y 596, les otorga el carácter de "Bienes Nacionales de uso público". Llama la atención, que si bien el Código Civil del año 1857 asume la publicidad de las aguas, esta no fue total, ya que deja algunas de ellas entregadas al dominio de los particulares, en una especie de régimen "mixto" entre aguas de dominio público y aguas de dominio privado.

En el año 1951, y mediante la publicación de la Ley N° 9.909 en el Diario Oficial, el 28 de mayo de ese mismo año, y luego de varios proyectos de codificación fallidos¹⁹, entra definitivamente en vigor el primer Código de Aguas de la República de Chile. Este cuerpo normativo, continúa la línea establecida por el Código Civil de 1857, y mantiene las aguas como "bienes nacionales de uso público", sin perjuicio de la convivencia de estas con las

constituidas en América, como delegación de los reyes, y que tuvieron como objetivo fijar y regular las relaciones políticas, administrativas, penales, civiles, económicas y sociales entre los pobladores de las Indias Occidentales". DIAZ LOPEZ, LAURENTINO. "El Derecho en América en el Período Hispánico". Editorial: Ediciones "La Antigua", año 1989.

16 Antecedentes y preceptos emanados del Derecho español de aguas, podemos mencionar a las Leyes de las Cortes de Nájera del año 1138; al Fuero Juzgo de 1241; las Siete Partidas, que habrían sido finalizadas en el año 1265; Ordenamiento de Alcalá de 1348; Ordenanzas Reales de Castilla de 1484; Nueva Recopilación de Leyes de 1567; Novísima Recopilación de Leyes de 1805; Ley de Aguas española de 1866; y, Ley de Aguas española de 1879.

17 Hoy la soberanía reside en el pueblo, de acuerdo a la Constitución española "Artículo 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado."

18 Art. 118 Ley de Municipalidades de 1854.- "Los ríos i demás corrientes de agua, del uso común de los habitantes, están sujetos, a la acción de las municipalidades en cuanto a establecer reglas para el buen uso de las aguas mientras corran por el cauce natural i ordinario, i para determinar jeneralmente la forma i seguridades con que deben construirse las tomas o los marcos de las acequias o canales que de dichos ríos se sacaren". Norma disponible en la biblioteca online del Congreso Nacional de Chile. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1019770>

19 Cabe destacar entre ellos el Proyecto de Código de Aguas de 1930, el cual introduce el concepto de "derecho de aprovechamiento de aguas", concepto que se recoge en el Código de Aguas de 1951, y que se mantiene hasta nuestros días.

aguas de dominio privado²⁰, en el régimen "mixto", expresado en líneas anteriores. Otra de las novedades que introduce el Código de Aguas de 1951, es el "derecho de aprovechamiento de aguas", institución que se basaba en la antigua "merced de agua", que contemplaba el Artículo 860 del Código Civil de 1857, y que ya se había planteado en el Proyecto de Código de Aguas de 1930. Es el mismo Código de Aguas, en su artículo 12, quién lo define como un *"derecho real que recae sobre 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"*. Se estableció un proceso para otorgar derechos a privados para el uso de recursos hídricos públicos, derecho de aprovechamiento que se concibe como una concesión administrativa otorgada por el Estado de Chile. Este derecho era otorgado de manera exclusiva por el Presidente de la República, y el mismo Código señalaba algunas particularidades para su utilización, ya que por ejemplo, *"todo cambio de bocatoma o traslado de derechos de aguas en cauces naturales"*, requería una nueva autorización del Presidente de la República, así como la *"construcción de embalses de una capacidad superior a cien mil metros cúbicos"*. Asimismo, y de acuerdo a lo señalado por el artículo 26, del Código de Aguas de 1951, *"Las aguas concedidas para un fin determinado no podrán aplicarse a otro diverso sin la autorización correspondiente"*, por lo que una vez constituido, este derecho quedaba sujeto al uso específico para el cual había sido otorgado.

A pesar de las mayores facultades que el nuevo Código reconoce al Estado, una vez que estos derechos eran concedidos, pasaban a formar parte del patrimonio de los beneficiarios, y por tanto constituían propiedad privada, la que por supuesto se regía por el Derecho Civil. Como consecuencia de lo anterior, *"se podía comprar o vender estos derechos, debiendo ser registrados en el Conservador de Bienes Raíces. Los derechos de aprovechamiento podían ser comercializados en distintos sistemas de canales, con la aprobación de asociaciones de canalistas. Por su parte, el Estado no podía cancelar la concesión sin indemnización"*²¹. De esta forma, *"el concepto de bienes nacionales de uso público que en la práctica funcionan como propiedad privada, fue traspasado desde el Código de 1951 al de 1981, actualmente vigente"*²². El Código de Aguas de 1951, además introduce una novedad legislativa. En su artículo 30²³, contempla un orden

20 El artículo del Código de Aguas de 1951 señalaba que *"Las aguas son bienes nacionales de uso público o de dominio particular. En las primeras se concede a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código"*.

21 MATUS, NANCY y Otros. "RECURSOS HÍDRICOS EN CHILE: Desafíos para la Sustentabilidad". Programa Chile Sustentable, Enero 2004.

