

AUTOGOBIERNO EN LA GESTIÓN DE LAS AGUAS

ALEJANDRO VERGARA BLANCO*

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, en que un número importante de países se enfrenta a condiciones hídricas preocupantes, la gestión de este tipo de recursos se ha convertido en un tema clave y de obligado análisis jurídico, social, político y económico. En este sentido, además de que muchas cuencas y acuíferos se están secando, se está llegando a niveles muy elevados de demanda hídrica, superando con creces la oferta disponible de recursos.

Ante este escenario, surgen diferentes estrategias y propuestas para gestionar las aguas. Por un lado, algunos autores recomiendan que el Estado sea el que administre la mayoría de los recursos naturales de tal forma de evitar la destrucción e impedir la llamada “tragedia de los comunes”; mientras que otros señalan que es a través de la privatización de los recursos que se solucionaría el problema. Sin embargo, en la práctica se observa que ni el Estado ni el mercado, por sí solos, han logrado con éxito que los individuos generen un uso pacífico y sostenible en el largo plazo. En realidad, a medida que la situación se vuelve más crítica, se acentúa con mayor fuerza una “tercera vía”, en que son los mismos particulares, los usuarios de diversos recursos o servicios, quienes han demostrado que pueden organizarse y realizar una gestión correcta y eficiente de los mismos.

Surge así la idea de “autogobierno”, entendida como la “facultad concedida o reconocida a una colectividad o a un territorio para administrarse por sí mismo”. En este contexto, entonces, el objetivo del presente trabajo es revisar críticamente las instituciones más relevantes de autogobierno en materia de aguas en Chile, desde la perspectiva de gestión de los recursos.

I. NÚCLEO DOGMÁTICO DEL DERECHO DE AGUAS EN CHILE

Existen ciertos aspectos generales de las instituciones del Derecho de Aguas, que le otorgan autonomía como sistema jurídico. Dichos aspectos fundamentales se encuentran consagrados en la legislación vigente en Chile.

Así, en cuanto al *dominio jurídico de las aguas*, el art. 5° CA establece que “las aguas son bienes nacionales de uso público”. La calidad de “bien nacional de uso público” de las aguas en Chile deriva de una regla decimonónica: el art. 595 CC, la que fue reiterada por el Código de Aguas siguiendo una tendencia generalizada en Derecho comparado de publicar¹ las aguas.

Sin embargo, si observamos bien la realidad, seguir afirmando que las aguas son “de la Nación toda” (propiedad de), no se ajusta ni logra amoldarse al fuerte modelo de autogestión colectiva

*Profesor Titular de la Facultad de Derecho UC. Algunos de los análisis aquí contenidos forman parte del estudio “Autogobierno en la gestión de las aguas y la energía en Chile. Análisis jurídico-económico”, desarrollado en el marco del Concurso de Políticas Públicas 2013, del Centro de Políticas Públicas UC. Atendido que el trabajo recoge planteamientos de una exposición oral, no se incluyen referencias bibliográficas.

¹ O incluso, en muchos casos, *estatizar* el recurso.

de las aguas de cada cuenca o de cada acuífero que existe en nuestro medio; este autogobierno es realizado por organizaciones de usuarios.

En cuanto al *procedimiento de constitución de los derechos de aguas*, existe una referencia en la CPR, al señalar en su art. 19 N° 24 inciso final que ellos son “reconocidos o constituidos en conformidad a la ley”. Pues bien, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 20 CA, los derechos sobre las aguas “se constituyen originalmente por acto de autoridad”. El Código de Aguas no es del todo preciso para calificar este “acto de autoridad”, sino sólo en la medida que tal acto tendría la virtud de “constituir” los derechos sobre las aguas. Queda claro, eso sí, que es un “acto” y eso importa una manifestación de voluntad de la Administración. Esta manifestación, desde el punto de vista dogmático, es una “concesión”.

