



Centro UC
Derecho y Gestión
de Aguas



HUELLA HÍDRICA

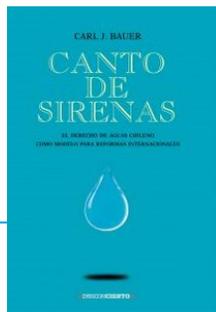
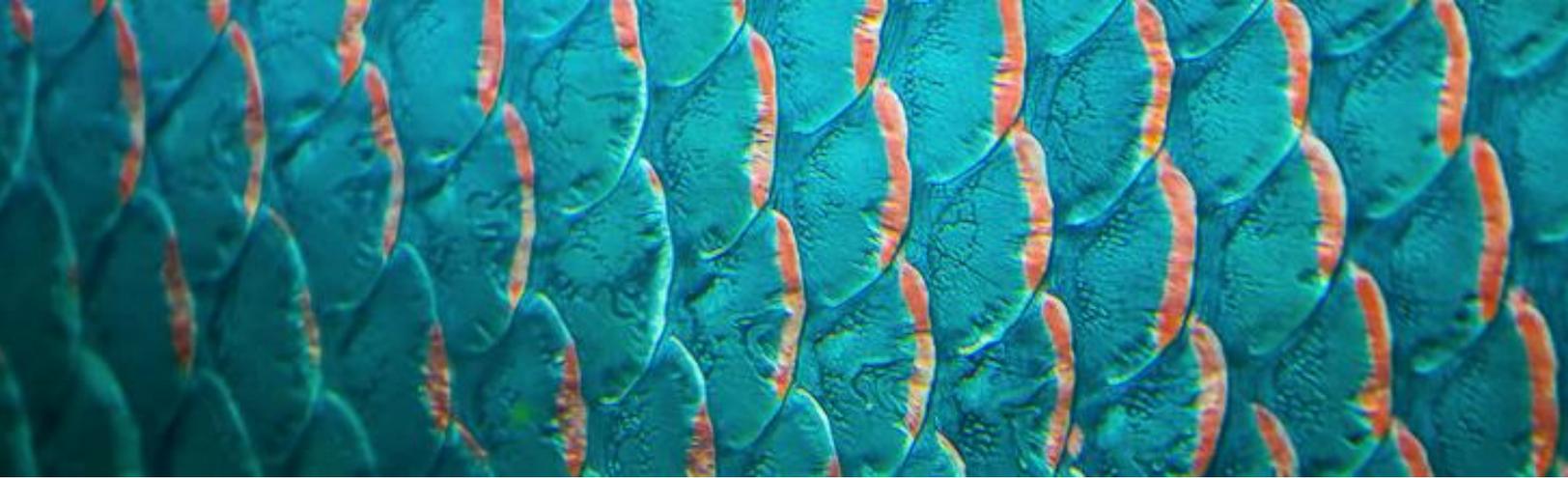
Nº 2. Noviembre, 2016

Carl Bauer, Guillermo Donoso (mod.), Tatiana Celume, Fernando Atria y Alejandro Vergara

Las aguas en debate: **contrapunto doctrinario**

La situación de sequía a la que el país se enfrenta ha generado una creciente competencia por el recurso hídrico, así como un aumento en la conflictividad. En este escenario, una adecuada gestión del recurso junto a una apropiada legislación y sistema regulatorio se tornan esenciales. No siempre hay consenso para alcanzar acuerdos en estas materias, surgiendo distintas visiones y puntos de vista, muchas veces opuestos o controversiales.

Es en este contexto que el Centro de Derecho y Gestión de Aguas UC desarrolló el seminario “Las aguas en debate: contrapunto doctrinario”, invitando a cuatro autores que en el último tiempo publicaron libros con una visión crítica del sistema de aguas chileno. Cada uno de ellos expuso en torno a tres preguntas iniciales: las causas que lo llevaron a escribir el texto respectivo, una breve reseña del mismo, y sus opiniones sobre las otras tres publicaciones analizadas. A continuación, se exponen las principales reflexiones de cada una de estas presentaciones, las cuales, más que focalizarse en las diferencias existentes entre los autores y su pensamiento, generaron un espacio para escuchar, conversar y reflexionar en torno a una problemática común. Ello, con el fin de identificar puntos de encuentro y aproximarnos a posibles soluciones para los desafíos del sector aguas en el país.



Canto de Sirenas
(2° edición).
Editorial Desconcierto,
2015.

Carl J. Bauer
Profesor Universidad de
Arizona (USA)

Canto de sirenas: El Derecho de Aguas chileno como modelo para reformas internacionales

¿Por qué se escribió el libro?