22 Orrego, Juan Pablo, "Legislación e Institucionalidad para la Gestión de las Aguas", en Programa Chile Sustentable, "Recursos Hídricos en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad", Lom Ediciones, Año.2004

23 Artículo 30 del Código de Aguas de 1951: *"Si se presentaren diversas solicitudes de merced para unas mismas aguas, su concesión se hará en el siguiente orden de preferencia:*

- 1. Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales;*
- 2. Usos domésticos y saneamiento de poblaciones;*
- 3. Abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre;*
- 4. Regadío;*
- 5. Plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica;*
- 6. Industrias, molinos y fábricas, y*
- 7. Otros usos.*

Dentro de cada clase serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de condiciones preferirán según las fechas de sus solicitudes".

de prelación relativo a los usos del agua, que debía seguirse en caso de que existiesen múltiples solicitudes a la autoridad administrativa y que recayesen sobre las mismas aguas. Este orden de preferencia, es interesante debido a que si bien como explicamos los derechos de aprovechamiento una vez constituidos se regían por el derecho privado, se establece que ciertos usos del agua se encontraban por sobre otros, y por ende gozaban de preferencia en su asignación. El mencionado artículo establecía que en primer lugar se encontraba la *"Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales"*; en segundo lugar, los *"usos domésticos y saneamiento de poblaciones"*; en tercer lugar, el *"abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre"*; en cuarto lugar, el *"regadío"*; en quinto lugar, las *"plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica"*; en sexto lugar, las *"industrias, molinos y fábricas"*; y en séptimo lugar, *"otros usos"*. De la misma manera, y en el caso de que dos o más solicitudes recayeran sobre las mismas aguas, argumentando el mismo uso, la norma señalaba que *"serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad"*, y en caso de que aplicando este criterio se mantuviera la igualdad, se *"preferirán según las fechas de sus solicitudes"*.

El año 1967, y en una antesala a lo que sería la Reforma Agraria en Chile, se introdujeron importantes modificaciones a la normativa de aguas. La primera de ellas, modifica el artículo 10, N° 10 de la Constitución chilena de 1925, eliminando la dualidad de regímenes de aguas públicas y privadas, al unificar todas las aguas como públicas, señalando que *"la ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular"*. De esta forma, a través de una ley, las aguas que detentaban el carácter de privadas, podían ser expropiadas e incorporadas al dominio público, manteniendo los particulares un derecho de aprovechamiento sobre ellas. De la misma manera, se añade un tercer inciso al mencionado artículo 10, N°10, por el cual se reserva para el estado, a través de norma de rango legal, el dominio exclusivo de *"recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país"*, en la medida que el interés de la comunidad nacional lo exija.

Ese mismo año 1967, y bajo el gobierno de Eduardo Frei Montalva, a través de la Ley N° 16.640, se introdujo en nuestro país el proceso conocido como *"Reforma Agraria²⁴"*, que es un conjunto de medidas de carácter político, económico, social y legislativo que tienen por finalidad modificar la estructura de la propiedad y producción de la tierra, en un lugar determinado, a través de la solución de dos problemas principales: La concentración de la propiedad de la tierra en unas pocas personas, y la baja productividad de la misma, consecuencia de la misma concentración, la especulación de su precio y el no empleo de las tecnologías adecuadas en la producción. Si bien la conquista de la propiedad era el objetivo fundamental de la reforma, como símbolo social y político, al mismo tiempo se dio a otros elementos relacionados con la producción de la tierra, entre ellos la mejor distribución y aprovechamiento de los recursos hídricos, un tratamiento acorde con la dirección que tomaría la propiedad. Así, como consecuencia de la Reforma Agraria, el Código de Aguas también fue modificado, ya que una eficiente redistribución de las tierras suponía necesariamente una eficiente redistribución de los derechos de aguas. El nuevo código, tenía entre sus objetivos *"facilitar estos procesos de*

24 Procesos de "Reforma Agraria", se llevaron a cabo en países como México, Venezuela, Bolivia, Cuba, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Perú, Ecuador, República Dominicana, e incluso España con la Ley de Reforma Agraria española del año 1932.

*transformación y aumentar la eficiencia del uso agrícola del agua*²⁵". Dentro de las reformas específica a la normativa de aguas encontramos:

a) El artículo 94, dispuso que "*Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público*²⁶", y que su utilización en beneficio particular "*sólo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad competente*²⁷", autoridad que además debía llevar un Registro Público de Aguas²⁸.

b) El artículo 95, declara que para el solo efecto de incorporarlas al dominio público, se declaran de utilidad pública y se expropián todas las aguas que hasta esa fecha fueran de dominio particular. De esta forma, se termina con la dualidad de dominios que coexistían en el sistema jurídico chileno, unificando y estableciendo la reserva de las aguas al dominio público, y eliminando de esta forma cualquier posible hipótesis de aguas privadas²⁹. Sin perjuicio de lo anterior, el inciso segundo, del artículo 95 en comento, señalaba que "*los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento*".

c) En lo relativo a los "derechos de aprovechamiento", si bien estos mantienen su nombre, cambian su naturaleza jurídica, ya que la ley les otorga el carácter de un "derecho real administrativo", donde el Estado "*concede el uso del bien nacional de uso público con sujeción a normas de derecho público. El Estado concede el uso de las aguas, pero nunca el dominio sobre ellas*³⁰". Pierden de esta forma el estatus de propiedad, y pasan a ser concesiones administrativas, por tanto dejan de regirse por el derecho civil, y vuelven a regirse por el derecho administrativo.

d) Asimismo, se establece de manera expresa, en el artículo 104 de la Ley Nº 16.640, la imposibilidad de los derechos de aprovechamiento fuesen cedidos, comercializados o intercambiados de manera separada a la tierra a la cual fueron asignados³¹

Si bien las modificaciones introducidas por la reforma agraria suprimen el listado de preferencias u orden de prelación establecido por el Código de Aguas de 1951, el artículo 107 de la ley consagra como usos prioritarios la bebida y el uso doméstico del recurso. Dicho artículo facultaba al Presidente de la República en aquellos casos que "*sea necesario destinar el agua a la bebida u otros usos domésticos o cuando lo requiera el desarrollo económico*", para declarar la extinción total o parcial de los derechos de aprovechamientos vigentes en una zona determinada

25 MATUS, NANCY y Otros. Opr. Cit.

26 Para uniformar criterios en la legislación, esta ley también reemplaza el inciso primero del artículo 595 del Código Civil, ya analizado en el numeral 2 de este capítulo, estableciendo que "*todas las aguas son bienes nacionales de uso público*". De la misma forma, la ley reemplazó el artículo 9 del Código de Aguas, estableciendo lo mismo que en la modificación introducida en el artículo 595 del Código Civil ya expresada.

