

CONFLICTIVIDAD JUDICIAL SOBRE RECURSOS HÍDRICOS EN UN SISTEMA DE MERCADO DE DERECHOS DE AGUAS

Alejandro Vergara Blanco
Profesor de Derecho de Aguas
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

Contiene este documento¹, a partir del trabajo referido a litigios judiciales sobre recursos hídricos en Australia de Peter Mc Clellan QC., y como comentario del mismo, un análisis sobre la conflictividad judicial en Chile, en que rige un sistema de mercado de derechos de aguas.

Para ello, en primer término, se resumen apretadamente sus principales proposiciones, para luego ser analizadas a la luz de la legislación de aguas chilena.

En segundo lugar, se ofrecen los principales aspectos de la historia de la legislación de aguas chilena, desde la época colonial a la época nacional; resaltando los aspectos en que los principios y problemas de la legislación chilena son comparables (por ser iguales o diferentes) con lo expuesto respecto de Australia por el prof. Mc Clellan.

En fin, se ofrece un análisis final sobre la perspectiva de los litigios de agua en Chile, a partir de la aplicación más intensa de un mercado de aguas.

En el trabajo de Peter Mc Clellan QC se expone cómo en un primer momento el sistema ribereño (que permite al dueño del terreno por donde pasan las aguas sacar la suficiente para su provecho, sin perjuicio ajeno) fue adecuado: sobre todo pues el agua era abundante y la comunidad de usuarios era relativamente pequeña. Esa situación, que es clásica, como en todos los sitios pronto cambiaría, y se expone en tal trabajo cómo Australia dictó normas relativas a nuevas licencias o concesiones, para nuevos usuarios, los que frecuentemente entran en disputas con los antiguos ribereños.

I. CAUSAS DE LAS DISPUTAS DE AGUAS EN CHILE

Quisiera ofrecer, como comentario comparativo del trabajo de Mc Clellan QC una exposición, muy general, sobre la conflictividad de los derechos de aguas en Chile. En tal conflictividad, al igual que en Australia, ocupa un primer lugar el

caso de los nuevos usuarios de derechos de aguas. A esto debemos agregar hoy el problema de la calidad de las aguas, sobre lo cual existe cada vez más preocupación. Estos dos aspectos complican aún más la resolución de las disputas.

Pero el tema de fondo al que me quiero referir es al problema de la conflictividad judicial de los derechos de aguas en medio de un sistema legal que propicia ampliamente el mercado de los derechos de aguas, como es el chileno. (Vid. Vergara, 1997), y que merece ciertas consideraciones especiales.

¹Publicado como "Conflictividad judicial sobre recursos hídricos en un sistema de mercado de derechos de aguas: el caso de Chile. Comentarios al trabajo de Peter Mc Clellan QC, de Australia", en: Actas del "Rosenber International Forum on Water Policy", desarrollado en San Francisco, California, los días 28 al 30 de septiembre de 1997, donde fue presentado. Véase el trabajo de Peter Mc Clellan, en esta revista, pp. 19-33.

Actualmente en Chile, las principales disputas dicen relación con el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas para usos hidroeléctricos (en el Sur del país) y para usos de bebida humana o de la industria minera (principalmente en el Norte del país). Todos estos usuarios normalmente se enfrentan a los regantes (agricultores).

Una vez concedidos estos derechos, ya sea que no haya existido conflicto o ya sea que éste haya favorecido a los nuevos usuarios (empresas hidroeléctricas, de agua potable o mineras), se pueden presentar nuevos conflictos a raíz del

ejercicio del derecho por parte de éstos, pues normalmente, y por las causas que señalaré, los usos agrícolas (más antiguos) son difícilmente compatibles en Chile con los otros usos.

