

**DIÁLOGO 3: REFORMA AL
CÓDIGO DE AGUAS**

A continuación, se presenta una versión editada de la conversación sostenida por algunos de los miembros del comité de redacción de la revista con la profesora Tatiana Celume y los profesores Matías Desmadryl y Winston Alburquenque, quien ofició como moderador. La conversación se llevó a cabo el 22 de agosto de 2019 en dependencias del Magíster LLM UC.

PARTICIPANTES

22 agosto 2019

doi: 10.7764/10.7764/rda.o.4.7868

Tatiana Celume B.
Matías Desmadryl L.
Winston Alburquenque
José Luis Cea
Nicolás Cobo
Gonzalo Vial
Francisco Blavi
Jerónimo Carcelén

JOSÉ LUIS CEA

Agradezco en primer lugar la presencia de nuestros distinguidos invitados y, en segundo término, a Winston Alburquenque, quien oficiará como moderador de esta instancia para comentar la reforma al Código de Aguas.

WINSTON ALBURQUENQUE

Es un gusto estar acá y conversar estos temas que generan muchos desafíos para hoy y sobre todo para el futuro, en especial en el contexto de la dramática sequía que estamos viviendo, por ejemplo, en la Región Metropolitana, que tiene un déficit del 75%. Tal vez el agua sea, como uno escuchaba hace tiempo, el motivo de la Tercera Guerra Mundial. Entonces, son los reguladores y los legisladores los que tienen que ordenar este reto a través de directrices que nos permitan tener una regulación que pueda resolver el problema gravísimo que viene a futuro.

Para conversar sobre este tema, tenemos a dos distinguidos profesores expertos en derechos de agua: Tatiana Celume y Matías Desmadryl. Tatiana es abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, máster en Regulación Económica y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, especialista en derecho de aguas y autora del libro *Régimen público de las aguas*, junto con diversas publicaciones relacionadas con dicha temática y su incidencia ambiental. Fue también asesora legislativa de la Dirección General de Aguas, y en la actualidad ejerce la docencia en Derecho de Aguas y Derecho Ambiental en la Universidad San Sebastián, además de trabajar como investigadora principal de un Fondecyt de Iniciación.

Por su parte, Matías Desmadryl es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, socio de Carcelén, Desmadryl, Guzmán & Tapia Abogados, ex director general de aguas, profesor de Derecho de Aguas en el Magíster LLM UC, el Magíster en Medio Ambiente de la Universidad Finis Terrae, el Diplomado de Recursos Naturales y Medio Ambiente de la Universidad de los Andes y del Diplomado de *Compliance* y Buenas Prácticas Corporativas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

El objetivo de esta conversación es contribuir al debate de la actual reforma al Código de Aguas. Esta reforma tiene su historia: el prefacio de esta discusión son dos reformas que han venido casi paralelas, una en el Gobierno de Bachelet y esta del Gobierno de Piñera. Entonces, es necesario analizar cómo se van a compatibilizar ambas, sobre todo porque son dos propuestas un poco contradictorias entre sí. Vemos en esta reforma legislativa aspectos tal vez políticos, que expresan cómo se ven las aguas desde dos veredas distintas. En

este contexto, tenemos la suerte de tener dos visiones diversas de dos profesores, abogados, que han estado en la Dirección General de Aguas, una a cargo de la reforma durante el Gobierno de Bachelet, y el otro como director general de aguas en el primer Gobierno de Piñera.

Recordemos que nuestro sistema de agua es, tal vez, uno de los más liberales del mundo, en el que el derecho de propiedad de aguas está garantizado y las facilidades de poder adquirirlos y transarlos es muy grande. Chile es siempre nombrado como uno de los lugares donde el sistema de aguas se aborda con una mentalidad de mercado, cuestión que quizá podría cambiar con las modificaciones que eventualmente vendrán. Tal vez ambas reformas tengan en común que van restringiendo esa libertad que el legislador tuvo en sus inicios. Sin embargo, hay otro aspecto en el que se observan diferencias en los dos proyectos de ley: el relativo a los derechos de aguas en términos de la propiedad que puedan tener los privados sobre ellas. Recordemos que, en la legislación inicial, el derecho de agua correspondía a un derecho protegido en la Constitución. Entonces, esa fortaleza que tiene la Constitución y que viene confirmada por el Código de Aguas actual es una de las diferencias entre estos dos programas de cambios legislativos. Mientras el de Bachelet buscaba generar concesiones sobre las aguas, incluso con un término preestablecido para estas concesiones, el de Piñera viene a reestablecer el mecanismo que existía antes, con un derecho de propiedad sobre las aguas, sobre los nuevos derechos de aguas que se otorguen.