De este acto de autoridad, esto es, *de la concesión, nacen derechos a favor de los particulares*. Según el art. 19 N° 24 inciso final CPR, “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”, consagrando una especial forma de garantizarlos.

Por su parte, el art. 5° CA, luego de señalar, como se dijo, que las aguas son bienes nacionales de uso público, agrega que “se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas”. Lo que se otorga es un derecho, distinto de la propiedad, “de aprovechamiento”, según la ley. No obstante, la CPR (siguiendo al art. 583 CC), para asegurar este derecho otorga, a su vez, la propiedad sobre el derecho².

Estos son los derechos de aguas nacidos de una concesión, a los que deben agregarse aquellos “reconocidos” (arts. 7° D.L. N° 2.603 de 1979, y 19 N° 24 inciso final CPR), que cubren en especial a los usos consuetudinarios.

Finalmente, sobre *la administración de las aguas*, hay dos aspectos que analizar:

1. Desde el punto de vista de *la administración por la autoridad*, existe un servicio, la DGA, que tiene amplias atribuciones para intervenir en el sector de acuerdo a lo dispuesto, en especial, en los arts. 298 y ss. Código de Aguas.

2. Por otro lado, por la propia naturaleza de las aguas, hay *formas especiales de organización de los usuarios o titulares de derechos de aprovechamiento*.

II. ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA DE LAS AGUAS

En Chile, los roles de la autoridad central y de las organizaciones de usuarios en materia de aguas están claramente diseñados en la ley y son distinguibles. Estas organizaciones deben tener conciencia de la autonomía que existe en su gestión, y perder esa noción de paternalismo estatal, que hace que muchos usuarios sigan viendo erróneamente a la autoridad central como un superior jerárquico.

El escenario de autogestión de las aguas debe ser mejor observado, pues es de una densidad tal que surge la necesidad de someter a cuestionamiento la naturaleza de las aguas, las que, por la autogestión de los usuarios, parecieran haber mudado desde bienes nacionales a bienes comunes o locales autogestionados por sus usuarios.

² Ésta es la cosificación u objetivación de los derechos que, proveniente del Derecho Civil, ha invadido nuestras instituciones jurídicas; aspecto sobre el cual no podemos abundar aquí, pero que mencionamos siquiera.

Aunque en la cáscara las leyes sigan refiriéndose a las aguas como nacionales, el denso *factum* de los usos inmemoriales y autogestión colectiva parece haber mudado la naturaleza misma de las aguas.

En el sector de las aguas, se dan, en forma paralela a la respectiva autoridad administrativa central, vigorosas instancias de administración descentralizada. Revisemos a continuación sus aspectos descriptivos más interesantes.

1. Administración de las aguas

Debido a su condición de recurso escaso y en consideración a su importancia económica, es que las aguas requieren de una normativa clara que establezca las reglas para su administración y justa distribución entre la gran cantidad de personas que se encuentran interesadas en utilizarlas en los más diversos proyectos.

En consideración a la calidad de bien nacional de uso público de las aguas, su administración ha debido confiarse a órganos de naturaleza administrativa. Así, en este ámbito, las potestades y atribuciones regulatorias se entregan a dos órganos: por una parte, a la Dirección General de Aguas, que se encarga de generar políticas sobre la administración, cuidado y gestión de las aguas; y por otra parte, existe una organización de usuarios la cual, a pesar de su conformación “privada”, por particulares, y no formar parte de la Administración del Estado, ejerce atribuciones, funciones y potestades que podrían catalogarse de “públicas” en este sector; es el caso de las juntas de vigilancia.

a) Dirección General de Aguas. Por una parte, se encuentra la Dirección General de Aguas (DGA), que es un órgano técnico de la Administración del Estado, relevante en materia de aguas, y como servicio público depende directamente del Ministerio de Obras Públicas.