Con este libro se ha querido contar la historia del Código de Aguas de 1981 (CA). Para comprender los antecedentes que llevaron a la dictación del Código, se comienza revisando la historia a partir de los años 60. Luego, se analiza cómo el CA ha sido aplicado y cuáles han sido sus resultados en la práctica, siempre desde una perspectiva empírica. Además, se quería resaltar el caso particular de Chile en el Derecho internacional y comparado. Esto, porque se ha querido que el libro llegue a dos públicos: chileno y extranjero (dado que se percibe gran interés en conocer más acerca del modelo chileno, por su significado a nivel mundial).

Lo que se hizo en la segunda edición del libro fue actualizar la primera edición del año 2004, publicada justamente un año antes de la reforma al Código de Aguas, ocurrida en 2005. A la vez, se ha querido entregar un análisis empírico del tema más que uno doctrinario. A ello se agrega la intención de hacer la revisión en forma cuidadosa, para que la lectura sea útil tanto para quienes están de acuerdo con las ideas expuestas, como para quienes no lo están; lo

óptimo es que el texto sea valioso, incluso para quienes están en desacuerdo con lo sostenido por el autor en otras ocasiones.

El libro considera un enfoque interdisciplinario, brindado por la formación propia del autor; por ello, el análisis es menos doctrinario que el de los otros textos aquí expuestos: el autor es Geólogo, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. El nexa del Derecho de Aguas con otras disciplinas siempre ha sido interesante, por lo que se intentó considerar también.

¿Cuáles son los principales argumentos y las conclusiones del libro?

En el libro se mencionan tres resultados a los cuales se ha llegado tanto en la primera como en la segunda edición. En la primera conclusión, la afirmación es que el mercado de derechos de aguas existe en forma imperfecta, más o menos activo dependiendo del lugar, pero está ahí. Durante los '90s esto estuvo en duda; sin embargo, en el libro se admite que existe un mercado de derechos de aguas. Este mercado ha tenido efectos positivos y negativos; y ahora la discusión está en entender por qué han funcionado mejor unos aspectos que otros, y cuáles han sido los problemas fundamentales. Es necesario revisar el contexto institucional y geográfico en el que se desarrollan los mercados de aguas, y no sólo el contexto jurídico. La aseveración de que el mercado de aguas en sí ha tenido ventajas y desventajas, pero que efectivamente existe, es una de las primeras conclusiones del libro.

La segunda conclusión es que, en términos económicos, un elemento más importante que el mercado de aguas ha sido el fortalecimiento de la propiedad privada de los derechos de aprovechamiento. A partir de estudios, se concluye que contar con una seguridad jurídica sólida en cuanto a los derechos de aguas ha sido un incentivo importante a la inversión de capital, de trabajo y de gestión. En ese sentido se hace una separación ente dos cuestiones que no suelen ir separadas ni en Chile ni en otras partes: el derecho de propiedad privada y el libre mercado. Es necesario contar con derechos de propiedad definidos para que sean exclusivos y transables como condición básica para que haya un mercado. Ahora bien, esto no quiere decir que todos los que estén a favor de derechos privados también estén de acuerdo con la lógica del libre mercado; el mejor ejemplo es la posición de muchos agricultores en Chile.

Es en la tercera conclusión en donde el autor es más crítico. Bauer sostiene que el Código de Aguas y el marco institucional que lo rodea han tenido importantes problemas en la coordinación de usos múltiples, la gestión integrada de cuencas y en todo lo relativo a la gobernanza de las aguas. En estas temáticas de gobernanza de aguas y de coordinación de distintos usos del recurso, el modelo chileno ha fracasado, pues no ha podido resolver las problemáticas para lograr una gestión integrada. Éste es el mensaje que se intenta transmitir a través del libro: que en el futuro, tanto desde la perspectiva de política pública como desde la investigación académica, habría que poner más atención en la gobernanza de las aguas y en la resolución de conflictos por sobre la medición de las transacciones o el desempeño del mercado de aguas. Aunque esto último es importante, no lo es tanto como los temas de gestión.

¿Cuáles son sus comentarios y/o críticas a los demás libros revisados?

Tenemos cuatro libros de cuatro autores. Dejando aparte el libro “Canto de Sirenas”, los otros tres tienen un carácter más jurídico y doctrinario. Si bien es cierto que Alejandro Vergara mezcla conceptos de Derecho y políticas públicas, y que Tatiana Celume combina el análisis jurídico con el económico, resultando en un análisis económico del Derecho, es el libro de Fernando Atria el más doctrinario de los tres; se percibe como un informe en Derecho, con una argumentación muy rigurosa y jurídica, sin intentar incorporar el análisis económico o político.

Todos los textos están enfocados en la complejidad central que es el Derecho y Economía del agua, así como en la definición de que el agua es tanto pública como privada. En ello se encuentra el concepto fundamental de todo el Derecho de Aguas comparado, que tiene ribetes públicos y privados. Lo complejo es que no es posible separarlos del todo, como tampoco es aconsejable inclinarse por un enfoque puramente privatista o puramente estatista. La naturaleza del recurso en sí requiere reconocer esas dos caras: la pública y la privada, y encontrar una manera de equilibrar o balancear estos dos aspectos.

