

BASES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DE AGUAS. EN ESPECIAL DE LOS USOS CONSUETUDINARIOS*

Alejandro Vergara Blanco

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho de Minería y Aguas
Pontificia Universidad Católica de Chile

Me corresponde desarrollar en este seminario el tema de las bases y principios del derecho de aguas, lo que hará desde una perspectiva global, con el objeto de unificar toda la regulación de la disciplina, para referirme, en seguida, al tema - quizás algo desconocido con esta terminología- de los usos consuetudinarios de agua.

De esta manera ofreceré primero un enfoque desde el punto de vista de la historia y de la sistemática de la disciplina que regula las aguas, lo que es un presupuesto necesario para analizar y comprender el papel actual que le corresponde a cada uno de los actores principales que intervienen en esta materia: por una parte, el Estado; y, por otro lado los particulares o usuarios de las aguas.

Para comprender el derecho de aguas, es necesario analizar dos aspectos: el contexto histórico y, como consecuencia de tal historia, el contexto disciplinario del derecho de

aguas, a fin de comprender como se han ido gestando las instituciones, hasta llegar a la actualidad. Por tal razón, expondré la evolución histórica de esta disciplina de donde surgirá una primera respuesta para comprender el papel que le corresponde en la actualidad a los particulares, en relación al uso y aprovechamiento de las aguas. De esta evolución es posible rescatar principios generales. A raíz de toda esta evolución histórica, las normas que regulan hoy en día el uso del recurso hídrico han ido rescatando diversos principios. Por cierto, estos principios generales deben ser respetados por todos los actores, e inspiran, o debieran inspirar, toda la legislación, y debieran ser considerados en toda decisión jurisprudencial o administrativa en esta materia.

En la segunda parte de esta exposición me referiré en especial a la situación de los usos consuetudinarios, y cómo encajan en conjunto con las demás titularidades de

* El texto corresponde a la transcripción de la exposición realizada el día 29 de julio de 1998.

aguas que consagra el sistema de derecho de aguas.

I. BASES HISTÓRICO-DISCIPLINARIA DEL DERECHO DE AGUAS.

1. Al iniciar esta exposición vale la pena hacerse cargo de algunas preguntas que suelen formularse en materia de aguas; se pasa por ellas muy rápidamente en las discusiones, quizás porque su respuesta no es fácil. En las respuestas normalmente se introducen aseveraciones políticas o aseveraciones económicas. Recordemos que nuestro Derecho está compuesto de estructuras que se demoran en acomodarse a las nuevas necesidades sociales o a las nuevas políticas económicas.

En tal sentido, hay preguntas aparentemente demasiado generales, que aparentemente no valdría la pena formularlas, pero que surgen una y otra vez. Por ejemplo: ¿De quién son las aguas? Si ustedes se preguntan de quién son las aguas, cada uno va a tener una respuesta: desde aquellos que dicen que pertenecen al Estado, pasando por los que dicen que pertenecen a la Municipalidad; siguiendo por los otros que dicen que son a las comunidades indígenas; del pueblo; hasta aquellos que afirman que las aguas son de todos los ciudadanos, utilizando siempre conceptos más o menos ambiguos.

En apariencia esta pregunta no tendría un fin práctico en la actualidad. Sin embargo, quisiera recordar que, al inicio de nuestra última transición política, el primer acto legislativo del gobierno de Patricio Aylwin en la materia, fue un proyecto de 1990, a través del cual se intentaba "recuperar la calidad o la condición de bienes nacionales de uso público de las aguas". Los nuevos administradores políticos partían de la base que con el Código de Aguas de 1981, por su origen "liberal", las aguas ya no serían bienes nacionales, sino que habrían perdido esta condición; lo que en realidad es una errada visión "política" de la materia. En tal sentido, esta pregunta demuestra que en la

actualidad hay una falta de claridad en nuestra comprensión del sistema del derecho de aguas.