Las potestades que, en este sentido, ejerce la DGA consisten en: planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, formulando recomendaciones para su aprovechamiento; investigar y medir el recurso; ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público; autorizar, en su caso, la construcción, modificación y destrucción de todo tipo de obras en los cauces naturales de uso público; cuando no existan juntas de vigilancia legalmente constituidas, deberá impedir que se extraigan, sin título o en mayor cantidad de lo que corresponde, aguas de los cauces naturales de uso público, y supervigilar el funcionamiento de las organizaciones de usuarios.

b) Juntas de vigilancia. Por otra parte, en la *función* pública de administrar las aguas, se encuentran las juntas de vigilancia, que son organizaciones conformadas por particulares, esto es, por todos los titulares de derechos de aguas, que de cualquier forma aprovechen aguas superficiales o subterráneas de una misma cuenca u hoyo hidrográfica.

La importancia del rol que ocupan las juntas de vigilancia en la administración de las aguas, se ve fortalecido por las pocas atribuciones directivas u ordenadoras que respecto de ellas tiene la DGA, y sólo en casos de *extraordinaria sequía* o de reiteración de faltas o abusos graves en la distribución de las aguas, la DGA puede suspender transitoriamente las atribuciones o intervenir a las juntas de vigilancia.

Sin perjuicio de lo anterior, no obstante su carácter de organización de conformación por particulares, tienen poco margen para que sus miembros puedan acordar en sus estatutos, las normas que estimen pertinentes, pues el Código de Aguas las configura con bastante precisión. Respecto las funciones u objetivos que la ley les encomienda, cabe hacer una distinción.

i) Las juntas de vigilancia cumplen una función pública. En primer lugar, las juntas de vigilancia ejercen una *función pública* que se manifiesta en la administración de las aguas, función que si bien comparten con la DGA, en estos casos se encuentra acotada territorialmente a la cuenca u hoya hidrográfica donde ejercen jurisdicción.

En este sentido, uno de los objetos de las juntas de vigilancia, que establece el Código de Aguas, es administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros, pese a que el concepto de administración excede a las aguas a que tienen derecho sus miembros. Esto se debe a que, en este caso, administrar significa “*gobernar, regir, cuidar*”. Por esta razón a las juntas de vigilancia les corresponde la facultad y obligación de regir y cuidar no sólo las aguas a que tienen derecho sus miembros, sino que velar por los cauces naturales bajo su jurisdicción. En la práctica, la administración se traduce en determinar de cuánta agua dispone la cuenca hidrográfica, velar por la conservación de dicha cuenca, determinar la forma en que será distribuida el agua y resolver, preventivamente y antes de su judicialización, los conflictos que de ello se deriven.

Esta idea es reafirmada por una serie de facultades que les otorga el Código de Aguas: mantener estadísticas de los caudales de la cuenca; incorporar a su jurisdicción los nuevos derechos que se constituyan; vigilar por la conservación de los cauces; declarar la escasez de las aguas en los cauces naturales que administran y determinar las medidas extraordinarias de distribución, cuando corresponda; impedir que se extraigan aguas sin título o en mayor cantidad a las que se tenga derecho, entre otras.

ii) Distribución de las aguas de la fuente pública. Por otra parte, debido a la composición de las juntas de vigilancia y a su amplia jurisdicción en toda o una sección de una cuenca hidrográfica, éstas deben ejercer una función muy relevante: la *distribución*, lo que en la práctica implica simplemente repartir las aguas que son conducidas por la corriente natural bajo su jurisdicción entre todos los interesados que tienen derechos de aprovechamiento en el cauce natural, en cantidad y proporción correspondiente, y velar por que dichas cantidades y proporciones sean respetadas.

En este sentido, las juntas de vigilancia pueden construir obras relacionadas con su objeto o mejorar las existentes, debiendo para ello contar generalmente con la autorización de la Dirección General de Aguas. Respecto de ellas tienen la facultad y obligación de *explotarlas*, para obtener el mayor rendimiento y utilidad de las obras existentes en el cauce natural bajo su jurisdicción. Asimismo, tienen el deber de *conservar* dichas obras, por lo que puede afirmarse que a las juntas de vigilancia les corresponde la obligación de mantener y cuidar las obras de aprovechamiento común en la corriente natural, con lo que se logra que sus miembros obtengan un aprovechamiento integral y pacífico de las aguas a que tienen derecho.