El ejemplo más concreto es que en Chile, desde una perspectiva jurídica, el agua se define como un bien nacional de uso público. Al mismo tiempo, el Código de Aguas define un sistema de derechos privados transables al uso del agua.

Entonces, la pregunta que surge es si ambas directrices son contradictorias o si existe alguna manera de compatibilizarlas, pues es necesario combinar y encontrar el sano equilibrio entre las dos. No se puede esperar encontrar una teoría enfocada completamente en un sistema privado o en uno público; la naturaleza del agua lo impide. Por lo tanto, es de alta importancia el intercambiar opiniones desde disciplinas diferentes. No solamente puntos de vista políticos diferentes, sino que desde la economía, desde el Derecho, desde la geografía, y otras. Es de suma importancia aprender los idiomas de los demás e intentar comunicarse entendiendo sus supuestos y sus definiciones, que pueden ser muy diferentes entre campos diversos.

En detalle, en cuanto a la obra de Fernando Atria, es un texto muy interesante y agudo. Demasiado doctrinario y jurídico, pero el grueso del argumento es compartido. El análisis que realiza es convincente, en especial en cuanto a la contradicción fundamental que surge en el corazón del Código de Aguas chileno.

En cuanto al libro de Tatiana Celume, es positivo que haya un enfoque económico agregado al análisis jurídico. Sin embargo, el enfoque económico en sí es un poco más estrecho de lo esperado; está basado en la escuela de Derecho y economía, en el análisis económico ortodoxo del Derecho. Faltaron otras líneas de investigación que incluyen la economía institucional y la política, pero es positivo que el análisis económico de tipo cualitativo estuviera presente.

Sobre el libro de Alejandro Vergara, es más politizado que sus trabajos anteriores; es muy ideológico y no lo oculta, es bastante neoliberal. En el pasado, este autor ha señalado que el concepto se aplica a los economistas y no a los abogados; sin embargo, me parece un enfoque de libre mercado o de anti-Estado, es decir, neoliberal.



Régimen público de las aguas

¿Por qué se escribió el libro?



Régimen público de las aguas.

Editorial Thomson Reuters, 2013.

Tatiana Celume

Abogada asesora de la
Dirección General de
Aguas

El acercamiento a estas materias por parte de la autora comienza en su período de formación en la Universidad Católica, donde trabajó con Alejandro Vergara en Derecho de Minas y Derecho de Aguas. Se ocupó de temáticas relacionadas con el Derecho Minero, inspirándose en el libro que Alejandro Vergara escribió en la materia, en donde plantea una tesis totalmente distinta a lo visto en su nuevo libro sobre aguas. Ahí se planteaba que el Estado tenía *potestas* y no un vínculo subjetivo patrimonial con las minas. Ello, aun cuando la Constitución efectivamente establece que el Estado es el dueño absoluto, imprescriptible e inalienable de las minas. De ahí surge la inquietud de analizar más en profundidad aspectos relacionados a las minas y luego, a las aguas.

Lo anterior derivó en la necesidad de estudiar temas de regulación, desde una perspectiva más económica. La inquietud que siempre estuvo presente era cómo podía existir un régimen en el cual se declara un recurso publico, como un bien nacional de uso público que luego es entregado a particulares, protegido con un férreo derecho de propiedad. Es aquí donde surge la pregunta: cómo podían coexistir ambos conceptos en un régimen publico, en donde se habla del dominio público por una parte, y se conceden titularidades privadas,

por otro; estas últimas, en su elemento más contradictorio, otorgadas a perpetuidad.

Al analizar esto, es necesario revisar si había efectivamente un dominio estatal/dominio público. De acuerdo a teorías francesas, de este dominio público surge un derecho real administrativo, íntegramente ligado al dominio estatal o público. Entonces, no pueden desprenderse ni alienarse. Por tanto, si se concibe un derecho de aprovechamiento a perpetuidad, se rompe toda la lógica de que exista un dominio público. Esto fue lo que gatilló comenzar a investigar sobre el tema y que culminó en la publicación del libro.

¿Cuáles son los principales argumentos y las conclusiones del libro?

El texto comienza analizando el origen de un bien nacional de uso público. Al considerar otros bienes que se encuentran publicados, como las calles, las plazas y los caminos, entre otros, se percibe que las aguas no entran en la misma categoría. Analizando las fuentes romanas, se reconoce que el agua había sido publicada en sus inicios, no por ser el recurso que hoy tenemos, sino porque era utilizada como una vía de comunicación. Considerando esta función, efectivamente las aguas responden a la lógica que siguen los demás bienes públicos. Esto fue un gran descubrimiento en esta teoría de la publicación.

