

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

#2008
Edición

MIRADA POLITICA

FEBRERO
2020

REGULACIÓN DE LAS AGUAS EN CHILE

I. INTRODUCCIÓN

La extrema sequía que vive nuestro país es una señal alarmante de los graves efectos que puede tener el cambio climático en algo tan indispensable para las personas como la disponibilidad del agua. En este contexto, es importante determinar las causas de este problema, para así adoptar las medidas conducentes a solucionarlo y evitar que se agrave en el largo plazo.

Hoy, tanto en los medios de comunicación como en redes sociales, se han levantado una serie de consignas que apuntan en la misma línea: el gran culpable de la sequía es el Código de Aguas y el sistema chileno de regulación de las mismas. Así, ha existido un afán constante de instalar la idea de la “privatización del agua” bajo nuestra legislación, además de afirmar que nuestro sistema es único en el mundo. Ambas afirmaciones no pueden alejarse más de la realidad, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico sí reconoce que el agua es un bien nacional de uso público, existiendo derecho de dominio sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.

La necesidad imperante de llevar a cabo una política hídrica sería requiere que estos aspectos de nuestra legislación se esclarezcan, para así despejar los mitos y llegar a soluciones concretas y efectivas.

II. EL AGUA COMO BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO Y LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

En los últimos meses, se ha sostenido en varias ocasiones que el agua es privada, no respetándose el principio de que ésta es un bien nacional de uso público. En una carta publicada en el diario El Mercurio, don Gastón Soublette señala que “Privatizar así el agua, elemento indispensable para la vida de todos los seres animados, desde el microorganismo hasta el hombre, es una decisión antidemocrática que no honra a Chile, y se agrega a la larga lista de los actuales síntomas de su decadencia”.¹

Sobre este punto, cabe precisar que tanto el Código Civil como el Código de Aguas vigentes señalan que **las aguas son bienes nacionales de uso público**, es decir, aquellos que le pertenecen a la Nación toda y cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la Nación (Art. 589 del Código Civil). Esto quiere decir que las aguas como bien propiamente tal no son susceptibles de propiedad por parte de los particulares.

Sin perjuicio de lo anterior, se pueden constituir **derechos de aprovechamiento** sobre las aguas, los que sí pertenecen al dueño de los mismos, tal como lo reconocen el **Art. 5º** del Código de Aguas, y la Constitución Política de la República en su **Art. 19 N°24, inciso final** que regula el derecho de propiedad: *Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellos.*

De esta forma, estos derechos autorizan a su titular extraer y usar el caudal específico de agua que se señala en la respectiva resolución de la Dirección General de Aguas que los otorga.

Al tratarse de derechos –o bienes incorporales– que forman parte del patrimonio de una persona, estos están resguardados por el derecho de propiedad, como se señaló con

anterioridad. No obstante, al igual que la propiedad sobre cualquier bien, sea este corporal o incorporal, esta es susceptible de limitaciones, e incluso de expropiación en caso de cumplirse con las demás causales que la ley exige.

El régimen jurídico de las aguas generó especial debate el día 7 de enero del 2020, cuando la Sala del Senado rechazó el Proyecto de Reforma Constitucional sobre el dominio público de las aguas con 24 votos a favor y 12 votos en contra.

Sobre esto, es necesario reiterar que nuestro ordenamiento jurídico sí reconoce el carácter de bien nacional de uso público de las aguas, lo que es además reconocido por nuestra Constitución. Así el Art. 19 N° 23 de la Constitución señala que esta asegura a todas las personas “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”.

A partir de la lectura y coordinación de las normas constitucionales citadas con las normas del Código Civil y del Código de Aguas, es posible ver que el constituyente no entra en conflicto, ni deja sin aplicación las normas legales que rigen las aguas, sino que por el contrario, existe una norma constitucional que reconoce la inapropiabilidad de los bienes nacionales de uso público, como las aguas.

Además, cabe recordar que el proyecto declaraba de utilidad pública los derechos que sobre las aguas se hayan constituido o reconocido. Así, se está estableciendo constitucionalmente y a priori una causal de expropiación de dichos derechos, precarizando gravemente el derecho de propiedad y la certeza jurídica, así como los derechos legítimamente adquiridos.

¹ Fuente: <https://bit.ly/2w3UM03>

III. REMATES DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Otro aspecto que ha generado una grave polémica en algunas regiones de nuestro país guarda relación con los remates de derechos de aprovechamiento de aguas que se pretendían efectuar en el Maule y Ñuble. Varios medios han utilizado la expresión “remate de aguas”, lo que contribuye a aumentar las dudas sobre el carácter de bien nacional de uso público.

Los remates de derechos de aprovechamiento se encuentran regulados en el Art. 142 del Código de Aguas, que señala: Si dentro del plazo de seis meses contados desde la presentación de la solicitud [para adquirir un derecho de aprovechamiento], se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos, la Dirección General de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos. Las bases de remate determinarán la forma en que se llevará a cabo dicho acto.