2. *Uso colectivo de las aguas: su distribución en obras de riego o canales*

En una categoría jurídicamente muy distinta a las juntas de vigilancia se encuentran las comunidades de aguas y las asociaciones de canalistas; aun cuando a éstas, y a las juntas de vigilancia, se las denomina genéricamente “organizaciones de usuarios”.

La principal diferencia entre esta categoría y la anterior, es el deber de velar por el interés general de una cuenca, como ocurre en el caso de las juntas de vigilancia, lo cual en el segundo caso se convierte en velar sólo por los intereses de los miembros que conforman dichas organizaciones, las cuales surgen a partir de la existencia de una obra hidráulica de propiedad y aprovechamiento común. De ahí que estas últimas tengan una mayor similitud con las comunidades en general, que las juntas de vigilancias.

Las organizaciones de usuarios de aguas pueden ser definidas como “aquellas entidades, sin fines de lucro, con personalidad jurídica, reguladas principalmente en el Código de Aguas y que tienen por objeto, fundamentalmente, administrar las fuentes o cauces de aguas, según el caso, sobre los cuales ejercen competencia y/o las obras a través de las cuales ellas son captadas, almacenadas y/o conducidas; distribuir y, excepcionalmente, redistribuir, las aguas entre sus miembros; y resolver determinados conflictos entre éstos entre sí o entre éstos y la propia organización”.

Los principales objetivos de toda organización de usuarios son:

- a) Administrar las fuentes o cauces naturales o artificiales, en casos de aguas superficiales, o la napa, en casos de aguas subterráneas, sobre los cuales ejercen competencia y/o las obras a través de las cuales ellas son captadas, almacenadas y/o conducidas;
- b) Distribuir y, excepcionalmente, redistribuir, las aguas entre sus miembros, y
- c) Resolver los conflictos que puedan suscitarse entre los distintos miembros de la respectiva organización de usuarios o entre ésta y alguno de ellos, relativos a la repartición de aguas o al ejercicio de los derechos que tengan como integrantes de la organización de usuarios.

Cabe destacar que todas estas atribuciones u objetivos tienen como únicos destinatarios a los miembros que las conforman y en ningún caso protegen otro interés público. A mayor abundamiento, no necesariamente un nuevo derecho pasa a formar parte de la organización de usuarios, en el caso de asociaciones y comunidades, sino que debe hacerlo convencionalmente, sin que pueda ser obligado a hacerlo, dado que el particular puede decidir el ejercicio de su derecho de aguas en otra obra hidráulica. En el caso de las juntas de vigilancia, ello es distinto, pues éstas tienen jurisdicción en una cuenca o parte de una cuenca, y ningún usuario puede eludir esta función pública.

El Código de Aguas considera a las juntas de vigilancias y a las asociaciones y comunidades como organizaciones de usuarios, dado que todas ellas están integradas por titulares de derechos; pero no debe olvidarse la naturaleza pública de la función de las juntas de vigilancia, de frente a la naturaleza privada (que cuida los intereses de sus integrantes exclusivamente) de las comunidades de aguas y asociaciones de canalistas.

i) Comunidades de aguas. Son las más extensamente reguladas en el actual Código de Aguas. Básicamente son una situación de hecho que surge cuando dos o más personas, naturales o jurídicas, tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo canal o embalse, o aprovechan las aguas de un mismo acuífero. Por lo tanto, serán comuneros todas aquellas personas que utilicen tal obra, que, por tal hecho, es común. La competencia de la comunidad se extiende hasta donde exista comunidad de intereses, aunque sólo sea entre dos comuneros.