Para la comprensión de nuestra problemática se ofrece enseguida una breve reseña de nuestra legislación histórica de aguas; y luego las bases sobre las cuales en los últimos años se ha establecido una nueva legislación. Legislación ésta que consagra la posibilidad amplia de un funcionamiento del mercado de derechos de aguas, en medio del cual, como veremos, las conflictividades judiciales cambian de tono.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEGISLACIÓN DE AGUAS CHILENA

La legislación medieval y moderna de Castilla, que se aplicó durante la colonización española en el territorio hoy ocupado por Chile, establecía un sistema concesional, considerando a las aguas como *iura regalia*, como bienes de la Corona. Por lo tanto, en principio, todos los usuarios de agua debían contar con una concesión ("merced", en nuestra terminología antigua) de aguas (vid. Stewart, 1967, p. 58; Dougnac, 1992, p. 141; Vergara, 1991, p. 155, con Anexo de textos históricos).

Entonces, en principio, en tal época colonial (antes de la Independencia Nacional en 1818), todo usuario de aguas debía exhibir un título habilitante, expedido por el representante del Rey.

El mismo principio rigió a partir de 1818, especialmente confirmado en 1857 (aprobación del Código Civil chileno) y en otros textos del siglo XIX (vid. Vergara 1990, p. 118 y ss.). Pero, la exigencia de estos títulos expedidos por el Estado-Administración se producía sólo en los textos legales, pues la realidad era otra. En efecto, se siguieron produciendo muchos usos consuetudinarios, sin título alguno, sobre todo por parte de los ribereños y otros usuarios de aguas, que las captaban y canalizaban hacia plantaciones agrícolas. Así, los regantes se transforman en unos usuarios sin concesión.

En todo caso, desde 1857 la legislación (art. 837 Código Civil) reconoce los derechos de los usuarios que utilizan aguas en cauces artificiales

(canales de regadío), normalmente ribereños. Y estos usuarios continúan utilizando sus aguas desde el siglo pasado, hasta hoy, sin una concesión, pero con una gran permanencia, a partir de la distribución que efectúan las organizaciones de usuarios, integradas por ellos mismos. Estas organizaciones (comunidades de aguas, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia), luego son reconocidas legalmente, y a través de ellas, los derechos de los regantes individuales. Lo más permanente e intangible entonces de estos derechos, son las propias obras de captación y distribución de aguas, a partir de las cuales se establece la medida de cada derecho, o su porcentaje en la obra común.

Entonces, a partir del siglo XIX existen dos grandes tipos de usuarios de aguas:

1º Aquellos que ostentan una concesión o merced de derechos de aguas, otorgada por alguna autoridad. Se habla de derechos constituidos (o concesionales).

2º Aquellos usuarios, normalmente agricultores, que no cuentan con títulos concesionales, pero cuyo uso consuetudinario es reconocido por la ley. Se habla de derechos reconocidos (o consuetudinarios). (Vid. Vergara, 1998).

A éstos es posible agregar otros usos especiales que la ley reconoce como derechos (por ejemplo, pozos domésticos de aguas subterráneas:

art. 56 inc. I Código de Aguas): o a derechos antiguos, creados conforme a antiguas reglas legislativas (art. 310 Código de Aguas).

Este panorama permite visualizar que en nuestro sistema histórico-legislativo de aguas, siguiendo la terminología de los profesores de EE.UU., existe una mixtura de sistemas: *riparian rights* y *prior appropriation* (Vid. Getches, 1997).

El mayor inconveniente que esta situación produce es la falta de un catastro completo (hasta hace pocos años inexistente) de los derechos constituidos (concesionales) o reconocidos (usos consuetudinarios) en cada cuenca o sub-cuenca del país. No obstante que en los últimos años se ha avanzado bastante al respecto (vid. Liendo, 1992), queda por realizar un íntegro catastro de derechos de aguas (vid. Vergara, 1998).

