

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

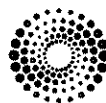
**ACTAS DE LAS VII JORNADAS  
DE DERECHO AMBIENTAL**

**RECURSOS NATURALES  
¿SUSTENTABILIDAD O SOBREEXPLOTACIÓN?**

**SERGIO MONTENEGRO  
JORGE ARANDA  
XIMENA INSUNZA  
PILAR MORAGA  
ANA LYA URIARTE  
EDITORES**

**CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL**

**LEGALPUBLISHING**



**THOMSON REUTERS**

## ÍNDICE

	Página
1. COMITÉ .....	V
2. PRESENTACIÓN .....	IX
 3. CAMBIO CLIMÁTICO	
3.1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN RELACIÓN A LA IMPLEMENTACIÓN DE LA POLÍTICA NACIONAL DE ADAPTACIÓN..... <i>Gabriel Araya Ahumada</i>	3
3.2. INCORPORACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL APLICABLES A LAS ZONAS COSTERAS EN CHILE..... <i>Mindy Fuentes Jara</i>	25
3.3. RESPONSABILIDAD CIVIL Y CAMBIO CLIMÁTICO..... <i>Mathilde Bouttonet</i>	53
 4. DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO DEL MEDIO AMBIENTE	
4.1. ¿NOS BASTA CON LOS CONVENIOS INTERNACIONALES EXISTENTES PARA UNA ADECUADA REGULACIÓN DEL USO SUSTENTABLE DE LOS RECURSOS NATURALES?..... <i>Ximena Fuentes Torrijo y Juan Pablo Aristegui Sierra</i>	65
4.2. EL BUEN VIVIR Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LAS NUEVAS CONSTITUCIONES DE BOLIVIA Y ECUADOR..... <i>Raúl Fernando Campusano Droguett</i>	105

II	ÍNDICE	
	Página	
5. JUDICIALIZACIÓN DEL CONFLICTO AMBIENTAL		
5.1. ¿QUÉ PUEDE Y QUÉ NO PUEDE HACER EL COMITÉ DE MINISTROS? LA CUESTIONABLE DECISIÓN DEL CASO PUNTA ALCALDE .....	133	
<i>Natalia Alfieri Arroyo</i>		
5.2. JURISDICCIÓN AMBIENTAL.....	163	
<i>Andrés Bordalí Salamanca</i>		
6. BORDE COSTERO Y RECURSOS MARINOS		
6.1. LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LAS CONCESIONES ACUÍCOLAS.....	183	
<i>Leslie Cannoni Mandujano, Camila Martínez Encina y Pamela Torres Bustamante</i>		
6.2. EL MODELO DE PESCA SOSTENIBLE EN AUSTRALIA: LECCIONES PARA CHILE.....	207	
<i>Lynna Patricia Cortés Rueda</i>		
6.3. EL IMPACTO DE LA REGULACIÓN DE LA PESCA EXTRACTIVA EN EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD ALIMENTARIA.....	237	
<i>Jorge Bermúdez Soto</i>		
7. RECURSOS HÍDRICOS: PERSPECTIVAS DE REFORMA		
7.1. LA REGULACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS COMO BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO. EVENTUALES EFECTOS DE SU INCORPORACIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.....	277	
<i>Carolina Riquelme Salazar</i>		
7.2. TRATAMIENTO DEL DERECHO HUMANO DE ACCESO AL AGUA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO E INSTITUCIONAL CHILENO.....	305	
<i>Felipe Tapia Valencia</i>		
8. CONSIDERACIONES AMBIENTALES DEL DERECHO DE AGUAS		
8.1. CRÍTICA A LEY Nº 20.017 QUE MODIFICA EL CÓDIGO DE AGUAS DE 1981: ASPECTOS EN DIRECCIÓN CONTRARIA A LA SUSTENTABILIDAD.....	333	
<i>Christian Valenzuela Jensen</i>		

ÍNDICE	III
	Página
8.2. VARIABLES AMBIENTALES EN EL CÓDIGO DE AGUAS.....	359
<i>Camila Boettiger Philipps</i>	
8.3. “¿ES EL CAUDAL DE RESERVA UNA HERRAMIENTA QUE PERMITE VELAR POR LA CONSERVACIÓN AMBIENTAL?”.....	377
<i>Trinidad Prieto Andueza y Francisco Puelma Correa</i>	
9. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL	
9.1. ENFRENTANDO PARADIGMAS: CIENCIA, DERECHO Y PRECAUCIÓN.....	411
<i>Sebastián Rebolledo Aguirre</i>	
10. EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN DE IMPACTOS AMBIENTALES	
10.1. CONSULTA DE PERTINENCIA DE INGRESO AL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: UN PROBLEMA PRÁCTICO-JURÍDICO.....	447
<i>Gustavo Arellano Reyes y Carolina Silva Santelices</i>	
10.2. NOTAS RESPECTO AL FRACCIONAMIENTO DE PROYECTOS EN EL SISTEMA DE EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL.....	479
<i>Edesio Carrasco Quiroga</i>	
11. BIODIVERSIDAD Y RECURSOS NATURALES ASOCIADOS	
11.1. LA DIMENSIÓN GENÉTICA DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA: UNA TAREA PENDIENTE.....	501
<i>Alejandra Donoso Cáceres</i>	
11.2. SERVICIOS ECOSISTÉMICOS Y AMBIENTALES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.....	523
<i>Verónica Delgado Schneider</i>	
11.3. COMENTARIOS ACERCA DEL MARCO REGULATORIO APLICABLE A LAS FORMACIONES XEROFÍTICAS.....	555
<i>Camila Martínez Encina y Pamela Torres Bustamante</i>	

## 12. PARTICIPACIÓN CIUDADANA

- 12.1. FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA AMBIENTAL A TRAVÉS  
DE UN INSTRUMENTO REGIONAL ..... 573  
*Constance A. Nalegach*

## 13. PONENCIA COLECTIVA DEL CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

- 13.1. LOS TRIBUNALES AMBIENTALES Y LA SUPERINTENDENCIA  
DEL MEDIO AMBIENTE: UNA REVISIÓN INELUDIBLE A MÁS  
DE UN AÑO DE FUNCIONAMIENTO..... 603  
*Centro de Derecho Ambiental*

## 14. PONENCIA MAGISTRAL DEL PROFESOR CARL BAUER

- 14.1. ¿LA LEY DEL PÉNDULO? CONFLICTOS DE AGUAS Y GOBER-  
NANZA EN CHILE DESDE 2005 ..... 637  
*Carl Bauer*

14.1. ¿LA LEY DEL PÉNDULO?  
CONFLICTOS DE AGUAS Y GOBERNANZA EN CHILE DESDE 2005\*

CARL BAUER\*\*

I. INTRODUCCIÓN

¿Está el pesado péndulo de la ley de aguas chilena balanceándose nuevamente? El péndulo se movió dos veces, de un extremo a otro, en los últimos cincuenta años: primero a un sistema de control estatista de recursos hídricos en 1967 y luego a su antítesis neoliberal en 1981: un libre mercado de derechos de agua<sup>1</sup>. En los años noventa el “modelo de aguas chileno” se hizo famoso en el mundo de las políticas hídricas internacionales como el típico ejemplo de libro de texto de derechos de propiedad privatizados, mercados hídricos sin regulaciones y autoridad gubernamental debilitada. Desde ese momento, el libre mercado de los derechos de agua ha sido el tema dominante en las políticas hídricas en Chile, tanto en debates nacionales como internacionales. El Código de Aguas de 1981 sigue en pie hasta hoy, ligeramente modificado por una reforma legal aprobada en 2005.

Mi argumento en este artículo es que los *conflictos* de agua en Chile son un problema de mayor importancia que los *mercados* de agua, y, por tanto,

\* Traducido por Gabriel Alvarado. Muchas gracias a Sarah Kelly-Richards, Manuel Prieto y David Tecklin por sus comentarios a una versión anterior.

\*\* Universidad de Arizona, Escuela de Geografía y Desarrollo Tucson, Arizona, U.S.A. Jornadas de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, Chile, octubre de 2014.

<sup>1</sup> El Código de Aguas de 1967 fue parte de la Ley de la Reforma Agraria. Antes de eso el péndulo estuvo en un punto medio, puesto que el Código de Aguas de 1951 combinó los derechos de agua privados con una fuerte regulación gubernamental, de manera semejante al Oeste Norteamericano en la primera parte del siglo XX. Ver BAUER (2004), (1998).



la política pública debería enfocarse en mejorar la *gobernanza* del agua<sup>2</sup>. En Chile son comunes las transacciones de los mercados de agua y han tenido efectos económicos importantes, tanto positivos como negativos. Pero el problema crítico del modelo de aguas chileno es la falta de capacidad institucional para la gobernanza y para la gestión integrada de recursos hídricos. En los nueve años transcurridos desde la reforma del año 2005, Chile ha enfrentado una serie de diversos problemas relativos al agua a lo largo del país. Algunos de los conflictos han sido esencialmente políticos y se refieren al enfoque neoliberal del modelo hídrico. Muchos otros, en cambio, han correspondido a situaciones o proyectos específicos, especialmente cuando se involucran diversos usos o valores de los recursos hídricos.

Una breve lista de ejemplos de conflictos hídricos, algunos de los cuales datan desde los 1990, abordados ampliamente por los medios de comunicación en Chile, incluirían:

– sequía severa, bombeo excesivo de aguas subterráneas y uso ilegal de recursos hídricos en ciertas zonas del norte y el centro de Chile, involucrando a la agricultura, las áreas urbanas y la minería. El Valle de Copiapó ha sido el ejemplo emblemático; otros casos de importancia son los de Aconcagua y La Ligua/Petorca;

– numerosos proyectos de represas hidroeléctricas en el centro y sur de Chile, con efectos en otros usuarios de aguas, habitantes locales y el medio ambiente; en los 1990 los ejemplos más importantes fueron los conflictos por las represas de ENDESA, Pangué y Ralco, en la cuenca del Río Bío-Bío; más recientemente, el proyecto Hidroaysén, en la Patagonia, ha sido el caso más famoso, ahora frenado por la fuerte oposición; en la cuenca del Río Maule ha habido conflictos por décadas entre las represas hidroeléctricas y grandes organizaciones de regantes;

– varios proyectos mineros de gran magnitud en el norte y centro de Chile, algunos operativos y otros aún en etapa de planeamiento, que implican un gran impacto en los glaciares u otras fuentes de agua, tanto en su calidad

<sup>2</sup> La gobernanza, desde mi punto de vista, en el fondo tiene que ver con resolver conflictos, como se comenta más abajo.

como en su cantidad. Estos generan impactos en las comunidades locales, sean campesinas o indígenas: el conflicto sobre el proyecto Pascua Lama es probablemente el más importante.