27 La "Autoridad competente", era la DGA.

28 Artículo 118, de la Ley de Reforma Agraria.

29 De esta forma, la Ley de Reforma Agraria viene a poner fin al dominio particular de las aguas, idea que se había mantenido vigente desde el inicio del derecho nacional, según se vió en este capítulo, pasando todas las aguas a ser bienes nacionales de uso público.

30 Donoso Harris, Guillermo. "MERCADOS DE AGUA: ESTUDIO DE CASO DEL CÓDIGO DE AGUAS DE CHILE DE 1981". Cepal, año 2003.

31 Y, por ende, deja de someterse el agua al sistema registral de títulos de bienes raíces.

El 11 de Septiembre, del año 1973, el gobierno democráticamente elegido del socialista Salvador Allende Gossens, es derrocado por una acción militar llevada a cabo por las Fuerzas Armadas de Chile, dando inicio a una dictadura que duraría diecisiete años. En 1974 las denominadas "Actas Constitucionales" reemplazaron, de facto, la Constitución Política de la República del año 1925. En la denominada "Acta Constitucional N° 3, llamada "De los derechos y deberes constitucionales", se establecen las garantías de los habitantes de la República de Chile, entre ellos el derecho de propiedad. Si bien, durante los primeros años de la dictadura la regulación de los derechos de aguas aparece como algo secundario³², a fines de los años setenta la situación se torna confusa, debido a que se encontraba vigente una ley que estaba centralizada en el Estado, la cual era totalmente "incompatible con el nuevo modelo político y económico orientado hacia el libre mercado"³³. Es así, que a través del Decreto Ley N° 2.603, modifica el Acta Constitucional N°3, del año 1974, añadiendo un inciso extra a la garantía del derecho de propiedad, en concreto la declaración de 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", declaración que finalmente pasa a la Constitución de 1980, y sigue vigente hasta nuestros días. De esta manera, viene a fortalecer los derechos de propiedad privada del agua, separando por primera vez en la historia de Chile, los derechos de aguas del dominio de la tierra, permitiendo su libre compra y venta.

3. REGULACIÓN ACTUAL DE LAS AGUAS EN CHILE

El punto de partida para considerar el agua como un bien nacional de uso público en Chile, está en la legislación civil. En efecto, el artículo 595 del Código Civil chileno señala que "*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*". Sin embargo, ¿que debemos entender por bien nacional de uso público? El mismo código civil, en su artículo 589, define los bienes nacionales, señalando que son aquellos "*cuyo dominio pertenece a la nación toda*". Asimismo, si su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como las plazas, puentes o caminos, se llaman "*bienes nacionales de uso público o bienes públicos*".

De la misma manera, y en consonancia con la legislación civil, el Código de Aguas chileno reitera esta categorización y naturaleza de las aguas, al señalar en su artículo 5 que "*Las aguas son bienes nacionales de uso público*" al mismo tiempo que establece la posibilidad de otorgar a los particulares un "*derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código*". Dicho derecho de aprovechamiento, de acuerdo a lo señalado por el artículo 6 del mismo cuerpo legal, "*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*".

Completando el esquema normativo, están las normas de rango constitucional del artículo 19³⁴ de la Constitución Política de la República de Chile, el cual en su numeral 23³⁵ reconoce la categoría de "*bienes*

32 En efecto, el llamado Código de Aguas del año 1967, sólo fue revocado el año 1979.

33 MATUS, NANCY y Otros. Opr Cit.

34 Artículo dedicado a las denominadas garantías constitucionales.

35 Artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República de Chile : "*La Constitución asegura a todas las personas: La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así*".

nacionales de uso público”, y el numeral 24³⁶, hace extensiva la garantía del derecho de propiedad a los derechos de aprovechamiento de aguas de propiedad de los particulares, y no al agua en sí misma, que como anticipamos tiene el status de bien nacional de uso público.

Es en base a las normas y cuerpos normativos señalados, que el autor José Saavedra señala que *“la naturaleza jurídica de las aguas es la de Bienes Nacionales de Uso público. Esta afirmación categórica, está inspirada en la Constitución Política, consagrada legalmente en el Código Civil y, reafirmada positivamente en el Código de Aguas, constituyendo el punto de partida de la regulación de las aguas, dejando de manifiesto cual es el fin último al que están destinados los recursos hídricos”*³⁷. Esta consideración del agua como un bien nacional de uso público en el ordenamiento jurídico chileno, trae dos consecuencias fundamentales: La primera es que desaparece la posibilidad de la apropiación privada de las aguas, al excluirlas del tráfico jurídico privado de bienes; y al mismo tiempo, se dota a la Administración de potestades regulatorias en torno a las actividades que los particulares pueden realizar con los recursos hídricos, configurándose relaciones jurídicas Estado-Particulares, distinto a lo que sucede con el resto de los bienes apropiables, en que las relaciones se establecen entre privados. Las mencionadas potestades, funcionan como un soporte jurídico que permite normar o conducir las conductas de quienes los utilizan, de manera tal que se ordenen de acuerdo a los intereses generales. Sin embargo, nada de eso ocurre en el caso chileno, ya que si bien existe la declaración de los recursos hídricos como bienes nacionales de uso público, la realidad es muy diferente. Al establecer la posibilidad de que las concesiones otorgadas por el Estado se puedan transar libremente, como cualquier otro bien privado, la publicación de las aguas solo queda como una declaración de papel.