En una segunda instancia, se analiza el marco jurídico constitucional, en donde se ve la existencia de esta raíz, también expuesta en el texto de Alejandro Vergara, respecto a la *summa divisio* de los bienes. Es aquí donde se distingue la existencia de una garantía de la propiedad a todos los particulares para acceder a toda clase de bienes, excepto en tres casos puntuales: i) los bienes que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres, en que no existe discusión alguna; ii) los bienes susceptible de apropiación; y, iii) los bienes nacionales de uso público. Estos últimos son aquellos que determine la ley y que pertenecen a la nación toda. Es en el “pertenecer” donde se encuentra el elemento que los distingue; lo que indica que no se trata de cualquier bien. De esta manera, siempre tiene que haber una destinación, que podría considerarse una destinación teleológica, bajo la cual estos bienes son susceptibles de apropiación.

Por último, en el texto se estudia un tema más formal, que es la reserva constitucional de estas tres anti-garantías –como las ha llamado la autora– en materia de minas. La razón detrás de esta distinción entre las minas y las aguas es que en materia de minas se ha declarado, incluso en la Constitución, que el Estado tiene el dominio absoluto, imprescriptible e inalienable de las mismas. Ir en contra de ese texto requiere mayor motricidad y en el texto no se debate específicamente. En el estudio, más bien, se ha intentado desarticular los motivos por los cuales el agua está publicada. En este sentido, si se comienza del elemento subjetivo, como lo dicen todos los ordenamientos continentales, el vínculo que une las aguas al Estado sería uno de propietarización. Esto lo sostiene Fernando Atria en su libro y produce el mismo problema que ha existido siempre, esto es, la existencia del derecho real administrativo. Es aquí donde nuevamente se identifica un quiebre con el texto de Alejandro Vergara, ya que el derecho de aprovechamiento no se trata aquí como un derecho real administrativo, sino que como una titularidad. En este sentido, los derechos de aprovechamiento serían simplemente un derecho público subjetivo, que no podría ser concebido en términos de perpetuidad ni libre disposición.

En definitiva, el análisis se centra en que el concepto de las aguas como bien nacional de uso público, en contraposición al de dominio público, está encardinado más bien en elementos teleológicos y no subjetivos del bien. Lo que rige a las aguas es su finalidad y cumplir los intereses generales de la nación. Desde aquí, las aguas tienen un elemento mucho más movable y es el motivo de que la publicación haya variado con el tiempo sin que haya cambiado el concepto. Hoy no existe la necesidad de estatizar las aguas pues ya están nacionalizadas. Estatizarlas implica someterlas a un régimen privatista del Código Civil, crear derechos reales administrativos y cambiar toda una estructura, lo cual no es necesario. Si el enfoque desde el cual se analiza es el teleológico, ello no se requiere.

El elemento subjetivo va variando en la medida que los intereses generales de la nación varían. Los demás elementos se encardinan a partir de éste. Analizando el Código de Aguas del 1981, surge la pregunta de cuál sería el elemento de la publicación, por la existencia de una dicotomía entre intereses generales. Lo que quiso la Administración en el año 1981 era que se respetaran todos los usos de las aguas, esto es, la polifuncionalidad del recurso; no era promoverla, sino respetarla. Éste ha sido el principal aspecto que se ha

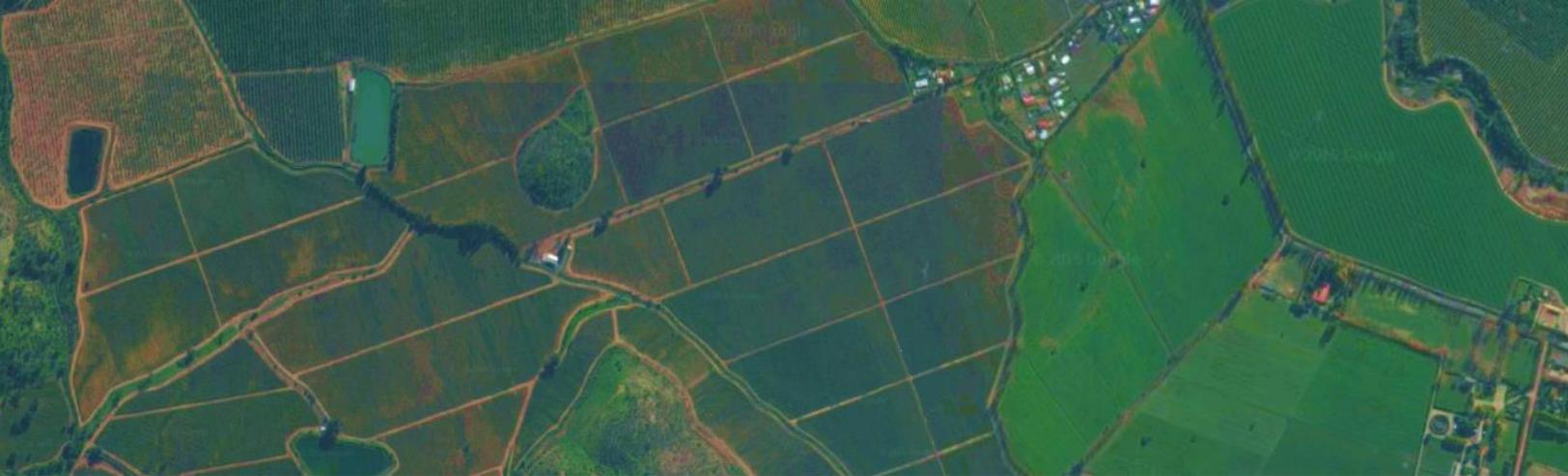
intentado corregir con las reformas de los últimos años. De hecho, desde las primeras reformas es posible identificar estos elementos, en donde se busca incorporar aspectos que están fuera del mercado. En cuanto a los usos extractivos de las aguas, la idea de fondo es asignarlos a los usos de mayor valor. Esto también se intentó lograr por medio del Código de 1981, entregando al mercado la redistribución de las aguas.