La mayoría de los conflictos más serios sobre el agua han sido ligados a conflictos sobre energía y medio ambiente, sobre todo al desarrollo hidroeléctrico y minero. Esto quiere decir que la gobernanza del agua depende en gran parte de la gobernanza de la energía y del medio ambiente, dos sectores que tienen sus propias historias e instituciones. Conflictos sobre los proyectos y políticas energéticas han dominado la política ambiental en Chile desde hace muchos años. Esto es crucial para el nexo agua/energía en Chile, lo que significa que los sistemas hídricos y los sistemas energéticos se interrelacionan de manera muy compleja. El cambio climático afecta fuertemente el nexo agua/energía, y es afectado por él, como se ve en el caso de la hidroelectricidad<sup>3</sup>.

El nuevo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, que dio inicio en 2014, ha incorporado una amplia agenda de reformas al modelo neoliberal en Chile. Como parte de ello, la presidenta Bachelet ha anunciado cambios “sustantivos” al Código de Aguas y una enmienda a la cláusula relativa a los derechos de propiedad en la Constitución<sup>4</sup>. Si se aprueban estas modificaciones, el péndulo de los derechos de aguas se alejaría de su posición actual, fija en el extremo neoliberal del espectro. Dónde va a detenerse el péndulo ahora aún no está claro.

En este artículo reviso los debates que se han dado en Chile en torno a la política y las políticas públicas de recursos hídricos desde el 2005, la última ocasión en que se modificó el Código de Aguas. Al hacerlo voy a actualizar el análisis y las conclusiones de mi último libro sobre derechos de agua en Chile, *Canto de Sirenas: El Derecho de Aguas Chileno como Modelo para Reformas Internacionales*, publicado en 2004<sup>5</sup>. A medida

<sup>3</sup> BAUER (2009).

<sup>4</sup> Discurso del 21 de mayo de 2014. Este gobierno es el segundo de Bachelet, quien también gobernó durante 2006-2010.

<sup>5</sup> BAUER (2004). Publicado en inglés como *Siren Song: Chilean Water Law as a Model for International Reform*. En este artículo las citas se refieren a la edición en inglés.

que evoluciona, el modelo hídrico chileno sigue siendo un ejemplo de importancia internacional de un enfoque del derecho y economía del agua orientado al mercado. Aquí cuestiono e intento responder cómo se vería una postura moderada en el péndulo de los derechos de aguas en Chile y cómo los conflictos de aguas podrían ser resueltos más adecuadamente. Queda por ver si los cambios en las fuerzas políticas en Chile se traducirán en modificaciones duraderas en los derechos e instituciones de propiedad, al igual que las implicancias que puede haber para responder al cambio climático y la sustentabilidad ecosistémica en el futuro.

El presente documento se estructura de la siguiente manera: en la parte II se resumen publicaciones internacionales recientes en torno al problema de la gobernanza hídrica, desde la perspectiva de organizaciones internacionales que son actores claves en esta área, tales como el Banco Mundial y Global Water Partnership (GWP). En la parte III se resume el argumento presentado en *Canto de Sirenas* para describir la situación de las políticas de aguas y su gobernanza en Chile hacia 2004. En la parte IV, se discute la reforma legislativa del Código de Aguas, que conllevó algunos cambios modestos, pero significativos.

En la parte V, reviso la evolución del debate dado en políticas públicas e investigación académica sobre los derechos de agua en Chile desde el 2006 hasta el 2014. Esta parte incorpora también la notable cobertura de los medios de los conflictos hídricos. También incluye asimismo la ronda más reciente de debates políticos en el 2014, gatillada por el anuncio de la presidenta Bachelet de que su gobierno propugnaría modificaciones constitucionales y legales en la legislación de aguas. La parte VI da cuenta de un resumen de lo anterior.

Es necesario procurar un equilibrio entre las diversas perspectivas y prioridades. El agua es un recurso con múltiples usos y valores. Para dar cuenta de todos ellos, requerimos de una aproximación interdisciplinaria a la gobernanza hídrica y a la economía del agua. La mayoría de los valores de las aguas son de categorías distintas, es decir, cualitativamente diferentes, por lo que no resultan fácilmente comparables por medio de una medida cuantitativa como el precio. Finalmente los procesos de toma de decisiones son siempre cualitativos, como al decidir cuáles reglas y categorías son las que importan.

## II. GOBERNANZA DEL AGUA EN POLÍTICAS INTERNACIONALES

El concepto "gobernanza del agua" (en inglés *watergovernance*) se popularizó durante los años noventa como parte de debates internacionales en torno a conceptos como "desarrollo sustentable" y "manejo integrado de recursos hídricos". Debido a un uso descuidado y excesivo, estos términos han tendido a transformarse en generalidades vacías. ¿Cuál es la diferencia entre gobernanza y política? Para mí es difícil decirlo. Defino "gobernanza" como el proceso genérico de gobernar, mientras que el "gobierno" corresponde a instituciones formales y específicas que gobiernan. La gobernanza es por lo tanto una categoría más amplia que el gobierno, la cual incluye una gran variedad de actores sociales y políticos además del Estado<sup>6</sup>.

Aquí, por ejemplo, están las definiciones expansivas de gobernanza utilizadas por dos organizaciones internacionales. Según el PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), en 2001:

"Gobernanza es el ejercicio de autoridad económica, política y administrativa, cuyo fin es administrar los asuntos de un país en todos los niveles ... consiste de los mecanismos, procesos e instituciones mediante los cuales los ciudadanos y agrupaciones articulan sus intereses, ejercen sus derechos legales, reconocen sus obligaciones y median sus diferencias"<sup>7</sup>.

Y según la Global WaterPartnership en 2002:

"La gobernanza del agua se refiere al abanico de sistemas políticos, sociales, económicos y administrativos que tienen lugar para desarrollar y gestionar recursos hídricos y la entrega de servicios de aguas, en los diversos niveles de la sociedad"<sup>8</sup>.

Para los propósitos del presente trabajo, la gobernanza del agua corresponde a los procesos políticos y legales, así como las instituciones, cuyo fin es *resolver conflictos* en torno al agua, especialmente aquellos conflictos

<sup>6</sup> Los párrafos que siguen se basan en SCHLAGER y BAUER (2011), pp. 23-24.

<sup>7</sup> Citado en ROGERS y HALL (2003), p. 7.

<sup>8</sup> *Ibidem*.



dados entre múltiples derechos, usos y valores del recurso. La resolución de conflictos, en este contexto, implica la elaboración de reglas y la toma de decisiones entre diversas alternativas, así como la implementación de las mismas. Así, la gobernanza no se limita a la mera función judicial<sup>9</sup>.

Permítanme ilustrar esto mediante el resumen de las posturas de dos organizaciones internacionales prominentes. En el año 2000, la Global Water Partnership (GWP) declaró la famosa consigna "la crisis del agua es principalmente una crisis de gobernanza". Por *gobernanza*, se entendía aquí básicamente resolución de conflictos:

"La presente amenaza a la seguridad de los recursos hídricos yace en el fracaso de las sociedades para responder al desafío de conciliar las diversas necesidades y usos del agua... Y la gobernanza se encuentra en el centro de la tensión y el delicado equilibrio entre los diversos usos del agua y su manejo"<sup>10</sup>.

Estas afirmaciones se dieron en el documento marco de la GWP para el 2º Foro Mundial del Agua, un evento internacional que tuvo lugar en La Haya, Países Bajos, el año 2000.

Para abordar estos conflictos urgentes, la GWP propuso reformas en las políticas de diversos países, las que podrían favorecer una administración de recursos hídricos más *integrada* (*integrated water resources management* o IWRM; en español "gestión integrada de recursos hídricos" o GIRH). En efecto, la misión de la GWP como organización es promover en todo el mundo la gestión integrada de recursos hídricos (GIRH), siguiendo los llamados Principios de Dublín. Estos eran cuatro principios acordados en una conferencia internacional, enfocados en temas como la sustentabilidad ambiental, la participación pública, la equidad para las mujeres y la lógica económica<sup>11</sup>. El más controvertido de estos principios afirmaba que "el agua tiene un valor económico en todos sus usos competitivos y debería reconocerse como un bien económico". En su documento marco, la GWP

<sup>9</sup> Ver CONCA (2006), para un análisis político valioso de la gobernanza internacional del agua.

<sup>10</sup> GLOBAL WATERPARTNERSHIP (2000A), p. 23, énfasis en el original.

<sup>11</sup> Para más información sobre GWP y GIRH, ver BAUER (2004) y CONCA (2006).

admitió la "naturaleza política" de "integrar los objetivos, creencias, intereses, y conocimientos aparentemente incompatibles de cada usuario del agua"<sup>12</sup>. Sin embargo, la gestión integral del agua (GIRH) es tanto la meta principal como la filosofía misma de GWP. La imagen clave consiste en un "peine" de la GWP, en el que los dientes del peine representan diversos sectores usuarios del agua, mientras un mango los mantiene a todos juntos<sup>13</sup>.

Tres años después la GWP publicó su documento fundamental, escrito por Peter Rogers y Alan Hall. Estos autores hicieron hincapié en que:

"la gobernanza se trata de implementar efectivamente una asignación y regulación socialmente aceptables y por tanto es intensamente política... Gobernanza abarca la manera en la cual las políticas distributivas y regulatorias se ejercen en la gestión de recursos (naturales, económicos y sociales) y acoge ampliamente las instituciones formales e informales por las que se ejerce autoridad"<sup>14</sup>.

Citaron las definiciones entregadas por el PNUD y la GWP ya aquí mencionadas.

En este amplísimo campo de juego, Rogers y Hall recorrieron una serie de tópicos, escuelas de pensamiento y aproximaciones, todos de suma importancia en la ciencia política contemporánea y la teoría política y social. Ejemplos de esto son los incentivos para el comportamiento de los legisladores; la relación entre el Estado y la sociedad civil; así como la tensión entre mercados y jerarquías centralizadas. Los autores se enfocaron particularmente en la gobernanza del agua; enfatizaron los fundamentos legales y las diversas instituciones y formas de derecho de propiedad. Rogers y Hall concluyeron que la gobernanza del agua sería más efectiva si más países reformaran sus políticas siguiendo los lineamientos de una gestión integrada de recursos hídricos (GIRH).

El Banco Mundial es la segunda organización abordada aquí. Se consideran sus principales publicaciones referentes a políticas hídricas, co-

<sup>12</sup> GLOBAL WATER PARTNERSHIP (2000A), p. 25.

<sup>13</sup> GLOBAL WATER PARTNERSHIP (2000B).