La comunidad de aguas es un supuesto de hecho, sin embargo, ello no basta para que estemos frente a una comunidad de aguas como organización de usuarios, porque se requiere, además, que los comuneros reglamenten la comunidad que existe entre ellos según lo prescrito por el Código de Aguas.

Por otra parte, si bien no existe ninguna obligación de que los comuneros se organicen, existen dos vías para hacerlo. Por escritura pública suscrita por todos los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que se conducen por la obra común; o bien, judicialmente.

ii) Asociaciones de canalistas. Las asociaciones de canalistas ejercen competencia sobre cauces artificiales de aguas superficiales, y tienen por objeto “tomar las aguas del canal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento”. En este sentido, su objeto es idéntico al de las comunidades de aguas.

No obstante su similitud con las comunidades de aguas en el aspecto ya señalado, tiene la siguiente diferencia con esta última: sólo pueden organizarse por escritura pública suscrita por todos los titulares. En todo lo demás, tienen idénticas funciones y cumplen los mismos objetivos que los precisados respecto de las organizaciones de usuarios en general.

III. OBSTÁCULOS PARA EL AUTOGOBIERNO Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Pese a que se ha incrementado la cantidad de organizaciones de usuarios en nuestro país, se perciben dificultades que impiden la consagración total del autogobierno que les es propio. Entre tales dificultades pueden mencionarse las siguientes:

1. Limitaciones y trabas legales y administrativas en la determinación del contenido de los estatutos que regulan los aspectos estructurales y funcionales de la organización

La legislación les reconoce un importante grado de autonomía a las mencionadas organizaciones, que se manifiesta, en primer lugar, al momento de su conformación y la aprobación de sus reglas o estatutos. Sin embargo, dicha autonomía es, en realidad, bastante limitada, pues:

a) la legislación norma detalladamente el contenido de los mencionados estatutos, dejando sólo reducidos espacios a la autorregulación de sus usuarios, quienes sólo en determinados aspectos –formales en la mayoría de los casos– pueden innovar o establecer algo distinto de aquello establecido en el Código de Aguas, y

b) una vez conformada la organización, y aprobados sus estatutos por la vía judicial o convencional, comienza otro extenso y difícil desafío para ella: obtener el registro ante la DGA. Dicho registro, además, al amparo de una norma pretérita y que en nada se ajusta a las directrices y paradigmas actuales en la materia, se asocia a la obtención de personalidad jurídica por parte de las organizaciones de usuarios. De este modo, una organización no registrada ante la autoridad sería prácticamente inexistente. Lo anterior no sería tan grave si el examen que efectúa la DGA se limitara a determinar que los estatutos reúnan efectivamente todos los requisitos y menciones que establece la ley. Sin embargo, tal examen acostumbra a extenderse a otros ámbitos y aspectos, exigiendo muchas veces introducir modificaciones a lo ya aprobado por los usuarios o por los propios tribunales (en el supuesto de organización judicial).

En ambos supuestos, debe revisarse la legislación de aguas, pues las disposiciones relativas a organizaciones de usuarios provienen de textos decimonónicos, cuyo tenor, sentido y contexto son muy distintos a la ideología central del Código de Aguas de 1981, en el cual hoy se encuentran inmersas. Concretamente, debieran impulsarse modificaciones tendientes a garantizar reales posibilidades de autorregulación de las organizaciones y limitar expresamente la actividad y efectos del registro de las mismas en el Catastro Público de Aguas de la DGA, cuidando, sobre todo en este último punto, guardar coherencia con los actuales parámetros en materia de autonomía y obtención de personalidad jurídica de los grupos intermedios de la sociedad.

2. Fuerte presencia e intervención administrativa en algunas cuencas donde se han construido obras por parte del Fisco para beneficio particular, cuyo proceso de traspaso es objeto de constantes dilaciones y limitaciones en la práctica

Ello conlleva que la autoridad (Dirección de Obras Hidráulicas, fundamentalmente), siga reteniendo la administración y propiedad de tales obras, en desmedro de las facultades que la

ley reconoce a las organizaciones de usuarios, y especialmente a las juntas de vigilancia, en este punto.