¿Cuáles son sus comentarios y/o críticas a los demás libros revisados?

Respecto del libro Crisis Institucional de las Aguas, de Alejandro Vergara, se hace un análisis bastante ideológico, como dice Carl Bauer, lo que es compartido por Celume. Alejandro Vergara indica que no es necesaria la connotación de los bienes nacionales como bienes de uso público. Tampoco sería necesaria la connotación de bien de dominio público; aún más, que esto último sería un esfuerzo errado por estatizar las aguas. La autora concuerda, pues, aunque no es necesario estatizarlas, sí hay un elemento teleológico interesante que debe ser considerado. Vergara propone sustituir el concepto por el de bien comunal, donde lo que importa es la gestión que hacen las juntas de vigilancia o los organismos intermedios de las aguas, con lo cual Celume está de acuerdo. Las teorías de Elinor Ostrom y de los bienes comunes, se sustentan en un privado más, uno que está representado por un grupo, pero que termina actuando como otro privado. Esta tesis se sostiene en grupos de usuarios extractores de cangrejos y otros recursos muy específicos, que no es extrapolable a un sistema con polifuncionalidad de usos. ¿Qué ocurre con los usos medioambientales, por ejemplo, o los usos no extractivos; en definitiva, qué ocurre con los usos que quedan fuera del mercado? Estos usos necesariamente requieren de la tutela del Estado, por lo que no sería posible reducir el Estado a su mínima expresión. En estas mismas líneas, surge la pregunta de por qué Alejandro Vergara sostiene que el derecho de aguas es un derecho real administrativo, cuando todas las tesis que sustentan esta configuración se basan en la existencia del dominio público al modo continental; es decir, un vínculo subjetivo. En este escenario, el Estado es dueño de las aguas y respecto de él se desconfigura un usufructo, en virtud del cual el particular usa y goza de las aguas, sin disposición, obviamente, porque no se pueden alinear.

En cuanto al libro de Carl Bauer, en su primer libro *“Against the Current”* (Contra la corriente), desarrolla un estudio del Código de Aguas de 1981, exponiendo de una manera clara los pesos y contrapesos que tuvo durante su gestación. Expone todo el ambiente político y las fuerzas que en ese momento gobernaban en Chile; además de señalar cómo se terminó haciendo un Código que tomara en cuenta las deficiencias que en ese momento se detectaron. En esos tiempos había una necesidad de fortalecer la agricultura; y que los agricultores sintiesen que tenían un título del cual podían gozar, usar y disponer. Esto último hacía referencia a la necesidad de contar con un derecho de propiedad, sobre un derecho de uso y goce, para efectos tener mayor certeza jurídica y poder invertir en canales e infraestructura. Por ello, se considera que es un libro bastante completo e incluye una perspectiva histórica acertada.

En cuanto al libro de Fernando Atria, se evidencia un contrapunto y una distinción bastante amplia con sus teorías. En el texto sostiene que efectivamente es identificable Estado y nación, algo que siempre Celume ha pensado que no es posible de hacer. Esto es, que el dominio público no existe propiamente tal respecto de las aguas, pero que existe respecto de las minas. El Estado y la nación son conceptos absolutamente distintos; el Estado es un concepto político, que no puede pertenecer a la nación toda. A juicio de la autora, esta pertenencia tendría carácter de teleológica finalista, pero no un vínculo subjetivo patrimonial. O sea, la nación jamás podría ser propietaria. Sería nefasto incardinar una suerte de dominio público continental y volver a la teoría patrimonializadora, que existía antiguamente y que se instauró respecto de las minas; lo cual innecesario en la actualidad.