Es así que el artículo 19 n°24 de la Constitución consagra *“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.”* Particularmente llamativo resulta el inciso final de dicha garantía, ya que hace referencia a los derechos de agua, declarando 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”*. Esta norma, no es otra cosa que la protección con rango constitucional, de los derechos de uso o aprovechamiento de aguas. Asimismo, procede la tutela de esta garantía, a través del recurso de protección, equivalente al “recurso de amparo” español, previsto en el artículo 20 de la misma carta fundamental. Es interesante que la norma, se refiera claramente a los derechos de aprovechamiento y no al agua directamente, ya que como vimos, esta es un bien nacional de uso público.

El establecimiento de la garantía del derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, no es otra cosa que la mercantilización de los derechos hídricos, a través de esta sutileza legal. Es poco lógico que la Constitución establezca la posibilidad de que se tenga “propiedad”, sobre un derecho que permite usar, gozar y disponer de un bien nacional de uso público, ya que un reconocimiento como ese, viene a limitar su calidad de tal, y en la práctica se traduce en que las personas tengan una propiedad directa sobre el agua.

Al formar los derechos de aprovechamiento de aguas parte del patrimonio de los particulares, se priva a los mismos de todas las garantías

36 Artículo 19 N° 24, inciso final, de la Constitución Política: *“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”*

37 Saavedra Cruz, José. “Las Aguas como bien nacional de uso público”. Centro de estudios Fiscalía del Medio Ambiente, Año 2008.

que inicialmente se habían otorgado a través de su publicación, y el reconocimiento del agua como un "bien nacional de uso público", queda como una simple declaración de papel. Así, los derechos de aprovechamiento se rigen por el derecho común, eximiendo e impidiendo al Estado su administración de manera responsable y democrática, quedando entregado al mercado, su utilización distribución y administración. Consecuencia de lo anterior, es que resulta muy difícil limitar el ejercicio de ese derecho³⁸, ya que en el caso específico de la propiedad, esta no puede ser limitada sino en virtud de la función social y mediante ley expropiatoria y la correspondiente indemnización³⁹.

El punto central en la regulación de las aguas en Chile, se encuentra en el Código de Aguas promulgado en el año 1981, el cual vino a concretar lo ya expresado por el régimen militar tanto en el Decreto Ley N° 2.603, como su desarrollo a través del Decreto con Fuerza de Ley N° 1-2.603, como se señaló en el capítulo anterior. Asimismo, es una expresión de los principios y directrices consagradas en la Constitución Política de la República de 1980, y cuyo fin último es el establecer un marco regulatorio para el desenvolvimiento del mercado, reduciendo el rol del Estado a su expresión mínima, lo que generaría las condiciones necesarias para que fuera el mismo mercado quien llevara al óptimo social el uso del recurso hídrico, a través de un criterio meramente económico. El rol del Estado se reduce, priorizando la propiedad privada y la inversión particular, pasando el agua, a ser un bien económico como cualquier otro. Para comenzar el análisis de este cuerpo normativo, el punto de partida, es el artículo 5, que es la norma con rango legal que establece 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 del presente código*". A partir de esa norma, podemos afirmar que el agua es un bien nacional de uso público, y por tanto perteneciente a la nación toda. Se trata por tanto de un bien público, que está excluido del comercio humano, y por ende de la garantía del artículo 19, N°23 de la Constitución que consagra el dominio sobre toda clase de bienes. El agua como tal, no puede ser objeto ni de propiedad privada ni puede disponerse de ella.

El razonamiento anterior, jurídicamente inobjetable, se rompe a través de los derechos de aprovechamiento de aguas, reconocidos en el artículo 5° ya mencionado, y regulados propiamente tal en el artículo 6°, ambos del Código de Aguas chileno, que los define 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. 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*". La doctrina mayoritaria en Chile, los considere un derecho real administrativo, afirmando que poseen una naturaleza dual, "*toda vez que son reales, al recaer sobre una cosa, y al mismo tiempo surgen de un título*

38 Esta posición resulta sumamente incómoda para el Estado, debido a que se le priva de toda posibilidad de tutelar los intereses públicos, quedando como única y exclusiva alternativa, el intentar limitar los derechos de aprovechamiento en virtud de la función social o la expropiación. Lo anterior, además del desembolso de recursos importantes para el Estado, supone la determinación de si la limitación en el uso goce o disposición de la propiedad, es expropiatoria o no, es una cuestión de hecho que deberá ser determinada caso a caso.

39 Inciso tercero, del Artículo 19, N°24, del a Constitución Política de la República de Chile: "*Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.*"

*administrativo: la concesión de dominio público*⁴⁰. A partir de esta figura, se explican los derechos exclusivos que la Administración puede otorgar a un particular, respecto de un bien que previamente ha sido declarado como público.