<sup>14</sup> ROGERS y HALL (2003), pp. 4 y 7.



rrespondientes a los años 1993 y 2004<sup>15</sup>. Los autores de estos documentos utilizan el término "management" ('manejo' o 'administración') en lugar de "governance" ('gobernanza'), pero hablan sobre el mismo asunto. Ambos documentos del Banco Mundial usan el lenguaje contemporáneo del manejo integral de los recursos hídricos, con el énfasis pro-mercado que ha caracterizado a esta institución en las últimas décadas. No obstante, a partir de principios de los noventa, la postura del Banco Mundial con respecto a las políticas hídricas y a la economía política ha cambiado sensiblemente, lo que tiene importantes implicancias en cuanto a la gobernanza del agua.

El documento *Policy Paper on Water Resource Management* del Banco Mundial, del año 1993, abarca muchas cosas: un énfasis general en los mercados, privatizaciones y precios, y diversos argumentos que favorecen la regulación gubernamental y el "fortalecimiento de arreglos institucionales" (*strengthened institutional arrangements*). El texto daba cuenta de generalidades acerca de la GIRH y de un "marco analítico comprensivo" (*comprehensive analytical framework*) que toma en cuenta las interdependencias entre sectores y proteja ecosistemas acuáticos", pero el significado concreto de todo esto era vago y el tono político se había desvanecido. Los anexos del documento incluían análisis críticos de las fallas de mercados y de las inversiones en el pasado, del Banco, en recursos hídricos<sup>16</sup>.

En contraste, una década después, los expertos en temas hídricos del Banco Mundial reafirmaron su autoridad y su punto de vista después de años de defender a esta institución de las críticas externas. Un ejemplo reciente es el trabajo e informe final de la World Commission on Dams (Comisión Mundial de Represas), del que el Banco Mundial se distanció lo más que pudo<sup>17</sup>. El documento de 2004 *Water Resources Sector Strategy* incorporó ideas de la GWP, tales como los Principios de Dublín y el concepto de "peine" del manejo integral del agua (GIRH)<sup>18</sup>. Pero el énfasis de este

<sup>15</sup> WORLD BANK (1993), (2004).

<sup>16</sup> WORLD BANK (1993), pp. 40-41. Ver también MOORE y SKLAR (1998), para un análisis crítico desde la perspectiva de ONG.

<sup>17</sup> Ver CONCA (2006); DUBASH, et al., (2001); WORLD COMMISSION ON DAMS (2000).

<sup>18</sup> WORLD BANK (2004). Para el peine de la GWP, ver pp. 12-13. El Banco re-nombró el cuarto Principio de Dublín el principio de "instrumento" (*instrument principle*), en lo que parece un intento burocrático obvio para evitar el término polémico de "económico" (p.1).

texto estaba en la *implementación* de las ideas del Banco Mundial, lo que implicaba una aproximación más concreta de cómo las reformas tienen lugar en el mundo real:

"El principal desafío de la administración no es la visión de una gestión integral de recursos hídricos, sino una aproximación 'pragmática pero con principios' que respete los preceptos de eficiencia, equidad y sustentabilidad al tiempo que reconoce que el manejo de los recursos hídricos es intensamente político y que una reforma requiere de la articulación de intervenciones pacientes, priorizadas, secuenciadas y prácticas. Para poder ser un socio más efectivo, el Banco debe prepararse para respaldar a los reformadores y para prestar más atención explícita en cuanto a diseño e implementación a la economía política de la reforma"<sup>19</sup>.

¿Qué quiere decir esto? Posteriormente en el texto los autores describen "la política económica del manejo de aguas y la reforma" como algo que pone "particular énfasis en la distribución de beneficios y costos, así como en los incentivos que alientan o constriñen el uso productivo y sustentable del recurso"<sup>20</sup>. Esta aproximación mucho más directa implicaba que el Banco Mundial iría a "emprender nuevamente infraestructura hidráulica de alto retorno/alto riesgo", especialmente represas<sup>21</sup>. Luego de un análisis de estas políticas, el argumento del Banco Mundial se torna un poco difícil de comprender: habiendo invocado la economía política como la distribución de costos y beneficios, los autores reenmarcaron el debate en términos de recompensas y riesgos, al tiempo que guardaban silencio sobre cómo dichos riesgos y recompensas serían distribuidos.

En resumen, el Banco Mundial y la Global Water Partnership han reconocido que la esencia de la gobernanza del agua es política y conflictiva. Sus recomendaciones para políticas públicas, sin embargo, tienden a minimizar los aspectos políticos y conflictivos.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 3, énfasis agregado.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 3.

### III. POLÍTICAS HÍDRICAS Y GOBERNANZA EN CHILE EN 2004

En esta sección resumo brevemente los argumentos de *Canto de Sirenas*, para describir la situación general de las políticas hídricas y de la gobernanza en Chile hacia el año 2004<sup>22</sup>. El libro cuenta la historia del modelo chileno actual de derechos y mercados del agua. Es una historia de legalidad, política económica, instituciones y geografía. El modelo chileno se ha hecho famoso en los círculos de políticas hídricas desde comienzos de los años noventa, puesto que es el modelo más extremo de aplicación de la economía de libre mercado al uso del agua. Como resultado, muchas personas de otros países han visto al Código de Aguas Chileno como un experimento único. El caso de Chile es ideal para ayudarnos a responder la pregunta central del libro:

¿Es la aproximación de libre mercado, que considera el agua como un bien económico, compatible con las metas más amplias y a largo plazo de un manejo integrado de recursos?

Concluyo al final que la respuesta es "no".

Los capítulos 1 y 2 proveen contexto, primero sobre políticas internacionales, economía y legalidad de los recursos hídricos (Capítulo 1); luego sobre el Código de Aguas de 1981 y su historia política y legal (Capítulo 2). El resto del libro contempla los más de veinte años desde que el Código de Aguas fue aprobado por el gobierno militar de Chile, en 1981. El debate público sobre leyes y políticas de recursos hídricos comenzó en 1990, cuando Chile retornó a la democracia. Dos características destacan notablemente en este período. Primero, en Chile hubo un fuerte desacuerdo político e ideológico sobre si reformar el Código de Aguas, por ejemplo, si hacerlo más neoliberal de alguna forma. Este debate continuó en el Congreso Chileno por más de una década y en 2004 la reforma aún no había sido aprobada y el resultado final era incierto.

En segundo lugar, en el debate del mercado del agua en Chile, se dio mucho más énfasis a los argumentos teóricos o ideológicos que a los estu-

<sup>22</sup> BAUER (2004).

dios académicos y empíricos. No obstante, hubo asimismo una acumulación gradual de la investigación científica. A finales de los años noventa, estas indagaciones ya habían llevado a un diagnóstico común sobre cómo los mercados del agua habían funcionado en la práctica. Existían pocos estudios sobre los problemas del manejo integrado del agua, la resolución de conflictos o la gobernanza del agua, más allá de mi propio trabajo.

Cada una de estas dos características principales obtuvo un capítulo del libro: el capítulo 3 describía el largo debate político y el capítulo 4 evaluaba los resultados empíricos. Dos conjuntos de temas dominaron tanto en el ámbito académico como en el de definición de políticas:

– ¿Cuáles deberían ser las normas legales básicas para definir los derechos de propiedad sobre el agua? ¿Cómo han afectado las reglas actuales a los incentivos económicos para el uso del agua? ¿Hay alternativas mejores?

– ¿Cómo han funcionado los mercados de agua en la práctica? ¿Cuáles han sido sus puntos fuertes y sus debilidades? ¿Cómo podrían remediarse mediante reformas legislativas o reglamentarias?

El capítulo 5, por su parte, resumía y ofrecía lecciones de utilidad para Chile y otros países. Finalmente, la estructura del libro consta de dos capítulos internacionales, los cuales sirven de marco para los tres capítulos intermedios centrados en Chile. Esta estructura refleja los dos grupos a los que está dirigido el libro: las personas en las trincheras de las políticas de recursos hídricos en Chile, y los interesados –tanto chilenos como extranjeros– en la trascendencia internacional del modelo.

Resumí los resultados empíricos del modelo chileno de la siguiente manera: (1) los derechos de propiedad privada han impulsado la inversión en el uso y la gestión del agua por parte de los privados; (2) los mercados del agua han estado limitados e inactivos en el centro y centro-sur de Chile, el corazón agrícola del país, por diversas razones (lo que, por lo general, no ha significado un problema mayor); y (3) los peores problemas se han relacionado con la gestión integrada de los recursos hídricos y la gobernanza de los conflictos por el agua, para lo que el marco institucional del Código de Aguas no fue bien diseñado. He descrito varios casos de conflictos de cuencas hidrográficas para ilustrar los problemas:



Cito de las conclusiones (dejando de lado los ejemplos):

“El Código de Aguas, junto con la Constitución, ha sido bastante eficaz en el logro de varias de sus prioridades originales, sobre todo aquellas que tienen que ver con el fortalecimiento de los derechos de propiedad privada...  
 “El Código de Aguas ha sido mucho menos eficaz en el logro de otros objetivos originales, particularmente aquellos que tienen que ver con el buen funcionamiento de los mercados del agua y los incentivos del mercado...  
 “El desempeño mixto de los mercados de agua en Chile se debe a diversos factores que dan forma, en un sentido más amplio, a los contextos sociales, institucionales y geográficos de estos mercados...  
 “Los resultados más negativos del Código de Aguas han involucrado asuntos de poco interés en Chile en 1981, pero que se han tornado como cada vez más críticos desde principios de los años noventa. Estos son problemas económicos, ambientales y sociales que están en el centro de los debates internacionales contemporáneos sobre la GIRH y la gobernanza del agua”<sup>23</sup>.

El debate político sobre la reforma del Código de Aguas se resume fácilmente. Hubo una trayectoria estable desde 1992 hasta 2004, a lo largo de tres gobiernos consecutivos de la *Concertación*: primero se presentaron propuestas para cambiar los elementos centrales del modelo mediante el fortalecimiento de la regulación gubernamental, para luego dar hasta propuestas más débiles y limitadas que tendrían menos impacto. En 1992, una fuerte reforma presentada por el gobierno de Aylwin provocó una oposición política aún más fuerte por parte de la derecha y de organizaciones de empresas privadas, que bloquearon cualquier modificación. El gobierno de Frei propuso una reforma diferente en 1996, más prudente y moderada, pero que provocó la misma fuerte reacción política. En 2004 el gobierno de Lagos también intentó propugnar una versión reducida de una reforma, cuyas perspectivas no eran claras. Yo argumenté a favor de los impuestos de derechos de agua en lugar de las patentes por no uso que el gobierno proponía (esos eran los dos instrumentos económicos alternativos en discusión). También sostuve que la reforma que el gobierno presentaba en ese momento era demasiado limitada, considerando su alto costo político (es decir, tanto esfuerzo y capital político), y sugerí que el gobierno abandonara

<sup>23</sup> BAUER (2004), pp. 122-124.

sus propuestas y adoptase una estrategia diferente<sup>24</sup>. De hecho, como explico en la siguiente sección, esa misma reforma se aprobó finalmente en 2005.