Agrégase al anterior inconveniente el hecho de que casi todos los ríos del Norte de Chile (a partir del río Aconcagua, muy cerca de Santiago, que se sitúa al centro del país) están sometidos a un sistema turnal o de rateo en la distribución de las aguas, en algunos casos desde tiempos de la Colonia (ver Sayago, 1874, reed. 1994; y Dougnac y Barrientos, 1993). Estos tur-

nos, en casi todos los ríos del Norte se aplican hasta el día de hoy.

Esto implica que la dotación individual o cantidad de aguas que le corresponde a cada usuario individual (normalmente consuetudinario) depende de la dotación total que traiga el río; es, entonces, una dotación esencialmente variable.

Debe mencionarse, además, que la distribución de las aguas en Chile, desde el siglo pasado, se efectúa de manera absolutamente descentralizada por las propias organizaciones de usuarios, en las cuales no tiene ninguna participación el Estado. Tales organizaciones se denominan Juntas de Vigilancia, y pueden organizarse en cada cuenca hidrográfica (río) en secciones de ríos, cuando por efectos prácticos ello sea necesario. Estos seccionamientos de un mismo río, administrados por varias organizaciones de usuarios han dado origen a conflictos diversos.

En fin, de frente a esta panorámica, y luego de que se intentó en 1967 establecer un sistema centralizado, rige hoy en Chile una novísima legislación de aguas, desde 1981, que utiliza ampliamente mecanismos de mercado; lo que describo brevemente enseguida.

3. LA CONFLICTIVIDAD JUDICIAL DE AGUAS EN MEDIO DE UN MERCADO DE LOS DERECHOS DE AGUAS

a) *La legislación de aguas de 1979-1981*

En 1981 se dicta un nuevo Código de Aguas en Chile, que altera algunas reglas anteriores en cuanto al uso de las aguas, con el intento de descentralizar la reasignación de los derechos de aguas por la vía de la libre transacción (vid. Vergara, 1997, 2). Antes, en 1979, el DL 2.603, en su art. 7º, reconoció expresamente la existencia como derechos de los usos consuetudinarios, lo que fue confirmado por la posterior Constitución de 1981 (en su artículo 19 Nº 24 inciso final).

En esta nueva legislación se establece perentoriamente que la cantidad de agua que pueden extraer los titulares de derechos constituidos (concesionales) deben expresarse en una unidad fija: volumen por unidad de tiempo (art. 7º

del Código de Aguas). No obstante, se autoriza que los derechos reconocidos (usos consuetudinarios) sigan sometidos a su sistema de distribución normal (art. 311, en relación con los arts. 200, 241 Nº 5 y 268, entre otros, del Código de Aguas). En los hechos, entonces, se establece una regla doble: un sistema fijo para que conste en los títulos de los nuevos derechos; un sistema variable que regirá para los derechos antiguos, y para los nuevos (a pesar de lo que digan sus títulos) especialmente en aquellos ríos o cauces sometidos a turno o rateo, y administrados por comunidades de aguas, Asociaciones de Canalistas o Juntas de Vigilancia, todos los cuales pertenecen normalmente a agricultores del Norte del país (y del Centro en menor proporción) (ver Vergara, 1996).

Además, esta nueva legislación, como se dijo,

reconoció ampliamente todo tipo de derechos de aguas anteriores, los que en algunos casos podrían haber sido otorgados con fines específicos (por ej. agua potable). A partir de ahora, tales derechos podían utilizarse en cualquier uso, pudiendo ser libremente transferidos.

Establece la legislación, en todo caso, diferentes tipos de derechos, para distinguir su uso. Así:

- mantiene algunas caracterizaciones antiguas: en la legislación anterior a 1981 se le otorgaba las siguientes caracterizaciones a todo derecho: a) un uso permanente o eventual de las aguas; los derechos de uso permanente permiten usar el agua incluso en tiempos de sequía, y tienen la posibilidad de entrar a formar parte de los turnos o rateos, junto a los demás derechos con la condición de permanentes; los derechos que tienen la caracterización de eventuales, no tienen derecho al turno y, en tiempos de sequía, no pueden ser ejercidos (vid. arts. 16, 17 y 18 Código de Aguas); b) una continuidad, discontinuidad o alternancia, entre varias personas, en el uso de las aguas (vid. art. 19 Código de Aguas);

crea una nueva caracterización para los derechos de aguas: su consuntividad y no consuntividad, con el objeto de englobar entre estos últimos el uso hidroeléctrico (que no consume el agua, sino que luego de usada su fuerza, la devuelve al cauce): arts. 13, 14 y 15 Código de Aguas.