Según la ley la Administración debe efectuar el traspaso definitivo de las obras de embalse/regadío construidas con fondos fiscales para beneficio de particulares. Estas obras de embalse (en algunos casos construidas hace décadas, y en pleno uso por los beneficiarios, en su mayoría regantes/agricultores) están regidas por el D.F.L. N° 1.123 de 1981, que establece normas sobre ejecución de obras de riego por el Estado, y por su reglamento (D.S. N° 285 de 1995). La lógica del sistema de construcción de obras de embalse por el Fisco es que sean los beneficiados quienes asuman la titularidad de las obras y derechos de aguas.

En cuanto a las obras, la regla general es que los regantes beneficiados paguen al Fisco dicha obra una vez construida; sin embargo, es posible el traspaso gratuito a los usuarios. En efecto, según la Ley, el Estado/Fisco/Administración construye y ejecuta estas obras de embalse no con el propósito de incorporarlas a su patrimonio, sino que con el objetivo de que los beneficiarios lleguen a ser sus dueños. Y ello es natural, pues ellos embalsarán las aguas provenientes de fuentes en que son usualmente antiguos titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas consuetudinarios (derechos estos que son complementados con los “nuevos” derechos que se constituyen a favor del Fisco).

De ahí que en cuanto a los derechos de aguas que se ejercen a través de estas obras de embalse cabe distinguir: por una parte, los derechos tradicionales de los antiguos usuarios, y por otra, los “nuevos” derechos que se constituyen a propósito de la obra.

En esta materia no debe olvidarse que no obstante la construcción de un embalse en un río, mantienen plena vigencia los antiguos derechos que ostentan los usuarios del río, los cuales no sólo son reconocidos en la Ley (art. 7° D.L. N° 2.603), sino protegidos por la Constitución (art. 19 N° 24 inciso final). De ahí que los “derechos nuevos”, que la autoridad constituye especialmente a propósito del embalsamiento de aguas, sólo complementan los anteriores derechos de los usuarios/agricultores. Así:

a) Los derechos antiguos, es decir, aquellos que ya ejercían los regantes con anterioridad a la construcción de las obras, permanentes o eventuales, no pueden ser afectados y quedan eximidos de todo gravamen que provenga de la construcción de las obras que se ejecuten.

b) Los derechos nuevos, es decir, aquellos que surgen con motivo de la construcción de las obras (que por una curiosidad del sistema se constituyen a favor del Fisco), deben ser transferidos con posterioridad a los beneficiarios de la obra.

Con relación a este traspaso cabe precisar que si bien existe una aislada disposición que da a entender que los usuarios podrían pagar por la transferencia de los derechos, ello puede ser considerado sólo para aquellos casos en que los usuarios/regantes no tuviesen derecho alguno anterior, pues la lógica y racionalidad de la normativa vigente se rige por el principio general rector de la gratuidad en la obtención de los derechos de aprovechamiento de aguas, que por igualdad debe ser aplicado a todos los ciudadanos. Y ello es más patente en el caso en que los usuarios/regantes ostentan derechos consuetudinarios, pues en verdad son más valiosos que los “nuevos” derechos constituidos sólo de manera transitoria a favor del fisco.

Entonces, como los usuarios/regantes ya cuentan con derechos históricos o antiguos en la fuente en que se construye la obra de embalse/regadío, a su respecto la ejecución de dicha obra sólo implica una mejoría o mayor seguridad en el ejercicio de sus ancestrales derechos, mediante una mayor capacidad de embalse y riego. En esas condiciones, cobrar a los usuarios/

regantes por el traspaso de unos derechos de aguas que sólo complementan sus derechos consuetudinarios, y que no significó inversión alguna para el Fisco (sólo le bastó solicitar, tramitar y obtener esos derechos de aguas) carece absolutamente de todo fundamento y procedencia, y podría transformarse en una fuente de conflictividad y demora en el necesario traspaso de las obras de embalse a los particulares.