El mensaje general de *Canto de Sirenas* es que la débil capacidad de gobernanza del modelo chileno se construyó dentro del marco institucional, que había sido edificado para proteger los derechos de propiedad privada y permitir las transacciones del libre mercado. Citando de nuevo a partir de las conclusiones:

“El modelo chileno ha tenido dos principales beneficios económicos: en primer lugar, la seguridad jurídica de los derechos de propiedad ha fomentado la inversión privada en el uso del agua, tanto para usos agrícolas como no agrícolas; y en segundo lugar, la libertad de comprar y vender derechos de agua ha llevado a la reasignación de recursos hídricos para usos de mayor valor en ciertas zonas y en ciertas circunstancias... Sin embargo, estos beneficios están directamente vinculados a un marco jurídico, normativo y constitucional que ha demostrado ser no solo rígido y resistente al cambio, sino también incapaz de administrar problemas complejos de gestión de cuencas hidrográficas, de conflictos del agua, y de la protección del medio ambiente. Estos problemas más complejos, por supuesto, son precisamente los retos fundamentales de la gestión integrada de los recursos hídricos”<sup>25</sup>.

Las personas de otros países, atraídas por los beneficios económicos del modelo chileno, también deberían reconsiderar las consecuencias, jurídicas o institucionales, que este oculta. Este mensaje explica el título del libro, *Canto de Sirenas*, en referencia al famoso episodio de la *Odisea* de Homero cuando un canto fascinante atraía a los marineros a su muerte.

En resumen, en 2004 el tema más crítico en el uso de recursos hídricos en Chile correspondía a los conflictos y a la gobernanza, no a los mercados. Esto hace que sea una cuestión tanto de instituciones jurídicas y políticas, como de principios económicos. A veces las personas aducen que los mercados disminuyen los conflictos, porque promueven acciones voluntarias en lugar de una regulación gubernamental. Creo que, mayoritariamente,

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 68-73, 125-131.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 132.



los mercados operan donde los problemas políticos relacionados ya se han resuelto, y por lo tanto, los mercados tienen menos que ofrecer a los problemas políticos no resueltos, como es el caso de los conflictos duraderos<sup>26</sup>.

#### IV. REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS EN 2005

La legislatura chilena finalmente aprobó modificaciones al Código de Aguas en 2005, después de cerca de quince años de debate y estancamiento político<sup>27</sup>. Durante ese período, el alcance de las reformas propuestas por el gobierno se redujo de manera constante, en respuesta a la fuerte oposición política de los partidos conservadores y de los intereses de las empresas del sector privado. Al mismo tiempo, la postura del propio gobierno con respecto a los mercados de agua poco a poco se hacía más favorable.

La reforma de 2005 incorporaba nuevas disposiciones para mejorar la información de los títulos de derechos de agua y el mantenimiento de registros, para fortalecer la gestión de las aguas subterráneas, para reforzar la autoridad reguladora de la DGA sobre futuras concesiones de derechos de agua (pero no sobre los derechos existentes) y para empezar a abordar el problema de los flujos ecológicos mínimos. En mi opinión, estas nuevas disposiciones valieron la pena, pero no hubo grandes mejorías en la legislación y la administración del agua. La Constitución de Chile no se vio afectada.

El cambio más importante y controvertido fue el establecimiento de "patentes por el no uso" del recurso, que debe pagar al Estado anualmente todo propietario que no otorgue un uso concreto a sus derechos de agua. El objetivo de estas multas era evitar la especulación privada, el acaparamiento y el monopolio sobre los derechos de agua —todos, problemas por los que se criticaba el Código de Aguas de 1981— así como fomentar el uso productivo del recurso hídrico. El sistema se diseñó para aplicarse principalmente a derechos de agua no consuntivos, lo que refleja una alta priorización al desarrollo hidroeléctrico, y para eximir efectivamente la

<sup>26</sup> Como dijo el economista Abba Lerner, "Una transacción económica es un problema político resuelto".

<sup>27</sup> Ley N° 20.017. Los párrafos que siguen se basan en BAUER (2013), pp. 137-138.

mayoría de los derechos de agua consuntivos, es decir, aquellos utilizados para el riego, el abastecimiento urbano y la minería. Se esperaba que la aplicación de patentes por no uso reactivara los mercados de agua, mediante un incentivo a la renuncia a derechos de aguas no utilizados, que la DGA entonces subastaría a propietarios nuevos.

Los argumentos más sólidos en favor de la reforma de 2005 fueron presentados por Humberto Peña y Pablo Jaeger, quienes fueron los principales responsables de lograr una aprobación de esta reforma por parte de un Congreso reticente. Peña dirigió la DGA a lo largo de doce años (1994-2006) y Jaeger fue abogado de la DGA durante ocho años de ese período (1995-2003). Desde el punto de vista de Peña, "[p]ara el país esta modificación es de gran importancia"<sup>28</sup>. Sostuvo que "en el país existe un amplio consenso en relación con los beneficios del uso del mercado para reasignar los derechos que ya estaban constituidos y la necesidad de mantener el principio fundamental que orienta la legislación de aguas vigente, cual es consagrar derechos de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento, dando una gran certeza jurídica a las inversiones asociadas a los recursos de agua". Por lo tanto, la reforma del gobierno expresamente no apuntaba a "alterar las características esenciales de los derechos de aprovechamiento establecidas en dicho código", y por esta razón, el gobierno no buscó una modificación de la Constitución. El propósito de la reforma era "lograr, en la perspectiva de los problemas del siglo XXI, una posición equilibrada sobre materias que son muy sensibles en la realidad de la sociedad chilena y sobre las cuales existían concepciones muy diversas"<sup>29</sup>. Peña lamentaba que el objetivo moderado del gobierno hubiera enfrentado una oposición ideológica tan fuerte.

Luego de revisar las principales características de la reforma (mencionadas previamente), Peña concluye que esta ha conseguido, "con una visión de Estado, un nuevo equilibrio sólido y estable entre el interés público y los derechos de los particulares, entre la demanda social y las demandas productivas, y entre ambas y la demanda ambiental, que refleja adecuadamente la evolución de la sociedad chilena"<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> PEÑA (2005), p. 1.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 2-3.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 6.

Jaeger presentó una defensa similar a la reforma de 2005<sup>31</sup>. Dio cuenta de los largos años de debates políticos (tanto dentro del gobierno como del Congreso) que finalmente llevaron a un consenso sobre la necesidad de reparar fisuras fundamentales dentro del Código de Aguas, particularmente las reglas de asignación de los derechos de aguas. Jaeger sostuvo que la modificación "más importante" fue el cambio "del deseo a la necesidad" en las solicitudes de nuevos derechos de aguas, lo que reflejaba la perspectiva gubernamental general de que en relación a los derechos privados, los intereses públicos debían fortalecerse. Jaeger explicó las patentes por no uso como un instrumento específicamente establecido para controlar la especulación privada de los derechos de aguas para hidroelectricidad, lo que se considera un problema en tanto atrasa el desarrollo de energía hidroeléctrica. También destacó el incremento de la autoridad de la DGA en la administración de aguas subterráneas y flujos ambientales.

Bajo el diferente clima político de 2013, en el gobierno del presidente Piñera, Jaeger y Peña afirmaron:

"No obstante las importantes modificaciones reseñadas, debemos ser muy claros en reconocer que ellas fueron el fruto de negociaciones realizadas en un contexto adverso para quienes las promovieron, dado el subsidio que el sistema constitucional y legal consagra a las fuerzas políticas conservadoras. Además, los cambios se centraron en el problema principal que existía a esa fecha, esto es, en garantizar el resguardo del interés público en la constitución original de los derechos de aprovechamiento..."

*"Los cambios del año 2005 no se hicieron cargo de los déficit que hoy son evidentes e importantes, como lo son el resguardo del interés público una vez constituidos los derechos de aprovechamiento y los aspectos relacionados con el funcionamiento del 'mercado de aguas,' con la sustentabilidad de la gestión del recurso en el mediano y largo plazo en un contexto hidrológico en cambio, y de los temas asociados a una gestión integrada de los recursos hídricos en las cuencas"*<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> JAEGER (2006).

<sup>32</sup> JAEGER y PEÑA (2013), p. 7, con *énfasis agregado* para resaltar la semejanza con mi argumento en *Canto de Sirenas*.

En definitiva, considerando un panorama más amplio y desde una perspectiva internacional, la reforma al Código de Aguas de 2005 resultó decididamente modesta. Intentó enmendar la normativa legal y el marco institucional, pero apenas tocó temas fundamentales como los derechos de propiedad privada, las fuerzas del libre mercado y la debilidad del Estado. Tampoco se abordó la gobernanza de cuencas hidrográficas y la coordinación de usos múltiples del agua. Asimismo esta reforma hizo muy poco para mejorar la capacidad para la gestión integrada de los recursos hídricos.

#### V. POLÍTICAS DE AGUAS, POLÍTICA E INVESTIGACIÓN EN CHILE A PARTIR DE 2005

Irónicamente, Peña y Jaeger tuvieron solo un breve descanso de sus años de esfuerzo invertido en derrotar a la oposición política conservadora antes de que el ya reformado Código de Aguas fuera cuestionado por ambientalistas y políticos de la izquierda de la Concertación. El gobierno de la presidenta Bachelet comenzó en 2006 y Peña se retiró del servicio público (si bien permaneció activo en el debate público de las políticas hídricas). En un par de años, destacados políticos de la Concertación propusieron una nueva legislación con el fin de "nacionalizar" el agua, en términos mucho más radicales que los de la reforma de 2005. El senador Guido Girardi sostuvo que todas las aguas y derechos hídricos deberían declararse "utilidad pública" para propósitos de expropiación, de modo que el Estado no estaría obligado a pagar compensación. Después de esta declaración, el Estado otorgaría concesiones administrativas a usuarios privados de los recursos hídricos. Girardi fue respaldado por Sergio Bitar, ministro de Obras Públicas, quien propuso, además, otorgar al Estado el poder de cancelar derechos de aguas si estos no son usados en un determinado período de tiempo. Estas dos modificaciones requerirían una enmienda constitucional y cambiar parte de los artículos referidos a los derechos de propiedad<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> "Proyecto de ley busca nacionalizar el agua", *La Nación*, 20 de marzo de 2008. La Constitución dice ahora: "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos". Artículo 19, N° 24. Para una crítica a la "nacionalización", ver Humberto PEÑA y Pablo JAEGER, "¿Nacionalización del agua?" *El Mercurio*, 20 de diciembre de 2008.