El profesor Christian Rojas Calderón, los define como "la facultad reconocida por autoridad administrativa competente, a favor de un particular –e incluso a favor de una administración pública personificada– para usar y gozar de un bien público previamente constituido o estatuido por el ordenamiento jurídico como tal"⁴¹. Se trata de derechos que están sometidos a un régimen de Derecho Público, que supone la utilización una determinada zona de bienes que son considerados como públicos. Se trata de un derecho que es subjetivo y público, que recae sobre un bien determinado, de titularidad pública, que es reclamable respecto de la cosa sobre la que se ejerce y de tipo administrativo, ya que surge de la concesión, pero creando un derecho real, distinto de todos los otros conocidos. Estamos por tanto frente a un derecho público subjetivo, Real, y administrativo, que además tiene las siguientes características.

a) Gratuidad: Los derechos de aprovechamiento de aguas son gratuitos, ya que tanto la solicitud que se realiza de los mismos, así como su otorgamiento, y posterior uso, no implican costo alguno para el beneficiario titular de esos derechos⁴², y no se sujetan a ningún tipo de tasa, tarifa, cobro o impuesto, salvo la denominada "patente por no uso", introducida por la reforma al Código de Aguas en el año 2005, de la cual hablaremos al final de este capítulo.

b) No se vinculan a un uso específico: A nuestro parecer una de las deficiencias más graves vinculadas a la normativa de aguas actual en nuestro país, la cual no establece ninguna exigencia a que los titulares del derecho de aprovechamiento, relativa a la utilización que harán de los mismos, pudiendo destinarlos a los fines que estimen pertinentes. La legislación tampoco contempla un criterio de prelación respecto de algunos usos del recurso hídrico sobre otros, ni al momento de constituirse el derecho de aprovechamiento, ni en las eventuales transferencias que se hagan con posterioridad. El único requisito relativo al uso, se introdujo con la reforma del año 2005 al Código de Aguas, y que se traduce en la exigencia de acompañar en la solicitud, una memoria explicativa en la cual se indique la cantidad de agua que se necesita extraer, acorde al uso que se hará de ella. Sin embargo, la reforma no obliga al titular ni a mantener el uso⁴³, ni tampoco a los eventuales adquirentes de los derechos de aprovechamiento, ya que la restricción desaparece una vez que se hace la

40 DUHART, Daniela. "LA INSTITUCIONALIDAD DE LA GESTIÓN DEL AGUA EN CHILE". Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, año 2016.

41 ROJAS CALDERON, CHRISTIAN. "La distinción entre el agua como bien público y el derecho de aprovechamiento. Sus efectos en la competencia de las juntas de. vigilancia de los ríos, y la de las asociaciones de canalistas y comunidades de agua". Actas de Derecho de Aguas, N°1, 2011.

42 De hecho el artículo 20 del Código de Aguas de Chile, relativo a la adquisición de los derechos de aprovechamiento, señala que "se constituyen originariamente por acto de autoridad", y que la posesión de los derechos así constituidos "se adquiere por la competente inscripción", en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, sin hacer ninguna referencia a tasa, cobro, tarifa o tributo, por su otorgamiento e inscripción.

43 La única facultad que la reforma otorga a la autoridad administrativa, es limitar el caudal de la solicitud si manifiestamente no existiera equivalencia entre la cantidad de agua que se solicita extraer, atendidos los fines señalados en la memoria explicativa.

transferencia de los derechos, los cuales pueden adquirirse libremente en el mercado con fines meramente especulativos.

c) Perpetuidad: La regulación actual del Código de Aguas, y las normas constitucionales relativas a la propiedad del derecho de aprovechamiento, otorgan perpetuidad a su titular, debido a que una vez que estos son constituidos o reconocidos, son perpetuos. Incluso, su uso indebido o no uso, en ningún caso constituyen causal de caducidad.

d) Transferibles y Transmisibles: El artículo 21 del Código de Aguas, en relación a la transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento, hace una remisión a las normas del Código Civil señalando que *"se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código"*. En la práctica, y al adoptar esta normativa, la transmisión y transferencia se sujeta a las formalidades y solemnidades que el derecho civil contempla para los bienes inmuebles, requiriendo escritura pública, inscrita en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente en caso de transferencia, y los trámites propios de la posesión efectiva e inscripción especial de herencia, en caso de transmisión.

e) Hipotecables: Los derechos de aprovechamiento que estuviesen inscritos, de acuerdo a lo señalado por el artículo 110 del Código de Aguas, *"pueden ser hipotecados independientemente del inmueble al cual su propietario los tuviere destinados"*. Como una consecuencia de la separación del agua de la tierra, es perfectamente posible que en un inmueble específico donde se realiza la extracción del recurso hídrico, sean hipotecados sólo los derechos de aprovechamiento, y el inmueble quede libre de este gravamen.

Si analizamos detenidamente las características actuales del derecho de aprovechamiento de aguas, se evidencia que la institucionalidad jurídica instaurada por la dictadura y traducida en la dictación del Código de Aguas de 1981, actualmente vigente en Chile, viene a romper con las garantías existentes para el agua hasta ese momento, y define simultáneamente el agua como un bien nacional de uso público y como bien económico, lo que permite y promueve su gestión a través de la oferta y la demanda, sin consideración a la satisfacción de las necesidades de la población y sin tomar los debidos resguardos ambientales que se requieren para asegurar la existencia de un recurso vital y escaso como el agua. Lo anterior, regido por las pautas otorgadas por la propiedad privada, la que además está resguardada constitucionalmente a través de acción de amparo.

El hecho de que el modelo de gestión del agua en Chile, se basa en criterios de asignación y transacciones de mercado, en aquellas zonas donde hay mayor escasez, la libre competencia favorece la concentración del recurso en los sectores que aparecen como motores del desarrollo, en desmedro de la satisfacción de las necesidades básicas de la población; al mismo tiempo que deja de lado aquel principio rector de que el agua es un bien público, común a la humanidad, y fundamental para la vida y la salud, que debe tratarse como un bien social y cultural, y que su gobernanza, gestión y ordenación está por sobre de los principios del mercado. La separación del agua de la tierra, solo fomentó un "mercado de aguas", para los derechos de aprovechamiento, los cuales al ser asignados de manera perpetua y sin costo alguno para los titulares, pueden transarse libremente al mejor postor, sin consideración de la satisfacción de las necesidades de la población, ni tampoco consideraciones ambientales que exige un recurso vital y escaso como el agua, eliminando toda posibilidad de realizar un planificación o gestión centralizada del recurso hídrico.