Por lo tanto, en este ámbito, más que reformas legales específicas a los textos normativos mencionados, lo que corresponde es revisar y modificar la práctica administrativa, bastante común en nuestro país, de conservar en manos fiscales la titularidad de grandes obras de embalsamiento y los derechos de aprovechamiento vinculados.

3. Existencia de seccionamientos en algunas cuencas y administración autónoma de cada uno de ellos por juntas de vigilancia distintas, lo cual impide un manejo integrado de la fuente y muchas veces va aparejada a una distribución de las aguas carente de justicia y equidad

Como una directa manifestación del autogobierno, la regla general indica que una única junta de vigilancia debe tutelar y administrar toda una cuenca u hoya hidrográfica. Sin embargo, se plantea la posibilidad de “seccionar” un cauce natural para los efectos de la distribución de sus aguas.

El seccionamiento de los ríos es un hecho natural que se produce en algunos cauces, dada su especial configuración hidrográfica. Así, sucede que a medida que las aguas de un río van siendo utilizadas, tales usos lo agotan en ciertos tramos de su recorrido, quedando su álveo al descubierto, para luego, por medio de filtraciones o afluencias de otras aguas, reaparecer nuevamente.

El elemento que habilita a exceptuarse de la premisa de que debe existir una sola junta de vigilancia en cada corriente o cauce natural, es uno sólo: debe haber una distribución totalmente autónoma, separada e independiente en cada uno de los sectores que pudieren componer un cauce. Y ello debe interpretarse restrictivamente, pues estamos frente a una hipótesis excepcional.

Si tal elemento no concurre, obligadamente debe retornarse a la regla general y promoverse la administración y distribución a río completo por una sola organización de usuarios.

En nuestro país, hay algunas fuentes cuya situación debiera revisarse, pues presentan secciones administradas por organizaciones independientes y distintas, pese a que, en la práctica, la distribución de una surte inevitablemente efectos en las restantes. Ante tales circunstancias, no sería prudente y legítimo conservar los seccionamientos, los cuales, contrariamente, deberían suprimirse en todos aquellos casos en que el manejo o reparto separado de las aguas de una cuenca produzca injusticias y desequilibrios.

4. Falta de efectiva integración de todos los usuarios en las juntas de vigilancia, siendo los titulares de derechos de aguas subterráneas y los de carácter no consuntivo (asociados, por regla general, a empresas hidroeléctricas) los ausentes más habituales

Bastante se ha debatido en torno a la incorporación a las juntas de vigilancia de los titulares de derechos de aprovechamiento de uso no consuntivo y de aquellos de aguas subterráneas. Al parecer, ni las juntas ni dichos titulares han tenido interés en que los segundos se integren a estas organizaciones, pues hay una serie de ajustes que realizar y, además, derechos y obligaciones recíprocas que ello implica.

Sin embargo, la incorporación de los derechos de aprovechamiento de aguas a las juntas de vigilancia respectivas no depende de la voluntad de sus titulares, sino que está regulada espe-

cíficamente en la ley. En efecto, el art. 272 inc. 1º CA establece la obligación legal de que “Si por el otorgamiento de derechos, construcción de nuevas obras de riego o de regulación de la cuenca se constituye un nuevo derecho de agua, el que lo goce quedará incorporado a la junta de vigilancia respectiva”. Por su parte, el art. 263 CA precisa que “Las personas naturales o jurídicas y las organizaciones de usuarios que en cualquier forma aprovechen aguas superficiales o subterráneas de una misma cuenca u hoyo hidrográfica, podrán organizarse como juntas de vigilancia que se constituirá y regirá por las disposiciones de este párrafo”.