Posteriormente, en 2008, un grupo de diputados chilenos se organizó para propugnar aún más allá esta modificación mediante la creación del Frente Amplio por la Nacionalización del Agua. Estos parlamentarios eran conocidos como la *bancada verde*, es decir, como los miembros ambientalistas de la Cámara Baja. Su proyecto de ley habría reformado la Constitución para declarar que toda el agua dulce pertenece a la nación y que el Estado podría entonces otorgar concesiones de uso de recursos hídricos públicos a privados<sup>34</sup>. Esto es esencialmente lo que dice la legislación actual, pero al nivel de la Constitución. Mientras tanto, en agosto de 2008, el obispo católico de Aysén, Luis Infanti, publicó una larga Carta Pastoral del Agua, denominada *Danos hoy el agua de cada día*. Esta carta consistía en una elocuente defensa de la naturaleza y la cultura de la Patagonia y en un apasionado ataque al neoliberalismo.

El ministro Bitar mantuvo vivas las propuestas de reformas durante el año 2009. En un momento, explicó que la reforma constitucional incluía diversos elementos:

(1) elevar el estatus legal del agua como *bien nacional de uso público* de un nivel legislativo a uno constitucional; (2) establecer autoridad estatal para reservar flujos de aguas superficiales o subterráneas para diversos usos públicos; (3) formar procedimientos para que el Estado asigne, reconozca, transfiera y/o cancele derechos de aguas; y (4) establecer organizaciones de las cuencas hidrográficas<sup>35</sup>.

En el intertanto, los conflictos y crisis por recursos hídricos se hacían frecuentes en las portadas de los periódicos en Chile. El valle de Copiapó en el norte del país se convirtió en un ejemplo famoso de bombeo excesivo y descontrolado de napas subterráneas que produjo una escasez crítica del recurso en algunas zonas. El gobierno incentivó un proceso de discusión voluntaria entre diversos usuarios del agua y otros actores, lo que se llamó la *mesa del agua*, pero esto no generó resultados significativos<sup>36</sup>. Otro caso

<sup>34</sup> Ricardo AHUMADA, "Agua que has de vender déjala correr", *La Nación*, 8 de octubre de 2008.

<sup>35</sup> "El agua como derecho constitucional", *El Mostrador*, 21 de septiembre de 2009.

<sup>36</sup> Ver dos artículos por CIPER Chile, "Se muere el río Copiapó (I): Consumo humano, agrícola y minero están en riesgo", 9 de julio de 2009, y "Se muere el río Copiapó

corresponde a un reportaje de la revista de negocios chilena *Capital*, titulado "Hierve el agua"<sup>37</sup>. El artículo comienza sosteniendo que "la guerra del agua no es un mito. Es real, tangible. Está en las calles, con protestas. Está en los tribunales, con demandas y contrademandas. Está en las mesas de negociación, con contratos millonarios"<sup>38</sup>. El autor luego describe los conflictos fundamentales en relación con las políticas hídricas en Chile y los ilustra con diversos ejemplos a lo largo y ancho del país. El análisis no es especialmente notable, pero el artículo demuestra el tono del debate público en aquel momento, particularmente desde la perspectiva del empresariado.

El primer gobierno de Bachelet anunció una nueva propuesta de reforma en enero de 2010. Ello ocurrió en el calor de la campaña para elegir al sucesor de Bachelet, por lo que, obviamente, se consideró que una modificación a los derechos de aguas sería de ayuda para conseguir votos para el candidato de gobierno. El mensaje presidencial que presentaba este proyecto de ley al Congreso aducía que el modelo de derechos de aguas era desequilibrado, incluso después de las modificaciones de 2005, y que una reforma constitucional era el primer paso para generar un mayor balance. Declarar en la Constitución que el agua es de propiedad pública no requeriría de compensación alguna, ya que la pertenencia formal del recurso no cambiaría; sí cambiaría la manera en que los derechos de agua podrían *usarse*. De este modo, el gobierno argumentó que la seguridad legal del agua no se vería afectada por una reforma<sup>39</sup>.

En 2010, los votantes chilenos eligieron como presidente al empresario Sebastián Piñera, líder de uno de los dos partidos de derecha del país. La mayoría de los electores pensaron que finalmente era momento de que estos partidos dieran rotación al poder y controlaran el poder ejecutivo, luego de veinte años en la oposición democrática. El gobierno de Piñera

(II): Lluvia de fórmulas para salvarlo de la agonía", 15 de julio de 2009. Sobre el caso de Copiapó, ver BITRÁN et al (2014) y Pedro RIVERA, "Copiapó y la no política de aguas", *El Mostrador*, 29 de enero de 2012.

<sup>37</sup> Roberto SAPAG, "Hierve el agua", *Capital*, N° 255, 26 de junio-9 de julio de 2009, pp. 40-48.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>39</sup> *Mensaje de la Presidenta*, N° 1774-357, 6 de enero de 2010.



inmediatamente retiró las propuestas de reformas constitucionales relacionadas con derechos de agua y cerraron filas en torno al Código de Aguas y los mercados de recursos hídricos. La nueva administración de la DGA diagnosticó que el Código de Aguas estaba básicamente bien, pero que los gobiernos antecesores lo habían administrado inadecuadamente, particularmente en el área del sobre-otorgamiento del agua subterránea. De este modo el gobierno de Piñera enfatizaba el perfeccionamiento y el estímulo del mercado de recursos hídricos como la principal política de aproximación a este problema, tal como los partidos de derecha habían hecho al oponerse a la reforma del Código de Aguas antes de 2005. La influencia económica neoliberal fue fuerte debido a la presencia de María de la Luz Domper, una asesora clave en el Ministerio de Obras Públicas. Ella había trabajado por muchos años como investigadora del Instituto Libertad y Desarrollo, el *think-tank* neoliberal más importante del país<sup>40</sup>.

A partir del 2010 se han publicado nuevos estudios y análisis de políticas públicas acerca de derechos de agua en Chile. En este artículo no tengo espacio para comentar todo este trabajo reciente, pero al menos puedo citar algunos ejemplos importantes.

Sara Larraín es una de las ambientalistas más destacadas de Chile. Ella y su ONG, Chile Sustentable, han demostrado especial interés en el tema de la gestión del agua. En el año 2010, Larraín y Pamela Poo editaron y publicaron un libro llamado *Conflictos por el Agua en Chile: Entre los Derechos Humanos y las Reglas del Mercado*, en colaboración con un grupo local denominado la Coordinadora por la Defensa del Agua y la Vida<sup>41</sup>. Larraín escribió una larga y exhaustiva introducción, una crítica aguda e implacable del modelo de aguas chileno y del neoliberalismo en general. Por ejemplo:

“En síntesis, es posible concluir que luego de 30 años de aplicación del Código de Aguas de 1981, dicha regulación presenta graves problemas para el acceso, la seguridad y la sustentabilidad ambiental de la administración del recurso,

<sup>40</sup> Claudia URQUIETA, “El cerebro detrás de las políticas del agua del gobierno de Piñera”, *El Mostrador*, 26 de mayo de 2010. Ver también Instituto Libertad y Desarrollo (2010).

<sup>41</sup> LARRAÍN y POO (2010).

cuya consecuencia son la proliferación y profundización de los conflictos por el agua en el país y la pérdida de gobernabilidad democrática sobre este esencial patrimonio ambiental”<sup>42</sup>.

Larraín considera que la reforma del Código de Aguas de 2005 es “mínima y parcial” y argumenta que los conflictos en Chile han empeorado y se han extendido.

“Resolver democráticamente los conflictos por el agua que Chile requiere recuperar un enfoque de derechos, y recuperar el agua como bien común, como un derecho humano, y como un recurso básico para la vida que necesita ser gestionado públicamente y participativamente”<sup>43</sup>.

El libro de Larraín y Poo es un esfuerzo sustantivo, empírico y colectivo, que involucra a veinticinco autores y colaboradores, la mayoría activistas locales. El libro contiene veintiséis casos concretos de conflictos por el agua, dispersos de norte a sur por todo el país. En cada caso se sigue una estructura básica similar: primero, algunos antecedentes como introducción; segundo, la relación con el marco jurídico actual; tercero, la posición y la acción del Estado; finalmente, la postura, la acción y las propuestas de la comunidad con respecto al conflicto. En la mayoría de los enfrentamientos por el agua en el norte de Chile interviene el sector minero, ya sea por la sobreexplotación o la contaminación. En la mayoría de los casos en el centro y sur del país, en cambio, está involucrado el desarrollo hidroeléctrico, cuyo impacto puede bien afectar a otros usuarios de los recursos hídricos o al medio ambiente. Había también conflictos entre la pequeña agricultura y la grande, como en La Ligua en el centro-norte de Chile. Todo este amplio espectro, sumamente bien abarcado en el libro, se halla bien descrito en la Introducción de Larraín, mencionada anteriormente<sup>44</sup>.

En 2011 el Banco Mundial publicó su documento más importante en materia de recursos hídricos en Chile en más de una década: *Chile: Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos*. Este informe fue solicitado

<sup>42</sup> Larraín, “Introducción”, en LARRAÍN and POO (2010), p. 20.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 40, 49.

<sup>44</sup> Ver BUDDS (2010) and (2013) para un análisis crítico hecho por una geógrafa inglesa.

originalmente por el primer gobierno de Bachelet (2006-2010), y se terminó durante el gobierno del Piñera. El informe sintetiza el trabajo de siete expertos locales y de una media docena de funcionarios y consultores del Banco Mundial y de sus contrapartes de la DGA<sup>45</sup>.

Este trabajo es una crítica extensa, exhaustiva y constructiva del sistema de recursos hídricos de Chile. Consiste en un diagnóstico y descripción de la situación actual del agua y no en un conjunto de recomendaciones de medidas a seguir. No obstante, evidentemente, las cuestiones sobre las que el informe hace hincapié dan una idea de la dirección por la que probablemente debieran encaminarse las nuevas políticas. Se espera que la situación hídrica de Chile en el futuro esté marcada por una creciente demanda de agua y por un clima cambiante.

El informe da una lista de ocho grandes “desafíos” que implican diversos aspectos legales y administrativos de la gestión del agua en Chile, seguidos por otros seis “desafíos” correspondientes al ámbito de las organizaciones. Cada uno de estos desafíos es descrito y analizado. Aquí doy una lista usando el lenguaje específico utilizado por el Banco Mundial, de modo de ilustrar la perspectiva y el contenido de su informe<sup>46</sup>. Si bien el informe es pro-mercados, carece del fuerte tono ideológico de otras publicaciones del Banco Mundial sobre los mercados de aguas en Chile. Estos catorce puntos, en otras palabras, fueron los problemas centrales desde el punto de vista del Banco Mundial en 2011.

Los desafíos que involucran aspectos legales e instrumentos de gestión –derechos de propiedad e instituciones– fueron los siguientes:

- “Proteger los derechos de agua de los grupos vulnerables [incluyendo las comunidades indígenas]....
- Mejorar la protección de los requerimientos hídricos para los ecosistemas y servicios asociados [incluyendo los flujos ambientales]...

<sup>45</sup> WORLD BANK (2011), pp. 1-2.