4. PRINCIPALES DIFICULTADES DE LA INSTITUCIONALIDAD DE LAS AGUAS EN CHILE

Con las ideas expuestas anteriormente, y entendiendo el tránsito realizado por la legislación chilena desde normas que garantizaban usos prioritarios y la administración del recurso hídrico por el Estado de Chile, hacia un sistema de gestión regido por criterios de mercado, no es difícil constatar que los casi cuarenta años de la normativa de aguas, han generado problemáticas al agua en Chile tanto en la propiedad, gestión, manejo y disponibilidad de las mismas como en su captación, distribución, utilización y tratamiento. Si bien podemos decir que Chile es uno de los países privilegiados a nivel mundial, desde el punto de vista de la disponibilidad de recursos hídricos de superficie⁴⁴, sumando además las reservas de agua en Campos de Hielo Norte y Sur, y la zona austral, se trata de un patrimonio hídrico que por la configuración geográfica, condiciones climáticas y físicas de nuestro país, se encuentra irregularmente distribuido.

Si a las dificultades planteadas por la configuración territorial de nuestro país, sumamos el hecho de que el marco normativo y modelo de gestión de aguas está centrado en criterios de asignación de derechos de aprovechamiento y transacciones de mercado, el panorama no resulta alentador. El modelo chileno plantea una fuerte presión sobre los recursos hídricos, especialmente en aquellas zonas en que este resulta más escaso. Si planteamos la "libre competencia" como criterio de gestión entre los diversos usos posibles del recurso hídrico, trae como resultado la concentración de la propiedad en aquellos sectores como el minero, eléctrico, o agrícola, en perjuicio del acceso al agua para la mayoría de la población. Entre las problemáticas derivadas de la institucionalidad del agua podemos mencionar:

a) Escasez: Las proyecciones relativas a los eventuales requerimientos de agua potable para el año 2050, de acuerdo al Quinto Informe Intergubernamental de Expertos sobre el cambio climático, elaborado el año 2014 por la ONU, establece que el agua en Chile, podría disminuir hasta un 40%, en algunas zonas del país, mayoritariamente en la zona norte⁴⁵. Este fenómeno, potenciado por la regulación jurídica vigente que durante años ha entregado derechos de aprovechamiento gratuitos, y a perpetuidad, ha fomentado la concentración de la propiedad del agua en unos pocos actores, con graves consecuencias sociales, económicas y ambientales, y la evidente escasez para el resto de la población. El hecho de que los derechos de aprovechamiento sean una mercancía, impide la generación de estrategias de largo alcance, que puedan comprometer y beneficiar a todos los sectores de la nación.

b) Concentración: A nuestro parecer, una de las consecuencias más negativas del régimen jurídico de las aguas en Chile, es la concentración de la propiedad. Al otorgarse los derechos de agua de manera gratuita, a perpetuidad y con la posibilidad de libre transferencias en el mercado de aguas, los derechos de aprovechamiento quedan en manos de los sectores

44 Programa Chile Sustentable, "Agua: Dónde está y de quién es", Año 2003.

45 Asimismo, el aumento de las temperaturas en Chile supone una menor cantidad de nieve caída durante los meses de invierno, y al mismo tiempo un derretimiento más acelerado, por lo que el ciclo natural del agua se ve alterado directamente por el cambio climático, ya que los caudales aumentan en invierno y primavera, a diferencia de lo que ocurría años atrás, en que los deshielos de las reservas de nieve caídas en el invierno, aseguraban un caudal constante en verano y otoño.

con mayor poder adquisitivo⁴⁶. La concentración impide el correcto abastecimiento del recurso en aquellas zonas del país que son más pobres, y al mismo tiempo genera monopolios, impidiendo el acceso a sectores productivos claves y estratégicos, como la agricultura, o generación de electricidad, con el consiguiente aumento de precios de esos servicios.

c) Ineficiencia: Si consideramos que los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile se constituyen sin ningún tipo de preferencia, condición, u obligación de dar una utilización efectiva y beneficiosa del recurso hídrico, la tendencia es inevitable hacia la ineficiencia. Los criterios de mercado, aplicados a los derechos de aprovechamiento de aguas, favorecen el acaparamiento, y la especulación, con la consiguiente merma de recursos para el bienestar social general, y la satisfacción de condiciones mínimas de desarrollo, como son el acceso al agua potable y la sanidad.

d) Contaminación: Si tomamos en cuenta que la gran parte de los derechos de aprovechamiento de aguas concedidos a lo largo de Chile, han sido objeto de una transferencia posterior en el denominado "mercado del agua", no es de extrañar que las mayores causas de contaminación estén relacionadas con las actividades productivas predominantes. Así en la zona norte del país, la mayor fuente contaminante del agua es la industria minera, tanto privada como estatal. De la misma manera, si nos fijamos en la zona centro sur del país, los principales agentes contaminantes del agua provienen de sustancias químicas que son habituales en la agricultura y en la industria forestal. Lo anterior, produce no sólo el deterioro del recurso hídrico, sino que también la *"degradación del hábitat, pérdida de biodiversidad y de belleza escénica, con la consiguiente disminución del turismo"*⁴⁷, entre otras consecuencias adversas para el medio ambiente.