La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas.
Editorial Thomson Reuters, 2015.

Fernando Atria,
Profesor Universidad de Chile. Co-autor (con Constanza Salgado)

La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile

¿Por qué se escribió el libro?

El texto ha sido escrito debido a la preocupación por la propiedad. Se llega a este tema no desde el Derecho de Aguas, sino que desde el Derecho Constitucional. En ese sentido, se ubicaría mejor en el Derecho Constitucional que en el de Aguas propiamente tal, siendo la pregunta central del libro es sobre el vínculo entre la propiedad y el dominio público. Esto partió a raíz de un informe del Banco Mundial encargado por la Dirección General de Aguas (DGA) en la materia.

Es considerado como un libro propiamente jurídico que no tiene complejos en serlo. De hecho, hay más bien un escepticismo de los aportes que el libro puede hacer a otras ramas del Derecho. El texto pretende llenar un espacio jurídico y constitucional sobre el dominio público de las aguas.

¿Cuáles son los principales argumentos y las conclusiones del libro?

El punto de partida para fijar el dominio y su ubicación sistemática, utilizando a las aguas como centro, es el art.19 N°23 de la Constitución, que especifica en

el inciso primero una libertad general para adquirir ciertos bienes. Tiene que tratarse de aquellos que estén sujetos a la soberanía estatal, como los que la naturaleza ha entregado a todos los hombres, un ejemplo de ello es el alta mar.

Los bienes que deben pertenecer a la nación toda, son los de dominio público. Han sido llamados tradicionalmente “bienes nacionales de uso público”, para diferenciarlos de los otros bienes públicos del Estado, como lo son aquellos bienes fiscales, que no están sujetos al Derecho privado; así como de bienes cuyo propietario es el Estado y cuyo régimen es el del Derecho privado. Cualquier peculiaridad que tengan estos últimos se establece en cuanto a la diferencia estatutaria del dueño, y no por la característica del derecho que recae sobre ellos. En este punto, la categoría fundamental es la de los bienes nacionales de uso público. Esto quiere decir que son bienes fuera de la garantía de apropiación a los que no se les aplica la propiedad privada. Entonces, en los bienes nacionales de uso público, por definición, no puede haber garantía de apropiación, ya que están fuera de este ámbito. Lo que garantiza la Constitución es la libertad para adquirir cualquier clase de bienes que estén dentro del dominio privado; ésta es la lectura del inciso primero del mencionado art.19 N°23 de la Constitución.

¿Cuáles son sus comentarios y/o críticas a los demás libros revisados?

La escuela de Alejandro Vergara y Tatiana Celume es de una posición constitucional de las aguas, basada en una original distinción entre nación y Estado. No son sinónimos, por lo que tiene sentido decir que existe una distinción entre el concepto de nación y de Estado, como existe una distinción entre legislador y pueblo. Esto no quita que la ley sea la voluntad del soberano y que el soberano sea la nación, y quien la ejerce es el pueblo. Son conceptos distintos, relacionando entre ellos.

Esta relación implica que el Estado es la forma jurídica de la nación. Cuando los derechos y la posición de la nación requieren tener una actuación o posibilidad jurídica de actuar, ello le corresponde al Estado. No sólo en la política, sino en cuestiones prácticas del Derecho. Por ejemplo, si una persona cree que la calle es bien de su dominio privado, y no un bien nacional de uso público, la acción reivindicatoria debe dirigirse contra alguien. En este punto, quien es demandable estará determinado por el hecho de que la nación no tiene

domicilio, no tiene representante legal, y el Estado sí los tiene. Si se le imputa a la nación, se le imputa jurídicamente al Estado, en la medida que lo que se le impute a la nación requiera personalidad jurídica para actuar.

Por ende, los bienes nacionales de uso público, en este sentido, serían bienes estatales a diferencia de los bienes fiscales. Esto es importante porque la propiedad privada no es toda la forma de propiedad que existe. El dominio público es distinto a la propiedad privada. Esta última tiene sentido porque es garantía de libertad, que es lo que la define. Puede entenderse como la relación entre una persona y una cosa a su arbitrio, tal que no le debe cuentas a nadie; y como no le debe cuentas a nadie, la propiedad es garantía de la libertad.

Pero el dominio público no es garantía de libertad, en cuanto no puede el Estado actuar arbitrariamente, a diferencia de los privados. El dominio público es precisamente una forma de establecer el dominio de los bienes, distinta a la propiedad. Por eso, el agua está al lado de los bienes que no existen para realizar un espacio de libertad respecto del titular de derechos sobre ellos.