<sup>46</sup> Los subtítulos reproducidos en el texto son del Resumen Ejecutivo, pp. VII-XIV. En la terminología del informe, los aspectos “legales e instrumentos de gestión” se refieren a las instituciones fundamentales de los derechos de propiedad, mientras que los aspectos “institucionales” se refieren a organizaciones específicas.

- Mejorar los mercados de aguas [mediante la mejora de la información y la reducción de los costos de transacción]...
- Mantener la seguridad hidráulica de los derechos de aguas [por ejemplo, de modo que los títulos de propiedad correspondan a “agua mojada”, dado que las discrepancias entre ambos son una creciente fuente de conflictos]...
- Seguir avanzando en el uso efectivo de los derechos de aguas [en oposición a la acumulación o la especulación]...
- Hacer la gestión del agua subterránea más sostenible....
- Profundización en las medidas ya tomadas para asegurar la calidad del agua....
- Mejora del registro público de los DAA<sup>47</sup>.

Los desafíos que conllevaban aspectos “institucionales” (organizacionales) fueron igualmente vastos (nuevamente, usando el lenguaje del Banco Mundial):

- “Fortalecer la DGA [para abarcar sus múltiples debilidades]...
- Fortalecer las organizaciones de usuarios [sobre todo las juntas de vigilancia]...
- Mejorar los sistemas de información y comunicación...
- Coordinar intra e inter sectorialmente [por ejemplo, tratar con externalidades]...
- Integrar la gestión de cuencas y fomentar la participación de los grupos interesados [enfoque de cuenca siendo casi inexistente en Chile]...
- Mejorar la resolución de conflictos<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. VII-XIV.

<sup>48</sup> *Ibidem*.



Las similitudes entre el diagnóstico del Banco Mundial y mis argumentaciones presentadas en *Canto de Sirenas* son evidentes. El documento del Banco Mundial no planteaba recomendaciones, porque ello tendría lugar en una etapa posterior de cooperación con el gobierno chileno. El Ministerio de Obras Públicas de la administración del presidente Piñera anunció la terminación del informe del Banco Mundial en 2012, pero luego este se perdió de vista<sup>49</sup>.

El consultor chileno que discutió con mayor fuerza el tema de “mejorar la resolución de conflictos” fue el abogado experto en recursos hídricos más destacado en el ámbito académico del país, Alejandro Vergara Blanco. Es profesor en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile en Santiago, ha publicado diversos libros y artículos y escribe con frecuencia en columnas editoriales y *blogs*. También posee su propia firma de abogados, especializada en los aspectos legales de la minería, la energía, los recursos hídricos y en leyes regulatorias.

Vergara ha sido por largo tiempo defensor y promotor del modelo de derechos de aguas chileno. Reconoció en los años noventa que dicho modelo tenía falencias importantes, las que, creía, podían arreglarse de modo de que el sistema funcionara mejor. Sin embargo, siempre ha confiado en sus principios económicos y legales centrales, como, por ejemplo, la libre transferibilidad de los derechos de agua<sup>50</sup>. Vergara ha apoyado por completo las tres leyes que fundamentan el modelo hídrico chileno, todas implementadas por el gobierno militar entre 1979 y 1981, un período en que la ideología neoliberal estaba en su punto más ascendente en Chile. Su apoyo hacia estas tres leyes fundamentales es tan profundo que llega a ser axiomático<sup>51</sup>.

En los últimos años, no obstante, las principales preocupaciones de Vergara han cambiado, tanto en términos teóricos como de políticas concretas.

<sup>49</sup> Otras investigaciones académicas recientes son consistentes con la crítica del Banco: ver CLARVIS y ALLAN (2013); DONOSO (2013); VALENZUELA (2009); VALENZUELA, et al. (2013). Acerca de los derechos de aguas indígenas, ver PRIETO (2014); YAÑEZY MOLINA (2011).

<sup>50</sup> Ver BAUER (2004), pp. 84-85.

<sup>51</sup> Las tres leyes eran el D.L. N° 2.603 de 1979, la Constitución de 1980 y el Código de Aguas de 1981. Vergara (2012), p. 1.

En la teoría, ha llegado a fundamentarse en una parte del trabajo de Elinor Ostrom concerniente a la propiedad común, especialmente en la idea de que dicho concepto es una tercera categoría básica de los regímenes de propiedad, además de la propiedad privada y la estatal. En tanto “tercera vía”, la propiedad común ofrece así nuevas soluciones a viejos problemas causados por los extremos opuestos de propiedad estatal y privada. En cuanto a las políticas concretas, Vergara se ha vuelto un crítico aún más agudo de la DGA y de otras formas de regulación por parte del Estado<sup>52</sup>.

En 2012 Vergara escribió un trabajo con la intención de reenfocar el debate público en lo que él consideraba como los temas críticos del ámbito de los derechos de aguas en Chile<sup>53</sup>. Comenzó con una crítica a la propuesta de dos medidas que luego fueron objeto de debate en Chile. La primera consistía en el proyecto de reforma del gobierno de Bachelet de 2010, cuyo fin era modificar la cláusula de derechos de agua de la Constitución. La segunda medida era un proyecto de ley que daría mayor poder a las organizaciones de usuarios privados de recursos hídricos en los procedimientos en que se regularizaran o adjudicaran títulos de derechos de agua. Vergara se opuso a la reforma constitucional para nacionalizar el agua porque pensaba que era innecesaria y equivocada, y que causaría preocupación e incertidumbre entre los numerosos usuarios económicos del agua. En cuanto a la propuesta legislativa, Vergara afirmó que esta empeoraría conflictos existentes, puesto que malentendía el rol adecuado de las organizaciones de usuarios de aguas, contrapuesto con el del Estado en la gestión de los recursos hídricos.

En contraste, Vergara propuso una agenda diferente que se enfocaba, primeramente, en la autogestión de las organizaciones de usuarios de recursos hídricos con un mínimo de intervención estatal. En segundo lugar, se enfocaba en la creación de cortes especializadas en asuntos de aguas. Bajo esta perspectiva, las tareas esenciales de la DGA eran conceder derechos de aguas a privados y mantener un sistema completo y actualizado de registro e información. Estas tareas implicaban el *origen* de los derechos del agua, usando la terminología de Vergara. La distribución de los recursos hídricos según los derechos de agua, sin embargo, correspondía a las organizaciones

<sup>52</sup> VERGARA (2012), (2014).

<sup>53</sup> VERGARA (2012).



de usuarios del recurso, no a la DGA. Dicha distribución es lo que Vergara denomina la *autogestión de un recurso común*, la cual involucra el *ejercicio* de derechos de agua. La distinción entre origen y ejercicio de los derechos de agua es crucial para este autor.

Vergara añade, además, que la “naturaleza de las aguas” ha cambiado a través del proceso de autogestión por parte de los usuarios. Aunque el agua siempre ha sido definida como un bien nacional, ahora en efecto se convierte en un bien común administrado colectivamente por sus usuarios. El papel de la DGA en este esquema está estrictamente delimitado. El nombre legal del agua como bien nacional de uso público, dice Vergara, “¡ha perdido conexión con la realidad!”<sup>54</sup>. Al parecer, su argumento es que los derechos de propiedad común del agua en Chile han emergido en la práctica del modelo actual durante los últimos treinta años. Estos derechos comunes deberían entonces proteger los derechos privados de la regulación estatal, si bien estos derechos privados aún son individuales y transferibles. Puede que Ostrom no comparta una interpretación tan unilateral del concepto de propiedad común, es decir como simplemente anti-estado, ya que los regímenes de este tipo usualmente se oponen a la comoditización de los recursos, excepto bajo situaciones socialmente reguladas.

Vimos anteriormente que Vergara tiene un punto de vista muy restrictivo del rol adecuado del Estado en el manejo del agua: conceder derechos de agua y llevar registros. En su último libro, Vergara se refiere al modelo actual como “un neomoderno Derecho de Aguas, marcado por una serie de incentivos favorables para un mejor uso de las aguas”<sup>55</sup>. (No señala sin embargo, qué significa la palabra “neomoderno”). Luego da la alarma de una “crisis social”, dada la gran cantidad de personas en Chile que no comprenden los beneficios del modelo.

En términos de medidas más concretas, Vergara ha escrito que los conflictos de aguas han estado empeorando en Chile y argumenta que las organizaciones de usuarios del agua deberían detentar mayor autoridad para gestionar recursos hídricos: especialmente en el caso de las juntas de

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 7. Ver también pp. 6-9.

<sup>55</sup> VERGARA (2014), p. 13.

vigilancia que operan a escala parcial de cuenca. Estas juntas deberían tener poder sobre el uso de derechos tanto de napas subterráneas como de aguas superficiales, así como de derechos consuntivos como no consuntivos. Ambas modificaciones conllevarían una gran expansión de responsabilidades para las juntas de vigilancia, las que han tenido una historia de conflicto con las empresas hidroeléctricas que tienen derechos no consuntivos. Vergara señala que la DGA no debiera involucrarse más en asuntos de distribución y ejercicio de derechos de aguas.

El segundo argumento de Vergara en cuanto a los conflictos hídricos señala que Chile debería crear nuevas cortes especializadas en derecho de aguas. Así, da cuenta de los problemas, atrasos y la frecuente incompetencia del actual sistema judicial, donde las cortes enfrentan conflictos hídricos complicados, que involucran tanto factores legales como de otra índole. Vergara cree que un modelo exitoso es el “panel de expertos” establecido por la Ley de Electricidad (luego de su reforma de 2004). Este panel es un tribunal de técnicos expertos, que incluye abogados, economistas e ingenieros, que deciden la mayoría de las disputas sobre regulación eléctrica. Según Vergara y sus colegas, “el panel de expertos ha pacificado a la industria”, es decir, al sector de electricidad, puesto que sus decisiones son más “técnicas” que “políticas”<sup>56</sup>. Sugiere un tribunal similar para los conflictos de derechos de aguas.

Mi trabajo reciente ofrece una perspectiva distinta sobre la relación entre agua y energía<sup>57</sup>. La hidroelectricidad es importante en Chile y, como en todo el mundo, es un ejemplo fundamental del vínculo entre recursos hídricos y energéticos, es decir, del hecho de que ambos sistemas interactúan de muchas formas y de modos muy complejos. Las represas hidroeléctricas cumplen muchos usos, dentro de los cuales está la generación eléctrica y, por lo tanto, se encuentran reguladas con fines diferentes bajo dos ejes distintos: la Ley de Aguas y Ley Eléctrica. En el contexto de la Ley de Aguas, la energía hidroeléctrica debe regirse contemplando la relación con los otros múltiples usos del recurso en las cuencas hidrográficas. En el contexto de

<sup>56</sup> VERGARA, et al., (2013), p. 246.