Podríamos afirmar -como lo dice el Código de Aguas- que este recurso es un bien nacional de uso público; pero, ¿qué significa eso? La verdad es que por ahora no puedo avanzar mucho más, pues para llegar a una respuesta es necesario caminar bastante: revisar la historia, lo que me propongo hacer rápidamente más adelante.

Una segunda pregunta -y con esta comenzaremos- es el tema de la "sequía". ¿Qué es la sequía? En una sequía; podríamos aventurar, ya no hay derecho de aguas propiamente tal, de forma tal que surge el problema de cómo administrar su escasez extrema: las sequías. Esta situación significa que existe una rama del derecho destinada a regular las sequías, y si existiera, ¿es distinta al derecho de aguas de la normalidad?

2. Para responder a estas preguntas yo quisiera ofrecer un esquema, que se inicia con el contexto histórico. Nuestro sistema jurídico reconoce como fuente principal a la ley, la que se impone por un poder legislativo, el que actúa interpretando lo que a su juicio resalta, acorde con la realidad social. Sin embargo, en el Derecho de Aguas se quiebra esta regla, ya que surge con fuerza otra fuente del derecho: la costumbre. El Derecho de Aguas es esencialmente un derecho consuetudinario, y quienes conocen bien el uso de las aguas en el Norte y Centro de nuestro país, saben que eso es así. En estas regiones desérticas o semi-áridas, las precisiones legisladas en nuestros los Códigos de Aguas no han servido demasiado; más han servido las costumbres. Por lo tanto, que al mismo tiempo esas costumbres van a convivir con ciertas reglas jurídicas que son muy antiguas, pero que ellas mismas han ido variando. Veamos este desarrollo histórico.

a) Desde el Derecho Romano, la idea es que en general las aguas se entendían como un derecho de todos los hombres. No había un derecho legislado, pues tampoco existía esa abstracción denominada Estado en Ro-

ma. Entonces las aguas no tenían una "apropiación" pública o estatal: las aguas en Roma eran de quien quería o podía usarlas. Todos los ribereños que ocupaban el agua tenían como único límite jurídico el respeto al derecho de terceros, principio éste que en todo caso va a perdurar con especial fuerza durante toda la historia jurídica hasta el día de hoy. En Roma podía sacarse toda el agua del río que se quisiera, pero no tanta como para perjudicar con derrames o sobriantes a los dueños de los predios colindantes. Por lo tanto, había que preocuparse de sacar el agua suficiente para regar o para cualquier otro uso, y después devolver el agua no usada directamente al río, por la misma propiedad, pues no se debía inundar los predios vecinos. Evidentemente este imperativo surge porque eso dañaba las casi únicas reglas que sobre derecho de aguas encontramos en el Derecho Romano: las reglas interdictales, es decir, de juicios posesorios, para evitar que alguien produzca daños en terrenos ajenos. Por lo tanto, en Roma cada cual usaba el agua que quería, no había una distribución centralizada de las aguas por parte de un Estado inexistente, no había distribución comunal de las aguas, ni organizaciones de comuneros o de usuarios de las aguas. Cada cual usaba las aguas. Ese fue el principio que quedó en las reglas romanas. Por cierto esta regla era sostenible en la práctica pues en tal época no había un uso tan intensivo de las aguas, como lo que posteriormente se producirá.

b) En la baja Edad Media los reyes toman otra posición, por cuanto estiran su *longa manu* y se "apropian" de las aguas. Las aguas las consideran *intra regalia* y sólo los Reyes disponen jurídicamente de ellas, de forma tal que las aguas sólo pueden ser utilizadas previa licencia o merced real; presupuesto que es algo esencial, aunque el objetivo principal de los Reyes es el de cobrar tributos. Entonces las aguas pasan a ser regalías de los Reyes, parte de su patrimonio, y cualquiera persona que requiera usar las aguas, debe pedir permiso, debe golpear la puerta de los Reyes o de quien administraba los patrimonios reales y solicitar las

licencias -que nosotros conocemos como concesiones-.