De esta forma, los remates pretenden dar una solución a la situación en que existe más de una solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas sobre un acuífero, de manera tal

que se gestione el recurso de manera eficiente. No obstante, dado el poco conocimiento que existe de esta herramienta y las movilizaciones antes aludidas, existe una tendencia a creer que esto afectaría la sustentabilidad de los acuíferos y la disponibilidad del recurso.

Lo que ocurre es todo lo contrario. Así, Paula Castro, Directora Regional de Aguas de la Región del Maule, ha señalado: “Existe un poco de desconocimiento en la comunidad y la ciudadanía respecto que si esto afectaría la disponibilidad de agua en un contexto de sequía. La verdad es que no. Todo lo contrario, lo que intenta este procedimiento es evitar la especulación, respecto de los derechos de agua. Evitar que haya personas que intenten adjudicarse derechos con el objeto de posteriormente venderlos y obtener un beneficio económico de esta venta”.²

La norma es clara al señalar que se requieren antecedentes sobre la capacidad de la fuente, de manera que la adjudicación de estos derechos no afecte su sustentabilidad. Es por esto que, en aquellos casos en que no existan dichos estudios o estos sean poco concluyentes, corresponde que los remates no se lleven a cabo sino hasta que se cuente con los estudios correspondientes.

² Fuente: <https://bit.ly/2Vnij6v>



Foto: pixabay.com

IV. ¿ES CHILE EL ÚNICO PAÍS CON ESTE SISTEMA?

En múltiples ocasiones se ha afirmado que Chile es el único país en el mundo que sigue este régimen de aguas. Esto es absolutamente falso, por cuanto hay diversos países en los que se adopta un modelo en que existe propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, y transferibilidad de los mismos.

En una columna publicada en el diario El Mercurio, el ex Director General de Aguas Matías Desmadryl señala: “en 58 de los casos analizados, entre los cuales está Chile, sus legislaciones contemplan los tres elementos esenciales para que exista un mercado de aguas (legalidad de la reasignación del agua entre diferentes usos; separación de la propiedad del agua y la tierra; penalización por el no uso del recurso). Entre las legislaciones

similares a la chilena, se encuentran las de EE.UU. (15 estados), Australia (6 provincias), Canadá (6 provincias), Gran Bretaña, Nueva Zelanda, Alemania, Suecia, India, Indonesia, Corea del Sur y Corea del Norte, Japón, Rusia, Sudáfrica, Filipinas y Jordania; concentrando el 40% de la población mundial”.³

A continuación agrega que “Chile ha sido objeto de análisis por expertos y organismos internacionales (Diagnóstico de la Gestión de los Recursos Hídricos, Banco Mundial, 2011) reafirmando que el CA de 1981 generó las condiciones apropiadas para el desarrollo de inversión en agricultura, minería, sanitarias e industrias, contribuyendo al crecimiento económico y desarrollo de los últimos 30 años”.⁴

³ Fuente: <https://bit.ly/2uCWksE>

⁴ Ídem.



Foto: nuevamineria.cl

V. CONCLUSIONES

El régimen de las aguas en Chile dista de ser perfecto. Existen una serie de falencias, en especial en el ámbito técnico e institucional que es necesario atender cuanto antes, ya que la situación climática a nivel mundial indica que las temperaturas seguirán aumentando y las precipitaciones seguirán disminuyendo. Nuestra legislación data de una fecha en que la realidad hídrica del país era radicalmente distinta de la que vivimos hoy, por lo que resulta indispensable modernizarla. No obstante, cabe preguntarse qué aspectos son los que efectivamente se deben modificar, si se toman en cuenta los criterios técnicos y la evidencia científica que hoy se encuentra disponible.

Para lograr un debate serio en materia de aguas, resulta necesario, en primer lugar, que se dejen de lado estas falsas consignas, de manera que se puedan evaluar los verdaderos problemas que hoy afectan la disponibilidad del recurso hídrico, desde un punto de vista científico y no meramente

ideológico. Un ejemplo valorable de esto, es el trabajo llevado a cabo por la Mesa Nacional del Agua, instancia transversal que llevó a cabo un análisis de alto nivel técnico que permite llegar a un diagnóstico consensuado de la realidad hídrica de nuestro país. Dentro de las falencias que se detectaron en esta instancia, se encuentran el conocimiento y monitoreo insuficiente de los acuíferos de nuestro país, así como una burocracia excesiva y superposición de funciones entre los distintos órganos competentes.

Es por esto que hoy es necesario avanzar en una modernización de la institucionalidad en materia de aguas, donde exista una instancia de coordinación entre los distintos actores, amplia participación de la sociedad civil y las organizaciones de usuarios –que son quienes tienen un conocimiento más acabado de la realidad local– y una delimitación clara de las funciones que corresponden a cada órgano, de manera que se logre una gestión eficiente de los recursos hídricos.



Capullo 2240, Providencia.

www.fjguzman.cl

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman

 @fundacionjaimeguzman