<sup>57</sup> BAUER (2009). Véase también PRIETO y BAUER (2012), el que no pude resumir aquí por falta de espacio.

la Ley Eléctrica, la energía hidroeléctrica debe administrarse en relación con otras fuentes de electricidad, principalmente la energía generada por la quema de combustibles fósiles. Hoy, los cambios climáticos globales y regionales y nuestras medidas en respuesta a dichos cambios han intensificado el nexo existente entre agua y energía.

En este artículo describí en detalle las funciones y posiciones de la hidroelectricidad en los ámbitos hídrico y energético de Chile. En el ámbito hídrico, la energía hidroeléctrica ha gozado de una posición privilegiada en un sistema de derechos de agua débilmente regulado. En el ámbito energético, por su parte, la hidroelectricidad ha sido clave para la generación eléctrica a nivel nacional y las represas con agua almacenada en embalses han sido especialmente estratégicas para ello. Desde la privatización del sector eléctrico, las relaciones dinámicas e intereses a veces conflictivos entre la energía hidroeléctrica y termoeléctrica han sido el meollo de la economía política del sector. La tensión entre energía hidroeléctrica y termoeléctrica, en tanto pertenece a la competencia de empresas privadas, explica muchos de los conflictos del sector eléctrico en Chile en los últimos 15 años.

Luego concluí que la Ley Eléctrica Chilena había asignado derechos de propiedad *de facto* a los dueños de las represas hidroeléctricas. Estos no son los derechos de recursos hídricos definidos en el Código de Aguas, sino las reglas que efectivamente gobiernan cómo se controlan los ríos, que determinan para qué propósitos estos ríos son usados y para beneficio de quién. Dicho de otro modo, es que la Ley Eléctrica prevalece sobre la de aguas cuando se trata de hidroelectricidad. Aunque ambas legislaciones no siempre entran en conflicto, la Ley de Aguas es secundaria, lo que facilita la predominancia de las regulaciones eléctricas. El mejor ejemplo de esto consiste en el principio básico de que el agua es gratis, algo raramente cuestionado en Chile y, ciertamente, nunca en el sector energético. Otro ejemplo es que los ríos que tienen represas hidroeléctricas de hecho están más regulados de lo que parece desde el punto de vista del Código de Aguas.

En resumen, la gobernanza de la hidroelectricidad ha de incluir los recursos hídricos, la electricidad y temas ambientales.

La preocupación de Vergara en cuanto a que a muchos chilenos no les gusta el modelo hídrico está bien fundamentada (sin importar si está en lo

cierto en que ellos no comprenden los beneficios de dicho modelo). Según un estudio de la ONG Chile Sustentable, hubo una avalancha de propuestas de reformas legales en el Congreso Chileno, incluyendo ocho reformas formales para enmendar la Constitución<sup>58</sup>. Todos estos proyectos buscaban anular la cláusula referente a derechos de aguas en el artículo constitucional concerniente a los derechos de propiedad (artículo 19, N° 24), en favor de “recuperar el dominio público” del agua. Asimismo, hubo cinco propuestas más entre 2008 y 2012 para modificar el corazón del Código de Aguas, todas con el mismo fin de “recuperar el dominio público” en varias situaciones específicas, entre ellas, declarar que el agua de consumo humano debe tener prioridad por sobre otros usos del recurso. Esto es lo que significa “nacionalizar el agua” en el debate contemporáneo en Chile.

Finalmente, se organizó un grupo de representantes de la Cámara de Diputados, primero para formar una *bancada transversal del agua* y luego crear Comisión Permanente para Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía. Este comité tiene como fin ser un organismo de control del poder ejecutivo y ofrecer un espacio público para que la sociedad civil y las ONG expresen sus puntos de vista<sup>59</sup>.

La oposición pública al Código de Aguas no ha dejado de ser visible. En el Día de la Tierra (22 de abril) de 2013, un grupo de ONG chilenas organizó una “Marcha carnaval para la defensa y recuperación del agua”. El grupo escribió:

“[H]emos descubierto que en Chile hay agua, pero que la muralla que la separa de nosotros se llama lucro... Hay que romper la muralla del lucro para que las aguas puedan otra vez correr libres por nuestros valles y alimentar la vida, no los bolsillos insaciables de esta cultura de muerte”<sup>60</sup>.

Declaración de las ONG sostuvo que el acceso al agua es un derecho humano fundamental y no debe tratarse como mercancía; que el agua debe

<sup>58</sup> SZIGETI (2013).

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> La declaración del grupo fue puesta en la web, <http://fech.cl/marcha-carnaval-por-la-defensa-y-recuperacion-del-agua-22-de-abril/> (bajado 14 de abril de 2013).



ser de propiedad colectiva y administrada localmente y que los “instrumentos privatizadores” deberían derogarse<sup>61</sup>.

En la campaña electoral presidencial de Chile de 2013, la candidata Bachelet incluyó en su plataforma una ya conocida propuesta para reformar la Constitución y el Código de Aguas. Esta indica: “en los primeros 100 días de Gobierno, nombraremos un Delegado Presidencial para los Recursos Hídricos, con dedicación exclusiva, a fin de identificar y avanzar en soluciones a la escasez de agua en el país”<sup>62</sup>. Después de ser elegida y asumir su cargo, Bachelet y su gobierno dieron otro paso en esta área con nuevas iniciativas. (La agrupación de partidos de centro-izquierda que apoya a Bachelet en este momento se llama ahora Nueva Mayoría en lugar de Concertación, reflejando así un cierto grado de realineamiento político hacia la izquierda, tal como indica la incorporación del Partido Comunista a la coalición). Las protestas públicas han continuado igualmente, incluyendo una segunda jornada anual de *Movilización por la Recuperación y Defensa del Agua* en abril de 2014.

*Reforma al Código de Aguas en 2014:  
propuestas y debate*

El 21 de mayo de 2014, la presidenta Bachelet pronunció un importante discurso nacional en que destacó los planes y prioridades de su nuevo gobierno. Anunció un nuevo impulso a la reforma de los derechos de agua, se comprometió a modificar la Constitución y a cambiar el Código de Aguas “sustantivamente”. Estos comentarios provocaron un gran debate público en los medios chilenos, en tanto los expertos y diversas partes interesadas intentaban interpretar qué era exactamente lo que el gobierno proponía. Mientras tanto, el nuevo Delegado Presidencial para los Recursos Hídricos, Ricardo Ruiz, sostuvo una serie de reuniones públicas y privadas para reunir información sobre posibles alternativas. Él fue citado diciendo:

<sup>61</sup> *Ibidem*. Ver dos artículos publicados por *CIPER Chile* los que criticaron los mercados de aguas y el Código de Aguas: “La historia del discreto empresario que se transformó en el zar de las aguas en Chile” (10 de diciembre de 2013), and “Cómo se fraguó la insólita legislación que tiene a Chile al borde del colapso hídrico” (12 de diciembre de 2013).

<sup>62</sup> *Programa de Gobierno de Michelle Bachelet*, Diciembre 2013, pp. 32, 73.

“Nunca he hablado de expropiar o nacionalizar el agua, ni nada por el estilo. Estos son derechos concedidos por el Estado y el Estado tiene todo el derecho a pedir que se los restituyan. Y eso hoy no se puede. No estamos expropiando ni nacionalizando porque es devolver algo que siempre le perteneció a la nación toda”<sup>63</sup>.

El Ministro de Obras Públicas (que supervisa la DGA) presentó el mismo argumento: “Vamos a limitar el ejercicio de derechos de aprovechamiento en función del bien común, porque es la solución más fácil de implementar sin generarle al Estado un costo por una expropiación”<sup>64</sup>.

No dispongo de espacio en este artículo para analizar todas las propuestas legislativas y los contra-argumentos que están actualmente en juego en Chile. En lugar de ello, quiero destacar lo que creo que son los temas claves relacionados con los conflictos del agua y la gobernanza, y quiero volver a la imagen del péndulo con la que empecé este documento. ¿Qué podría, aparentemente, mover el péndulo de los derechos de agua a algún punto medio en el arco que va de lo privado a lo público (es decir, del mercado al Estado)? ¿Convendría asumir un enfoque que procure un mayor equilibrio en el reconocimiento de los múltiples usos y valores del agua?

En Chile, las visiones políticas de los principios fundamentales de las leyes de recursos hídricos están tan polarizadas en 2014 como a principios de los noventa, cuando comenzó el largo estancamiento en la reforma del Código de Aguas. De hecho, puede que el desacuerdo político esté más polarizado ahora, puesto que en los últimos años las protestas de grupos de izquierda y movimientos sociales se han intensificado mientras que la postura de la derecha a favor del Código de Aguas básicamente no ha tenido cambios; asimismo, la reforma parcial de 2005 ha dejado a pocos satisfechos. A pesar de los ecos de hace diez o veinte años, el debate de hoy tiene lugar en un contexto político nacional sumamente distinto<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> “Los lineamientos y modificaciones del delegado presidencial para los derechos de agua”, *www.eldinamo.cl*, 27 de mayo de 2014.

<sup>64</sup> “Gobierno busca evitar la expropiación en su fórmula de reforma constitucional para el agua”, *www.df.cl*, 22 de mayo de 2014.

<sup>65</sup> Ver ATRIA, et al., (2013).



Incluso si el gobierno de Bachelet puede conseguir los votos necesarios para impulsar una reforma constitucional y legislativa en el Congreso, no sabemos cómo los tribunales chilenos reaccionarán. ¿El Tribunal Constitucional y la Corte Suprema estarán de acuerdo en que la reforma de los derechos de agua no incluya expropiación gubernamental ni ningún otro tipo de compensación? Es posible que algunos jueces tengan otras ideas con respecto a un cambio así de significativo en las reglas del juego y puede que sea necesario convencerlos de que el comportamiento futuro del gobierno ha de ser moderado y no extremo. Para mí hay tres elementos en la reforma que parecen esenciales para mejorar la gobernanza del agua:

(1) Es preciso afirmar que los derechos privados de uso de agua son derechos de propiedad y no simplemente permisos administrativos, pero que, por interés público, están sujetos a más obligaciones y restricciones que como ha ocurrido desde 1981. Esto significa que los derechos de agua se reconocen como un bien económico pero que no serán (ni intentarán ser) un mero "commodity" (mercancía).

(2) Es necesario fortalecer la capacidad reguladora del gobierno para determinar y defender el interés público. Esto conlleva incrementar la autoridad reguladora de la DGA, así como su capacidad técnica, personal y presupuesto, lo que aumentaría el perfil político de la DGA como un escenario de toma de decisiones.

(3) Es necesario fortalecer la capacidad del sistema judicial para fiscalizar las acciones de la DGA y para dirimir conflictos que involucran políticas públicas y regulaciones. Esto implica aumentar el entrenamiento jurídico y los recursos en una escala similar a la reforma del sistema judicial penal de Chile en las últimas dos décadas.