c) Aparentemente en la época indiana rigieron los dos sistemas expuestos: en un comienzo, en el período de la conquista y colonia en América existía una comercialización libre de las aguas, pero después comenzó a controlarse por la vía de las mercedes regalianas.

d) Los Reyes fueron sustituidos en las colonias por el Estado a principios del siglo XIX. Nos preguntamos: ¿esto significó que se acabaron los privilegios o regalías? ¿Volvió el agua a de ser libre uso por la comunidad como en Roma? ¿Volvió a ser dejada para el recurso agrícola de los particulares o de las comunidades? No. El Estado tomó la posición regaliana de los Reyes, con alguna variante en los distintos países, con un estatismo más o menos fuerte. En el caso de nuestro país no es tan fuerte y el agua pasa a una condición jurídica que es algo extraña, porque no ha quedado dentro de la propiedad privada, ni en las posibles propiedades que puede tener el Estado: pasa a ser un "bien nacional de uso público", y así fue insertado en los textos legales, en primer lugar en el Código Civil de 1857 y luego en varios textos posteriores, que en definitiva se reunieron en el Código de Aguas de 1951, hasta el actual Código de 1981.

II. LOS USOS CONSUETUDINARIOS ORIGINAN TÍTULOS LEGÍTIMOS

La Constitución no se refiere al vínculo estatal de las aguas, pero en las normas legales que nos rigen se indica que el agua es un bien nacional de uso público. En tal sentido, las aguas no pueden ser objeto de propiedad de por parte de los particulares, es decir, las aguas en sí mismas no pueden ser apropiadas como otros bienes, pues no rigen con respecto a ellas las leyes comunes. La ocupación no es un modo que tenga la virtud de atribuir un derecho sobre las aguas, de forma que después de un tiempo de ser ocupadas no es posible obtener su dominio por prescripción. La regla es la siguiente: las aguas son de uso público, y

nadie puede usarlas privativamente sin que el Estado-Administración previamente haya otorgado una concesión sobre ellas. Hay una prohibición generalizada para aprovechar estos recursos sin que previamente el Estado haya otorgado una concesión o un derecho de aprovechamiento de agua.

Frente al desarrollo legislativo se va produciendo paralelamente una regulación consuetudinaria del uso de las aguas, y por muchas leyes que se dicten, éstas se conocen pero no se cumplen.

A pesar de la vigencia de la regla legal, en virtud de la cual el Estado exige que las aguas nadie puede tomarlas sin su autorización o concesión; no obstante, todos sabemos que, y en especial en el Norte de Chile, las aguas se han utilizado siempre, sin previa concesión. Si ustedes van hoy día a solicitar a todos aquellos antiguos usuarios individuales de las aguas, algún papel que acredite su calidad de concesionario o algún otorgamiento del Estado o autoridades de alguna época, muy pocos podrán mostrar algún papel, ya que casi nadie los ha tenido nunca. Eso no implica que tales usos sean ilegítimos. Si bien pudieron haber tenido un origen aparentemente que quebrantara la regla general, la legislación chilena ha ido posibilitando la regularización de los usos que se han realizado de las aguas por las comunidades de usuarios, comunidades de agricultores u otros usuarios individuales en general.

Es por tal razón que en la actualidad asistimos al fenómeno generalizado de la necesidad de regularizar, actualizar, de perfeccionar todos los títulos de aguas, porque una gran mayoría de los derechos de aguas se han originado por una vía costumbrista, por una vía de uso consuetudinario, y tales usos se han dado al lado de la ley, no en contra de la ley. De ahí la relevancia del recentísimo DS n° 1220, de 1998, Obras Públicas, que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas, que es un paso adelante en el intento por catastrar estos usos consuetudinarios.

Ha sido la propia ley la que siempre ha venido a decir que esos usos -que en apariencia estaban fuera de ella- son legítimos, les ha dado un timbre o una legitimidad posterior.