5. EVENTUALES REFORMAS AL CÓDIGO DE AGUAS

El año 2005 se introdujeron una serie de reformas a la legislación de aguas de nuestro país, son embargo quince años después los resultados y la plena vigencia de las problemáticas mencionadas en el numeral anterior, nos llevan a la conclusión que se trató de reformas más bien cosméticas en vez de modificaciones reales al esquema de gestión de los recursos hídricos. Si partimos de la base de que el tratamiento del agua se sigue rigiendo por las normas de mercado, blindadas por la Constitución, se hace necesario que al menos se establezcan mecanismos de control a nivel legal. Algunas propuestas interesantes de trasponer al sistema chileno serían:

a) La incorporación de cargos y cobros por los diferentes conceptos relacionados a la utilización del recurso hídrico. El ingreso de instrumentos de carácter económico en los diversos niveles de operación de los derechos de aprovechamiento (asignación, utilización, transferencia, uso, consumo y

46 A modo de referencia, el valor de un derecho de aprovechamiento de aguas en la cuenca del Estero la Patagua, comuna de La Ligua, Provincia de Petorca, equivalente a un litro por segundo, tiene un valor de 20.000 Euros. Un litro por segundo, alcanza para regar una hectárea de terreno plantada. Sumar ese valor al costo de producción de una hectárea de alimentos, hace prácticamente imposible generar competencia entre los pequeños productores agrícolas locales y los grandes conglomerados agrícolas y alimenticios. Una consecuencia podríamos decir "extraña", en un sistema cuya justificación fue precisamente favorecer la competencia de los sectores productivos.

47 Programa Chile Sustentable, Opr. Cit.

tratamiento), fomenta e incentiva el uso eficiente del agua, de manera que no sólo se vea como una mercancía cualquiera, sino que a raíz de la función social que cumple, contribuya a los objetivos medioambientales que la política estatal defina. En la legislación española, esto se traduce en el denominado "principio de recuperación de costos"⁴⁸, consagrado en el artículo 111 bis de la Ley de Aguas. Esta figura contempla que por la ocupación, utilización y aprovechamiento de los bienes del dominio público hidráulico español, los titulares deberán pagar una tasa, en favor del organismo de cuenca competente, la que estará destinada a la "protección y mejora de dicho dominio". Además se establecen canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica, por vertidos al dominio público hidráulico, entre otros.

b) Establecimiento de criterios de prelación. La no existencia de usos prioritarios del agua en la legislación chilena actual, atenta directamente contra la consideración del acceso al agua potable y saneamiento como un derecho humano. El que para el legislador chileno, el agua utilizada por ejemplo para la producción minera se encuentre al mismo nivel de importancia que la destinada para bebida y consumo de la población, roza lo absurdo. Como mencionamos en el capítulo II del presente trabajo, el establecimiento de criterios en cuanto a las prioridades de uso del recurso hídrico, existen en Chile desde la dictación de Código de Aguas del año 1951, en que si bien los derechos de aprovechamiento una vez constituidos se regían por el derecho privado, se establece que ciertos usos del agua se encontraban por sobre otros, y por ende gozaban de preferencia en su asignación y utilización. De la misma manera, con posterioridad, la Reforma Agraria del año 1967 si bien suprime el listado de preferencias u orden de prelación del Código de Aguas de 1951, adopta una fórmula diferente para establecer que ciertos usos son más importantes que otros, señalando la bebida y los usos domésticos, como una prioridad de asignación del recurso, facultando al Presidente de la República para declarar la extinción total o parcial de los derechos de aprovechamientos de aguas vigentes en una zona determinada, y proceder a su reasignación. Asimismo, la legislación española también contempla criterios de prelación o de asignación preferente de derechos de aprovechamiento, ya sea que lo establezca el plan hidrológico de la respectiva cuenca, o se siga el orden general establecido por la ley. Dicho orden general, establece como primer uso el "Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal"⁴⁹.

c) Redefinición del derecho de aprovechamiento de aguas. Si tomamos como punto de partida, la declaración que realiza el artículo 5, del Código de Aguas chileno, al afirmar que "Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas", resulta fundamental re definir las características y prerrogativas que este derecho otorga y que fueron analizadas en el capítulo II del presente trabajo. De esta forma proponemos que en una eventual reforma, debiesen añadirse criterios como:

- La exigencia de una justificación clara y precisa en la solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, así como la obligación de acompañar un estudio de evaluación de impacto ambiental a la solicitud.
- La vinculación de los derechos de aprovechamiento concedidos al uso específico para el cual fueron otorgados. Añadiendo sanciones en caso de

48 Artículo 111 bis, Ley de Aguas.

49 Artículo 60, N°3. Ley de Aguas.

- modificación del uso sin la previa autorización, así como la caducidad del derecho, como mecanismo de control. Este criterio, ya se contemplaba en el primer Código de Aguas de Chile⁵⁰.
- La temporalidad de los derechos de aprovechamiento. La normativa actual, otorga los derechos de aprovechamiento a perpetuidad, es decir, una vez que estos son constituidos, pasan a formar parte del patrimonio del titular, sin establecer un tiempo de uso, o retorno al Estado. La inclusión de un criterio de temporalidad, desincentivaría el ingreso de especuladores al mercado de aguas, o de acaparadores, más aún teniendo presente que los usos indebidos, o la no utilización, no constituyen causal de caducidad.
 - La regulación y control estatal de las transferencias y transmisiones de los derechos de aprovechamiento de aguas. Una vez que los derechos de aprovechamientos son constituidos, su titular es libre de transferirlos a quien desee, y al precio que desee. La legislación chilena entrega la gestión de un recurso estratégico como es el agua, a los criterios del mercado. Es decir, el que paga más se queda con ellos, sin ninguna exigencia u obligación de uso o utilización racional. Establecer una autorización del organismo competente en materia de aguas, otorgada en base a criterios de sostenibilidad, y consistente con criterios de prelación de utilización del recurso, establecidos con la finalidad de garantizar el uso doméstico preferencial, supondría un control mayor por parte del Estado, así como la posibilidad de evitar acaparamiento, especulaciones, y monopolios de agua.
 - Posibilitar las asignaciones de carácter temporal y preferencial, en casos de situaciones extremas. De acuerdo al estado actual de agotamiento de las cuencas, la sequía, la escasez y la crítica situación de algunas zonas del país, en que el 76% de la superficie del país está afectada por sequía, desertificación y suelo degradado⁵¹, sería interesante contar con mecanismos que permitiesen la asignación de derechos temporales, en casos de necesidad o crisis, y de esta forma romper la actual superposición de intereses económicos por sobre los de la población, en que las presiones ejercidas por sectores productivos que se consideran "rentables", están por sobre el derecho al agua de pequeños campesinos, u otros centros poblados, que son los primeros sin acceso al agua en situaciones extremas.