No obstante, esta última clasificación no superará del todo los conflictos que se suscitarán en el área.

b) *Causas de conflictos y resultados en medio del mercado*

A partir de los antecedentes anteriores, esto es, una legislación antigua que hace coexistir derechos constituidos y consuetudinarios, y sobre todo estos últimos, con sus problemas; junto a la dictación de una nueva que intenta la aplicación de políticas descentralizadas de libre transferibilidad (esto es, asignación y reasignación de los derechos de aguas por la vía del mercado), y que reconoce todos los derechos anti-

guos, se han originado algunas causas de frecuente conflictividad, relativas a la determinación del alcance de tales derechos.

Existen otros conflictos posibles, que no se presentan con frecuencia, y que al parecer se solucionan por las propias reglas del mercado.

El mercado dentro del sistema legislativo chileno, al liberalizar y descentralizar la economía en cuanto a las decisiones relativas al uso de las aguas, ha tenido logros e inconvenientes; en otras palabras, otorga facilidades y obstáculos a una mejor utilización del recurso hídrico (vid., con bibliografía Vergara 1997).

De principio, el mercado pareciera flexibilizar incluso la conflictividad, pues los litigios judiciales podrán evitarse mediante una simple operación de costo-beneficio, dependiendo de la magnitud del problema.

Las políticas de liberalización de la economía en general (vid. Büchi 1993), y en particular en materia de acceso a las aguas (Vergara, 1997), han permitido la modernización de la agricultura (de la viticultura y fruticultura), y han posibilitado el nuevo uso de aguas, económicamente más rentables, en cuencas en principio saturadas (por usos agrícolas), que se traspasan al uso de la minería o de la sanidad (Norte de Chile). Estos hechos que *per se* son un beneficio social desde perspectivas más amplias de un mejor y más rentable uso de las aguas, han producido, y producirán conflictividades, las cuales se producen en todo caso no por efecto directo del mercado, sino porque éste está operando teóricamente sin que previamente se hayan realizado arreglos institucionales previos: trátase de ciertos obstáculos (que he descrito en un trabajo anterior: Vergara, 1997), que pueden analizarse desde esta perspectiva de la litigiosidad, como:

- a) La falta de claridad de los derechos; falta de formalización de los mismos, o de un conocimiento de los mismos. No sólo impide un mayor y más activo mercado de los mismos, sino la tenencia de los actuales, y de sus transacciones origina conflictos en cuanto a sus características fundamentales (vid. Vergara 1998).
- b) Las externalidades que produce la transferencia de derechos (el mercado) de los mis-

most; problemas con el medio ambiente; con los posibles derechos de terceros al no haber claridad en las características esenciales de los mismos; los derrames (flujos de retorno) no considerados, son fuente de conflictos, que se pueden manifestar directamente, o con posterioridad al intentar los nuevos adquirentes utilizar las aguas trasladándolas a

otro sitio; como tal traslado requiere de una autorización administrativa, al solicitarse ésta el procedimiento normalmente se transforma en contencioso, y todos los posibles afectados se oponen a su otorgamiento.

Estos conflictos, traducidos a lenguaje económico, constituyen costos de transacción.

4. CONCLUSIÓN FINAL

Además de estos conflictos provenientes de insuficiencias legislativas al consagrar el sistema (cfr. Donoso, 1995, p. 16), deben agregarse los indudables conflictos que se suscitarán a futuro en materia de aguas, a raíz de un uso cada vez más intensivo del recurso, y de una competencia por acceder a él, aun considerando costos de transacción y riesgos implícitos (vid. Peña y Brown, 1989; y Brown, 1996).