Por lo tanto, de las disposiciones transcritas podemos concluir que:

a) La libertad de asociación encuentra una excepción en materia de juntas de vigilancia, pues “todos” los derechos de aprovechamiento de aguas de una cuenca u hoyo hidrográfica quedan incorporados a dicha instancia organizativa de manera automática, de pleno Derecho.

b) En ese conjunto de titulares de derechos se incluyen también aquellos relativos a aguas subterráneas, cuya incorporación a la jurisdicción de las juntas de vigilancia se encuentra expresa y positivamente establecida desde la reforma introducida el año 2005 al Código del ramo.

Así, la falta de incorporación efectiva de estos derechos a las juntas de vigilancia, que afecta indudablemente la gestión y administración que ella ejecuta, pues, en estos términos, su labor no podrá ser integral, constituye una infracción normativa. Procede, entonces, que los titulares y las juntas alteren esa práctica y cumplan el imperativo existente en este campo.

Ahora bien, y admitiendo que no es una tarea fácil, pues conlleva la realización de una serie de adaptaciones sobre todo a nivel de la organización de usuarios, sería recomendable que algunos de los fondos concursables existentes en materia de aguas, especialmente aquellos destinados al perfeccionamiento de las juntas de vigilancia, consideraran un ítem dirigido a este rubro: hacer efectiva la incorporación de los derechos no consuntivos y de aguas subterráneas, para lo cual sería necesario, principalmente, revisar y actualizar el Rol o registro de usuarios, y analizar y modificar los estatutos respectivos de modo de consignar, en cada uno de los puntos en que sea necesario, la forma de participación de estos tipos de derechos.

5. Carencia de información completa y correcta sobre los derechos de aprovechamiento administrados, lo cual se debe, en importante medida, a la numerosa presencia de derechos consuetudinarios y otras titularidades antiguas que no se han regularizado y/o perfeccionado

El Código de 1981 impuso importantes reglas en orden a dotar de certeza y seguridad al régimen de uso y administración de las aguas. Una de dichas reglas fue exigir que todos los derechos de aprovechamiento deban constar en títulos formales, que incluyan todas sus características esenciales, y que se inscriban en los registros conservatorios y administrativos existentes al efecto.

El problema al respecto se suscita con los derechos preexistentes al mencionado Código, muchos de los cuales son de carácter consuetudinario, y, por lo tanto, carecen de toda formalidad. Para superar ello, el legislador incluyó algunas herramientas de ajuste, que tiene por objeto adaptar los derechos antiguos a las nuevas exigencias. La regularización y el perfeccionamiento son las más relevantes de dichas herramientas, las cuales, no obstante haber transcurrido más de 30 años desde la entrada en vigencia de las disposiciones que las regularon, no han tenido el grado de aplicación práctica que a estos efectos correspondía. Y ello se ha producido básicamente por dos factores:

a) el carácter facultativo que se confirió a la regularización y al perfeccionamiento; y
b) la falta de un plazo de cierre o de término de la posibilidad de regularizar derechos, contenida en disposiciones transitorias del Código de Aguas (principalmente, en su artículo 2º transitorio).

Esta situación ciertamente afecta o atenta contra el autogobierno, pues si los miembros de una organización no cuentan con títulos certeros respecto a sus derechos, la organización no logra contar con un conocimiento e información cabal de lo que sucede en su territorio jurisdiccional.

Por lo tanto, es importante que se adopten medidas concretas en orden a obtener que la regularización y el perfeccionamiento se realicen efectiva y adecuadamente. Para ello, se vislumbra como necesaria una reforma al Código de Aguas en el sentido de disponer un plazo de término a los procedimientos regularizadores contenidos en sus disposiciones transitorias, y disponer también un plazo fatal para que todos los titulares de derechos perfeccionen sus títulos conforme a las exigencias del actual régimen. En todos estos procesos, es esencial que el parámetro rector sea el uso efectivo del agua (elemento que definirá el volumen y todas las características definitorias de los derechos de aprovechamiento), cuestión que deberá, por tanto, incorporarse en los procesos judiciales y administrativos de tramitación de los mismos.