El profesor Vergara desarrolla la tesis, que es novedosa, pero, en definitiva, infructuosa, de considerar al agua no como un bien nacional de uso público, sino que como un bien común. ¿Qué significa ello jurídicamente? Bien común podría querer decir un bien del dominio privado detentado por una comunidad de personas, es decir, la cosa respecto de la cual existe una colectividad. Se trata de un agente privado, compuesto por varios individuos o personas.

No pueden ser comunes porque son bienes nacionales, y esto no puede ser utilizado como argumento, puesto que el análisis jurídico no puede ser tan displicente con las reglas que establecen el estatuto legal de las aguas. De hecho, el profesor Vergara, cuando habla sobre las facultades de administración de las juntas de vigilancia, señala que ejercen funciones que se califican como públicas: no podría la comunidad actuar arbitrariamente respecto del agua. Si fuese un bien común de propiedad de un grupo de personas, éstos no tendrían que rendir cuentas del uso del agua más allá que entre sus comuneros. La administración de las aguas está orientada a realizar el contenido público del recurso; en este punto se acaban las categorías para clasificarlas.

El art.19 N°24 inciso final de la Constitución declara que existe un dominio sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, pero, por otro lado, éstas son bienes nacionales de uso público. En la manera que Atria entiende el análisis

jurídico, no puede decirse que uno de los dos es para efectos interpretativos inexistentes. El análisis jurídico necesita preguntarse cómo es posible entender ambas disposiciones conjuntamente. Hay un sentido, en que ambas son contradictorias: si el dominio público es el que no está sujeto a apropiación privada, y los derechos de aprovechamiento son bienes del dominio público, pero respecto de estos hay propiedad, entonces habría propiedad privada, aunque mediata, sobre bienes nacionales, lo que es estrictamente contradictorio. No hay problema en la existencia de antinomias en el orden jurídico, pero deben disolverse por la interpretación.

La manera en que la antinomia se debe disolver, implica que las aguas son bienes nacionales de uso público, y que ellas no existen para garantizar un espacio de libertad para los individuos. Existen para realizar un fin público, y éste es realizado mediante el aprovechamiento por individuos privados. El estatuto del aprovechamiento no está cubierto por el art.19 N°23 de la Constitución: no es una propiedad privada protegida como cualquier otra, porque se refiere a bienes que no son apropiables. Es una técnica que se utiliza como una fórmula jurídica: el contenido público de las aguas se realiza de mejor manera por medio de la propiedad. Si el legislador decide que el contenido público de las aguas no se realiza por medio de la propiedad, no habría objeción constitucional.



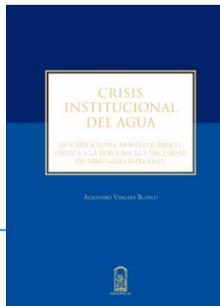
Crisis institucional del agua. Descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales

¿Por qué se escribió el libro?

Se trata de un texto de política jurídica; entonces, tiene la intención de manifestarse críticamente sobre la regulación de las aguas, en base a las propias convicciones del autor, sin forzar el ordenamiento jurídico. Es un texto que tiene por objeto exponer ideas, cuya tendencia no es neoliberal, sino que mejor podría definirse como *comunitarista*. Esto último, en cuanto defiende fenómenos sociales como el autogobierno de las organizaciones de usuarios, que resulta ser muy importante en la gestión de aguas de nuestro país.

Esa convicción, por cierto, fue lo que motivó a escribir el libro. Además, el autor considera fundamental que haya sido escrito desde la visión de que hay una crisis en el agua. Así, se aborda por qué se quiere modificar el modelo de un modo tan profundo en aspectos que no son críticos; y por qué se sugiere modificar elementos que no generan discrepancias actualmente.

En un insumo que es insustituible como el agua, pareciera que es importante escuchar lo que las personas que usan el recurso quieran manifestar. Es relevante entonces saber lo que sienten sobre sus derechos y la gestión del agua. El libro, por ende, tiene por objeto señalar cómo se origina el esquema del



Crisis Institucional del Agua
(2° edición).
Ediciones UC, 2015.

Alejandro Vergara Blanco
Profesor Pontificia
Universidad Católica de
Chile

Derecho de Aguas y cuáles son las necesidades del sector, ofreciendo una orientación a los usuarios y a la autoridad en la discusión actual.

¿Cuáles son los principales argumentos y las conclusiones del libro?

El agua es insustituible para la vida, y es acá donde existe una conexión con la regulación del derecho humano al agua: su relevancia, tanto desde el punto de vista social, como en lo productivo, sumado a la incorporación de ciertos elementos ambientales que siempre han quedado relegados, resultan temas fundamentales en la regulación de las aguas. Existe una preocupación sobre el recurso por parte de las personas, incluso proviniendo de quienes no tienen contacto alguno con un río en particular. Es por esto que en la práctica el agua como un elemento nacional es confuso. En este punto hay que dejar las concepciones más bien místicas del agua, para así dar una respuesta técnica en este sentido.