En fin, las disputas judiciales dentro de un sistema de mercado de derechos de aguas tienen un tono distinto que en otros sistemas más centralizados. El mercado pareciera posicionar de distinto modo las disputas judiciales. Así, la equidad (o lo que cada uno entiende por tal) tiene un precio más ostensible; salvo que exista

un interés público comprometido, como la defensa del medio ambiente, que la fija y determina el Estado por la vía legislativa. Pero, por ejemplo, el daño a terceros, a raíz de los flujos de retorno (que podrían desaparecer a raíz de una transacción de derechos de aguas y del ulterior traslado del lugar de aprovechamiento de las aguas), puede tener una compensación: o una renuncia parcial del derecho y por consiguiente a la cantidad de aguas que se trasladarán; o una compensación en dinero a los afectados. Todo depende de lo atractivo desde el punto de vista económico que sea el nuevo uso a que destinará el agua el agente económico que las ha adquirido. Ello es impensable en un sistema centralizado.

BIBLIOGRAFÍA

- Brown, Ernesto (1996): *Disponibilidad de recursos hídricos en Chile en una perspectiva de largo plazo*, en: Varios Autores, *Sustentabilidad Ambiental del Crecimiento Económico Chileno* (Santiago, 1996).
- Búchi Buc, Hernán (1993): *La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica*. Bogotá, Grupo editorial Norma.
- Donoso H., Guillermo (1995). "Análisis del mercado de aprovechamiento de las aguas". *Panorama Económico de la agricultura*, N° 100 (nov.-dic.), pp. 14-17.
- Dougnac R., Antonio y Barrientos G., Javier (1993): *Jurisprudencia indiana sobre el derecho de aguas*, I: Turnos, en: IV *Revista de Derecho de Aguas*, pp. 127-153.
- Dougnac, Antonio (1992): El derecho de aguas indiano según Ambrosio Cerdán y Pontero, en: III *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, pp. 133-165.
- Getches, David (1997): *Water Law in a nutshell*, 3rd. ed. (St. Paul, Minn., West), pp. 456.
- Liendo P., Oscar (1992): *Catastro de usuarios de agua. Marco legal y ejercicio profesional* (Santiago) mimeo.
- Peña, Humberto y Brown, Ernesto (1989): La Evaluación y aprovechamiento de los recursos hídricos del país en el siglo XXI, en: *Anales del Congreso de Ingeniería Chilena en el siglo XXI* (Santiago, Instituto de Ingenieros de Chile-Hachette), pp. 17-27.
- Savago, Carlos María (1874, republic. 1994): Riegos turiales en el Valle de Copiapó, V *Revista de Derecho de Aguas*, pp. 99-106.
- Stewart, Daniel (1967): *Aspects of Chilean Water Law on Action, a case study (Illapel V.)*, diss. in Law and Economic, University of Wisconsin [traducción

castellana: *El derecho de aguas en Chile. Algunos aspectos de su historia y el caso del Valle Elapel*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, 330 pp.].

- Vergara Blanco, Alejandro (1990): "Contribución a la historia del derecho de aguas. I: Fuentes y principios del derecho de aguas chileno contemporáneo (1818-1981)", *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. I, pp. 111-145.
- (1991): "Contribución a la historia del derecho de aguas. II: Fuentes y principios del derecho de aguas español medieval y moderno",

Revista de Derecho de Minas y Aguas, vol. II (Universidad de Atacama), pp. 137-161, con anexo de fuentes.

- (1997): "La libre transferibilidad de los derechos de agua. El caso chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24 N° 2, pp. 369-395.
- (1998): "Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas. En especial, de su regularización y catastro", *Estudios Públicos*, N° 69, verano, pp. 155-205.