De esta forma, los caudales utilizados legítimamente en la actualidad, no son sólo aquellos sobre los que se pueda tener un título de concesionario del Estado, sino que son sencillamente aquellos caudales que se han utilizado tradicionalmente por comunidades de aguas o particulares en una obra hidráulica construida desde una época que se desconoce.

De ahí que es relevante en materia de agua el uso efectivo, el uso que se ha venido efectuando y las obras construidas, porque curiosamente la que ha dado origen al derecho es al mismo tiempo, la propia obra hidráulica (de captación y de canalización) y el uso consuetudinario, y no una concesión del Estado; pues lo que el Estado ha realizado con posterioridad es el "reconocimiento" de estos usos, dándoles categoría de derecho.

Entonces es posible hacer una historia sobre lo que dicen los textos legales en materia de aguas, pero no es posible desconocer que, durante toda la colonia y hasta hoy, ha seguido paralelamente a esa legislación un uso costumbrista creador de derechos, y cuyos usuarios ostentan hoy en día una titularidad protegida por la institucionalidad.

En la actualidad se ampara a nivel constitucional no solamente los derechos de aguas "constituidos" (esto es, aquellos originados en una concesión estatal), sino que también los "reconocidos" (esto es, los originados en usos consuetudinarios). Por eso la Constitución utiliza en el art. 19 n° 24 inciso final estas dos palabras como expresiones: por un lado está reconociendo el uso consuetudinario y por el otro lado está dándole validez a aquellos usos que se originan en la constitución de derecho por la autoridad.

Este es entonces el primer punto que quería expresar, en torno al cual en materia

de derechos de aguas no nos podemos ceñir únicamente a lo que dice la ley o al Código que nos rige en términos generales. Más aún, este cuerpo legal es más bien un Código "de riego"; un Código con algunos anexos pequeños para regular otros usos del agua. Es demasiado pretensioso decir que es un Código que regula adecuadamente todos los usos del agua: falta el uso para la vida humana, o uso sanitario; el uso hidroeléctrico, etc. En ese sentido es un Código limitado, y se puede cometer un error si a partir de allí uno quiere desprender todos los principios del derechos de agua, para todos los usos, no sólo de riego.

Es importante ser cuidadosos en la interpretación de la legislación de aguas, sobre todo en lo que dice relación con los usos costumbristas. Por ejemplo: el Código de Aguas vigente (art. 7º) establece que la distribución y uso de las aguas debe realizarse de acuerdo a la medida de cada derecho y estos se deben expresar en volumen por unidad de tiempo.

Pero, si ustedes revisan la distribución que hacen todas las Juntas de Vigilancia, ninguna de ellas lo hace en volumen por unidad de tiempo sino que, simplemente, le entrega a cada cual la prorrata del caudal de agua que escurre en el respectivo sistema hídrico. Entonces nadie puede exigir a las organizaciones de usuarios la entrega fija de una cantidad de agua, media o expresada en volumen por unidad de tiempo, porque eso realmente es una regla teórica referida al caudal de cada derecho de aguas, pero debemos comprender que el agua que cada uno aprovecha, es la que corresponda según las "acciones" de que se sea titular en cada canal y ese canal recibe las aguas que corresponde según las "acciones" de río, y las reciben de acuerdo a las que en cada instante se contienen en el sistema hídrico respectivo, todo ello distribuido por una Junta de Vigilancia.

Muchas veces solamente es un problema estadístico el saber cuántos son los litros por segundo que ingresan a cada cual, y esa fracción no es la que determina el problema. En esto no hay una minuciosidad en el

Código, sino que, por un lado, existe una regla teórica que no rige casi nunca, que es la que establece en el artículo séptimo; y, por otro lado, una regla, basada en la costumbre, que autoriza a las Juntas de Vigilancia y organizaciones de usuarios (arts. 311 y 268), la distribución de agua según acciones y caudales existentes, a prorrata.

Así se une la historia jurídica con el origen de los usos consuetudinarios.

Gracias.