Argumento a favor de una DGA más fuerte solo porque tomo muy seriamente los puntos de vista de quienes la critican. Una DGA fortalecida debe tener de contrapeso otras instituciones que representen los principales grupos de intereses de la sociedad chilena. Estas instituciones son, entre otras, un sistema judicial más capaz, comités del Congreso con mayor capacidad de vigilancia, así como un nuevo comité público (que aún debe ser creado) compuesto de una amplia diversidad de miembros cuyo fin específico sea asistir y monitorear la DGA. El Controlador General continuaría ejecutando sus funciones habituales.

Juntos, estos tres elementos de la reforma podrían hacerse cargo de muchos de los problemas específicos que actualmente se debaten en Chile, tales como la necesidad de establecer prioridades para el uso doméstico del agua o para los campesinos. Otro ejemplo es la tarea pendiente de mejorar el sistema nacional de títulos de derechos de agua. Hay un amplio acuerdo en que esto es un problema serio, que se resiste tercamente a ser resuelto. Si hubiese un compromiso político y financiero de llevar a cabo dicha tarea, sería una oportunidad para crear nuevas capacidades tanto para la DGA como para las cortes, mientras se establece una nueva relación de trabajo entre ellas.

¿Y qué pasa con la idea de crear cortes especiales para asuntos de recursos hídricos? Esta idea ha estado dando vueltas por años en Chile, y recientemente ha sido promovida por Vergara, como se expuso previamente. Chile ha creado varias otras cortes especiales en los últimos años, cuyos "jueces" típicamente consisten en economistas e ingenieros, abogados y juristas. Ejemplos relevantes aquí son el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (para asuntos de monopolio), el panel de expertos del sector eléctrico y las nuevas cortes ambientales. Para cada una de estas áreas puntuales las razones a favor son las mismas que pueden aplicarse en el caso de la creación de cortes especiales para asuntos hídricos: los jueces serían expertos en temas complejos y técnicos, por lo que sus decisiones resultarían, al mismo tiempo, mejores y más rápidas que las de los tribunales ordinarios.

Mi preocupación con respecto a los tribunales de recursos hídricos es la misma que atañe a otras cortes especializadas: su foco es relativamente estrecho y técnico y carecen de una perspectiva generalizada capaz de integrar diferentes sectores transversales. Por ejemplo, Vergara se refiere al éxito del panel de expertos del sector eléctrico para resolver conflictos, que ha "pacificado una industria", pero no menciona el hecho de que las políticas energéticas en Chile continúan siendo una fuente de profundos conflictos políticos, económicos y ambientales. No digo esto para criticar al panel de expertos, sino más bien para enfatizar que su campo de acción es limitado y que algunos conflictos fundamentales se deciden finalmente en otros lados. Por este motivo, yo enfatizaría mejorar el sistema judicial existente mediante alguna forma de especialización, en lugar de crear otro tribunal especial independiente.

## VI. RESUMEN

En este breve resumen repetiré las ideas claves expresadas en el presente documento. Primero, en Chile los conflictos hídricos son un tema de mayor importancia que los mercados del agua. Una creciente escasez del recurso produce entre los usuarios competencias y conflictos que no pueden resolverse mediante transacciones entre privados. La necesidad de fortalecer la gobernanza del agua debería llevar a enfocar las políticas en las instituciones legales más que en señales de precios.

En segundo lugar, la tensión entre la seguridad legal de los derechos de agua y su seguridad hidrológica se ha incrementado bajo las recientes condiciones de crisis hídrica. Esta tensión a veces se ha referido como la diferencia entre títulos de papel y el "agua húmeda". La tensión seguirá creciendo a medida que aumente la demanda de agua y el clima continúe cambiando, pero la capacidad de Chile de lidiar con el problema mediante una reforma dependerá, finalmente, de la influencia política de los titulares de los derechos de aguas.

En tercer lugar, los dos mensajes anteriores apuntan a un rasgo peligroso del actual debate sobre la reforma de los derechos de agua en Chile: poner todo el énfasis en la definición del agua como "pública" puede que no resuelva ningún problema concreto y que se convierta en una retórica vacía. Una reforma eficaz debe aplicarse según la manera en que las diversas instituciones públicas funcionan en la realidad y en el contexto social. Encontrar una posición equilibrada para el péndulo implica hacer tanto arreglos institucionales generales, como establecer un texto diferente en la Constitución.

Finalmente, los conflictos de agua más serios actualmente involucran también a los sectores energético y ambiental y los esfuerzos para mejorar la gobernanza del agua también deben considerar estos sectores. Por ejemplo, la nueva política energética del gobierno de Bachelet incluye un mayor énfasis en el ordenamiento territorial, lo cual incluiría un estudio de las cuencas hidrográficas para localizar las nuevas represas hidroeléctricas. La próxima generación de conflictos de agua estará marcada por el vínculo entre agua y energía, el cambio climático y la sustentabilidad del ecosistema. El Código de Aguas por sí solo no puede lidiar con estos problemas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATRIA, Fernando, et al., (2013), *El Otro Modelo: Del Orden Neoliberal al Régimen de lo Público* (Santiago: Debate).
- BAUER, Carl (1998), *Against the Current: Privatization, Water Markets, and the State in Chile* (Boston, MA: Kluwer Academic Publishers).
- (2004), *Siren Song: Chilean Water Law as a Model for International Reform* (Washington, DC: RFF Press).
- (2009), "Dams and markets: Rivers and electric power in Chile", *Natural Resources Journal*, vol. 49, N°s . 3-4, pp. 583-651.
- (2013), "The experience of water markets and the market model in Chile", in Josefina Maestu, (ed.), *Water Trading and Global Water Scarcity: International Experiences*, pp. 130-143 (RFF Press).
- BITRAN, Eduardo, RIVERA, Pedro, and VILLENA, Marcelo (2014), "Water management problems in the Copiapó Basin, Chile: Markets, severe scarcity, and the regulator", *Water Policy*.
- BUDDS, Jessica (2010), "Water rights, mining and indigenous groups in Chile's Atacama", in Rutgerd Boelens, et al., eds., *Out of the Mainstream: Water Rights, Politics and Identity*, pp. 197-211 (London: Earthscan).
- (2013), "Water, power, and the production of neoliberalism in Chile, 1973-2005", *Environment & Planning D: Society and Space*, vol. 31, pp. 301-318.
- CLARVIS, Margot and ALLAN, Andrew (2013), "Adaptive capacity in a Chilean context: A questionable model for Latin America", *Environmental Science & Policy*.
- CONCA, Ken (2006), *Governing Water: Contentious Transnational Politics and Global Institution Building* (Cambridge, MA: MIT Press).
- DONOSO, Guillermo (2013), "The evolution of water markets in Chile", in Josefina Maestu, (ed.), *Water Trading and Global Water Scarcity: International Experiences*, pp. 111-129 (RFF Press).
- DUBASH, Navroz et al., (2001), *A Watershed in Global Governance? An Independent Assessment of the World Commission on Dams*.
- GLOBAL WATER PARTNERSHIP (2000A) *Towards Water Security: A Framework for Action* (Stockholm: GWP).

- (2000B), *Integrated Water Resources Management*, Technical Background Paper N. 4 (Stockholm: GWP).
- INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO (2010), “Los errores en el debate y la verdadera agenda en materia de agua”.
- JAEGER, Pablo (2006), “*Del deseo a la necesidad: Lo importante de las modificaciones al Código de Aguas*”, Asociación Chilena de Abogados del Sector Sanitario.
- JAEGER, Pablo and PEÑA, Humberto (2013), “Del orden neoliberal al régimen de lo público, en materia de aguas”, *XV Jornadas de Derecho de Aguas, Universidad Católica de Chile*.
- LARRAÍN, Sara and POO, Pamela, eds. (2010), *Conflictos por el Agua en Chile: Entre los Derechos Humanos y las Reglas del Mercado* (Chile Sustentable).
- MOORE, Deborah and SKLAR, Leonard (1998), “Reforming the World Bank’s lending for water: The process and outcome of developing a water resources management policy”, pp. 345-390 in Jonathan Fox and L. David Brown, eds., *The Struggle for Accountability: The World Bank, NGOs, and Grassroots Movements*.
- PEÑA, Humberto (2005) “Sentido y alcances del la reforma del Código de Aguas de Chile”, *Carta Circular de la Red de Cooperación en Gestión de Recursos Hídricos de CEPAL*.
- PRIETO, Manuel and BAUER, Carl (2012), “Hydroelectric power generation in Chile: An institutional critique of the neutrality of market mechanisms”, *Water International*, vol. 37, N° 2, pp. 131-146.
- PRIETO, Manuel (2014), *Privatizing Water and Articulating Indigeneity: The Chilean Water Reforms and the Atacameño People (LikanAntai)*, Ph.D. dissertation, School of Geography & Development, Universidad of Arizona.
- ROGERS, Peter and HALL, Alan (2003), *Effective Water Governance*, Global Water Partnership, Technical Background Paper.
- SCHLAGER, Edella and BAUER, Carl (2011), “Governing water: Institutions, property rights, and sustainability”, in Peter Wilderer, (ed.), *Treatise on Water Science*, vol. 1, pp. 22-33 (Oxford: Academic Press).
- SZIGETI, Catalina (2013), “Reformas constitucionales en materia de aguas y reformas al Código de Aguas”, Documento de Trabajo, Chile Sustentable.

- VALENZUELA, Christian (2009), “*La patente por la no-utilización de las aguas en Chile: Origen, diseño y primeras experiencias en su implementación*”, Documento de trabajo CEPAL.
- VALENZUELA, Christian, FUSTER, Rodrigo, and LEÓN, Alejandro (2013), “Chile: ¿Es eficaz la patente por no uso de derechos de aguas?” *Revista CEPAL*, N° 109.
- VERGARA, Alejandro (2012), “Focalizando la agenda de un recurso común: El desafío de potenciar la autogestión de las aguas en Chile”, *Temas de la Agenda Pública*, Centro de Políticas Públicas, Universidad Católica.
- (2014), *Crisis Institucional del Agua: Descripción del Modelo, Crítica a la Burocracia y Necesidad de Tribunales Especiales* (Thomson Reuters).
- VERGARA, Alejandro, et al., (2013), “Aguas y energía: Propuestas para su autogobierno y resolución especializada de conflictos”, *Propuestas para Chile*, Universidad Católica, pp. 241-270.
- WORLD BANK (1993), *Water Resources Management: A World Bank Policy Paper*.
- (2004), *Water Resources Sector Strategy: Strategic Directions for World Bank Engagement*.
- (2011), *Chile: Diagnóstico de la Gestión de los Recursos Hídricos*.
- WORLD COMMISSION ON DAMS (2000), *Dams and Development: A New Framework for Decision-making*.
- YÁÑEZ, Nancy and MOLINA, Raúl (2011), *Las Aguas Indígenas en Chile* (Santiago: LOM Ediciones).