El agua es uno de los elementos que nos puede unir como sociedad, a pesar de las distintas diversidades ideológicas. Permite un equilibrio razonable en la sociedad, y es en esa necesidad de considerar el agua como un bien común y tratar de encontrar los puntos medios, que las posibilidades de acuerdo se diluyen, por cuanto se suele caer en los extremos. La calificación de las aguas como “bien común” tiene asidero en el desarrollo de la disciplina desde hace muchas décadas, que nace desde la cordillera, por su uso por indígenas, agricultores y demás usuarios.

Se quiso así identificar algunas crisis, en especial aquella de la administración de las aguas, para ofrecer un aporte y hacerla más eficiente. Existe en la actualidad una ineficiencia importante en la administración de las aguas, y esto es necesario potenciarlo de algún modo. Se resalta que esta ineficiencia no proviene de los funcionarios, sino que el desafío es demasiado grande. Es una crisis de la que hay que preocuparse. Quizás dicha dificultad se haya producido por entregar tareas que no corresponden a la Administración, como sostiene el libro.

Por otro lado, está la crisis de la autogestión, a la que no se le ha dado la prestancia o el reconocimiento que tiene como elemento pacificador. Este rol lo cumplen las organizaciones de usuarios de aguas, en especial las juntas de

vigilancia, pues es un hecho que la Dirección General de Aguas ha estado muy lejos de la distribución del recurso.

En este contexto, las principales propuestas son: i) potenciar el elemento comunitario de las aguas y las facultades de las organizaciones de aguas en ello; ii) corregir lo necesario en la Dirección General de Aguas, sin que llegue a dominar toda la escena; y iii) la creación de tribunales especiales de aguas.

¿Cuáles son sus comentarios y/o críticas a los demás libros revisados?

En cuanto al libro de Carl Bauer, es preciso señalar que no es el primer texto que ha escrito en la materia; cuando llega a Chile -a principios de los años 90- a trabajar en su tesis doctoral, transforma una discusión legal en una cuestión más bien técnica, realizando un enorme aporte en esta área. Es por esto que se reedita el texto, y las posibilidades que abren sus críticas al modelo son muy importantes, pues es necesario seguir discutiendo. Sus críticas al modelo no sólo permiten seguir discutiendo, sino que, además, nos hacen entender mejor el modelo de los derechos de aguas en nuestro país.

Las críticas que hoy se pueden hacer al libro de Bauer son cada vez menos: él no se está transformando en un defensor del modelo chileno, sino que en un catalizador, pues nos posibilita hacer un mejor diagnóstico de los diferentes conflictos que se han dado en materia de aguas, lo que es muy relevante.

En cuanto al libro de Tatiana Celume, desarrolla una tesis doctoral muy lograda, un libro de política muy ideologizado, de análisis económico del Derecho, en cuanto se aleja un poco de los elementos propios del trabajo de los juristas. Se trata de un texto que tiene poco análisis práctico, de la práctica jurídica del Derecho, siendo más bien un análisis de cómo se pretende que sea la regulación del Derecho de Aguas.

Finalmente, respecto al libro de Fernando Atria, hay un trabajo muy interesante, un ejercicio desde el punto de vista jurídico, pero parte sobre una base que no es jurídica, muy distinta y discutible, de lo que es la propiedad. No parte de una dicotomía público/privado, sino que se coloca en una posición muy singular, situando a la propiedad como una institución base, de la que deriva la propiedad privada y estatal. Pero eso no es compatible ni con la historia del concepto ni

con el Derecho vigente. Así no se construyen las dicotomías jurídicas; son dicotomías y no trípticos. Por tanto, hay que poner la propiedad privada con algo que es lo contrario, que es la no propiedad, esto es, lo común (bienes que no son propiedad de nadie: son comunes).

Por lo tanto, existe la propiedad privada, que puede considerarse egoísta, pero importante para la libertad de las personas, y por otro lado, lo común, lo de todos, lo del pueblo. Ese es el caso del agua, que tiene un elemento *finalístico*, considerado jurídicamente así para que esté abierta al uso de todos. En el supuesto de los bienes públicos (como los caminos), el Estado no es propietario; la propiedad les corresponde a los particulares o al Estado cuando se transforma en Fisco para realizar fines que no son comunitarios; por lo tanto, la expresión propiedad no se incorpora en el fenómeno de las aguas.

Boletín Huella Hídrica
Nº2. Noviembre 2016

Av. Libertador Bernardo
O'Higgins 340, Santiago. Chile

Edición general: Centro de
Derecho y Gestión de Aguas UC
(CDGA)

Cada artículo es
responsabilidad de su autor y
no refleja necesariamente la
opinión del CDGA