6. CONCLUSIONES

La no existencia de usos prioritarios del agua en la legislación chilena actual, constituye uno de los principales defectos del sistema normativo vigente. Que para el legislador chileno, el agua utilizada por ejemplo para la producción minera se encuentre al mismo nivel de importancia que la destinada para bebida y consumo de la población, atenta directamente contra la consideración del acceso al agua potable y saneamiento como un derecho humano, lo que hace urgente el establecimiento de criterios de prelación. Que la actual configuración del derecho de aprovechamiento de aguas, de carácter gratuito, perpetuo, sin asignación a un uso determinado,

50 El artículo 26, del Código de Aguas de 1951, señalaba que "*Las aguas concedidas para un fin determinado no podrán aplicarse a otro diverso sin la autorización correspondiente*", por lo que una vez constituido, este derecho quedaba sujeto al uso específico para el cual había sido otorgado.

51 Estudio "Radiografía del Agua. Brecha y Riesgo Hídrico en Chile". Fundación Chile, año 2018.

y con la libre posibilidad de transferencia, sólo viene a agravar el panorama descrito. Se hace necesario plantear reformas que establezcan la exigencia de una justificación clara y precisa en la solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, así como la obligación de acompañar un estudio de evaluación de impacto ambiental a la solicitud. Asimismo, la vinculación de los derechos de aprovechamiento concedidos al uso específico para el cual fueron otorgados. Finalmente, consideramos absolutamente necesario el establecimiento de una política nacional de recursos hídricos, construida en base a criterios de sustentabilidad. El control por el Estado del recurso hídrico, permitiría el establecimiento de políticas claras en relación a los usos que la sociedad considera más beneficiosos o relevantes, y la incorporación de más y eficientes tecnologías de planeación, asignación, distribución y manejo, al mismo tiempo que se avanza en la asimilación social de una nueva cultura del agua. Una política nacional de recursos hídricos, permitiría planificar y resguardar intereses a largo plazo, velando por los intereses generales de la población, y no sólo de grupos económicos.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO (AECID), "Exigibilidad de los derechos humanos al agua y al saneamiento". Año 2017.
- DE LA CÁMARA, G. (2017). "La Agenda 2030 y el ODS 6 – Mucho más que agua". Foro de la Economía del agua.
- DE LUIS ROMERO, E; FERNÁNDEZ ALLER, M.C. Y ACHA, C. (2013). "Derecho humano al agua y al saneamiento: derechos estrechamente vinculados al derecho a la vida". Documentación Social, N° 170. Cáritas.
- DÍAZ LOPEZ, L. (1989). "El Derecho en América en el Período Hispánico". Editorial: Ediciones "La Antigua", año 1989.
- DONOSO HARRIS, G. (2003). "Mercados de agua: estudio de caso del código de aguas de Chile de 1981". CEPAL.
- DUHART, D. (2018). "La institucionalidad de la gestión del agua en Chile". Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, año 2016. Estudio "Radiografía del Agua. Brecha y Riesgo Hídrico en Chile". Fundación Chile.
- FERNÁNDEZ ALLER, C. Y DE LUIS ROMERO, E. (2015). "El derecho humano al agua y al saneamiento". Revista Ambiente N°113.
- HOWARD, F. Y BARTRAM, J. (2003). "Domestic Water Quantity, Service, Level and Health" Organización Mundial de la Salud, Ginebra, Suiza.
- MATUS, N. et alii. (2004). "Recursos hídricos en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad". Programa Chile Sustentable.
- ORREGO, J. P. (2004). "Legislación e Institucionalidad para la Gestión de las Aguas", en Programa Chile Sustentable, "Recursos Hídricos en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad", Lom Ediciones,
- PROGRAMA CHILE SUSTENTABLE (2003). "Agua: Dónde está y de quién es".
- ROJAS CALDERON, C. (2011). "La distinción entre el agua como bien público y el derecho de aprovechamiento. Sus efectos en la competencia de las juntas de vigilancia de los ríos, y la de las asociaciones de canalistas y comunidades de agua". Actas de Derecho de Aguas, N°1.
- SAAVEDRA CRUZ, J. (2008). "Las Aguas como bien nacional de uso público". Centro de estudios. Fiscalía del Medio Ambiente.
- SOTELO NAVALPOTRO, J.A. (2018). "Consumo de agua y Huella Hídrica de las ciudades españolas". Estudios Geográficos, vol. 79, n° 284, pp. 115-140. ISSN 0014-1496.
- SOTELO NAVALPOTRO, J.A. (2017). "Mecanismos económicos en la Ley de Aguas española. ¿Instrumentos para sostenibilidad?" Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles, n° 75. pp. 423-446.