Este es un tema interesante, al igual que las diferencias en la prelación de usos de las aguas, lo que eventualmente podrán ser materia de esta discusión que invito a abrir a Tatiana.

TATIANA CELUME

Quisiera agradecer esta invitación que me hizo el LLM de la Pontificia Universidad Católica de Chile, mi casa de estudios, y en especial, al profesor José Luis Cea, que tuvo la amabilidad de invitarme a este coloquio.

Aunque con Matías Desmadryl podemos estar en “veredas opuestas”, coincidimos en algo: buscamos un cambio en esta materia. Hoy no podemos soslayar el problema de la crisis hídrica y hacernos creer que no existe, porque es un problema que se da no solo en Chile, sino en el mundo entero. Además, hoy se suman nuevos actores. Las nuevas tendencias ecológicas, que van más allá de lo ambiental, están incluso considerando reservar derechos a las fuentes naturales. La última vez que estuve en un seminario, en Colombia, se expuso acerca del otorgamiento de derechos subjetivos a los ríos, a las fuentes naturales. En algunos países como Nueva Zelanda y Colombia, se le

están concediendo derechos a los ríos, e incluso “responsabilidades”. Por esta particular vía se está buscando una alternativa para la conservación ambiental. Las fuentes, por su parte, han adquirido la posibilidad de defenderse frente a los atentados que cometen los seres humanos frente a los derechos de la naturaleza. Puede parecer algo extravagante, pero es un fenómeno que está ocurriendo y así ha sucedido en el caso del río Atrato en Colombia, que es parte del río Chocó, y también en el río Whanganui en Nueva Zelanda. Se van produciendo herramientas legales, concebidas para la protección de las personas, pero que van a generar un efecto diverso: van a proteger los ecosistemas de los actos del hombre.

Entremos ahora en el tema de la reforma al Código de Aguas y hablemos acerca de lo que ocurrió en el segundo Gobierno de la presidenta Bachelet. En efecto, había un boletín que se venía tramitando en la Comisión de Recursos Hídricos de la Cámara de Diputados desde el año 2011, si no me equivoco. Se trata del Boletín 7543-12. Este boletín, denominado “Reforma al Código de Aguas”, trataba en específico sobre los usos del agua, el reconocimiento de los diversos usos del agua, entre ellos el uso ancestral y aquel referido a los usos culturales y espirituales. Asimismo, hacía referencia a la necesidad de concesionar las aguas del minero y en cómo transformar, o más bien relevar, el consumo humano del agua como un uso prioritario. Esta moción parlamentaria constituía un verdadero intento de reconocer la polifuncionalidad de los usos del agua.

El Ejecutivo, en ese momento, recoge esta moción y hace una indicación sustitutiva. ¿Por qué en esa moción? Porque era la manera de poder avanzar sobre aquello en lo que ya existía un cierto consenso bastante transversal, políticamente hablando. Es muy difícil entrar con una indicación en la cual tienes que poner a todos los parlamentarios de acuerdo sobre un tema. En este proyecto de ley ya existía una discusión previa que venía avanzando en una línea muy coincidente con las propuestas que el Ejecutivo quería hacer. ¿Cuál era la vía para avanzar en una reforma al Código de Aguas dentro del orden constitucional vigente? Quizás, habría que detenerse un tiempo en ello. Tal vez la idea que estaba detrás era cómo conciliar, desde un punto de vista constitucional, la noción de bien nacional de uso público de las aguas con el carácter patrimonial privado que tiene el derecho de aprovechamiento de las aguas.

Como bien sabemos, la Constitución Política no reconoce o no expresa que las aguas sean un bien nacional de uso público. ¿Por qué no lo hace? Porque hay una reserva legal. El artículo 19 número 23 de la Carta Fundamental le entrega al legislador el encargo de determinar qué bienes deben pertenecer

a la nación toda. Entonces, ha sido el legislador el que ha decidido extraer del tráfico jurídico privado ciertos elementos y publicar las calles, las playas, los caminos, los puentes y las aguas. ¿Y las aguas, por qué? Podríamos pensar que ya desde Roma, las aguas, como *res communi*, también sirvieron como una vía de comunicación, al igual que los caminos.

Lo que sí nos concernía era cómo llenar de contenido esa declaración. El legislador ha declarado el carácter de bien nacional de uso público de las aguas en el artículo 595 del Código Civil y también en el artículo 5 del Código de Aguas. “Todas las aguas”, dice el Código Civil, porque antes había una división entre aguas públicas y aguas privadas, aunque resabios de aguas privadas aún conservamos en el Código de Aguas, toda vez que pertenecen al dueño del predio algunas vertientes y lagos menores.

“Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”. ¿Qué quiere decir que las *aguas* sean un bien nacional de uso público? ¿Cuál es el contenido de ello? La única referencia a las aguas que tenemos en la Constitución está referida a los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos, en conformidad a la ley, según dispone en artículo 19 número 24, inciso final, del Texto Fundamental, y que tiene el sólo objeto de asegurarles a sus titulares la propiedad sobre ellos. Es decir, sabemos que sobre el derecho de aprovechamiento existe un derecho real de propiedad, una tautología que en doctrina se ha denominado la *propietarización* de los derechos. En este caso, del derecho de aprovechamiento de aguas. Pero sabemos que esta connotación solo se traduce en la facultad de disposición que tiene el dueño de su derecho de aprovechamiento para disponer de él libremente. En otras palabras, se trata de un derecho más que, bajo la órbita constitucional, como cualquier cosa incorporal, queda protegido por la garantía del derecho de propiedad.

Si revisamos el contenido del derecho real de aprovechamiento, podemos apreciar que se trata de un derecho —o facultad— para usar y gozar las aguas, según lo señala el artículo 6, inciso primero del Código de Aguas. En este sentido, habilita a su titular para extraer aguas de una fuente natural y destinarlas a un uso. Sin embargo, lo que está publicado o declarado bien nacional de uso público no es el derecho de aprovechamiento, sino que las aguas en la fuente natural superficial, como un lago o un río; o en una fuente subterránea, como en un acuífero. ¿Cuál es la finalidad de que estén publicadas o extraídas del comercio jurídico privado? Esta finalidad u objetivo es lo que quisimos llenar de contenido por medio de la reforma al Código de Aguas. ¿Por qué? Porque el Código de Aguas, a través de la definición del derecho de aprovechamiento de aguas, nos entrega una definición, más bien una caracterización, del carácter público de la fuente natural. Tal como lo apreciamos hoy,

el derecho de aprovechamiento es un derecho indefinido en el tiempo, que no está sujeto a ninguna condición de uso, sin perjuicio de que, a partir de la reforma del año 2005, por medio de la Ley 20.017, el solicitante, en algunos casos según el caudal de que se trate, queda obligado a presentar una memoria explicativa que relaciona el caudal con el uso. Pero dicha memoria no es vinculante y no condiciona el uso del derecho en las futuras transferencias.

La autoridad tampoco está sujeta a respetar una priorización para el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento, como sí ocurría en la legislación anterior, en el Código de Aguas de 1951, que priorizaba el otorgamiento de derechos para la bebida y el consumo humano. Esta omisión del Código de Aguas de 1981 resultó ser uno de los aspectos más cuestionables para el Gobierno de Bachelet: la falta de una priorización para el consumo humano. Más aún cuando la Asamblea General de Naciones Unidas, por medio de la Resolución 64/292 de 2010, había declarado el acceso seguro al agua potable y al saneamiento como un derecho humano fundamental.

Además, se debe tener presente que otros textos legales, de manera indirecta, reconocen de algún modo la preferencia del consumo humano en la obtención de derechos de aprovechamiento. Así, por ejemplo, el artículo 68 de la Ley de Pesca y Acuicultura, modificada el año 2005, señala que la Dirección General de Aguas, en el caso de que existan dos o más solicitudes pendientes, deberá preferir al acuicultor para el otorgamiento del derecho, a menos que haya solicitudes destinadas a la obtención de derechos consuntivos destinados a consumo humano. Parece una paradoja que sea la Ley de Pesca y Acuicultura la que releve la importancia de la priorización del consumo humano y no la legislación especial, contenida en el Código de Aguas, la que denote su relevancia.

Por último, si ya el Código del año 1951 contenía esta priorización, ¿por qué el legislador la quitó con posterioridad? No tiene ningún sentido que hoy, en un mundo en el que la escasez hídrica no es ningún mito, sino una realidad, sea lícito y legalmente aceptable que en una licitación o “remate”, como señala el Código de Aguas, compitan conjuntamente y sin distinción alguna, en iguales condiciones, una solicitud para la agricultura con una para la minería y otra para el consumo humano. Eso es inaceptable. Volvemos entonces a preguntarnos: ¿Por qué entonces las aguas son un bien nacional de uso público? Creemos que es precisamente allí donde faltaba llenar de contenido esta característica esencial de las aguas.

Luego, otra cuestión interesante: sabemos que el recurso hídrico no constituye una reserva constitucional, como lo son las minas. Si bien las aguas no

son una reserva constitucional, ya que el Estado no ha declarado el dominio absoluto, inalienable, exclusivo y perpetuo sobre las aguas, hay que fijarse que, respecto de las minas, el Estado sí obliga a los concesionarios mineros a amparar su concesión, de modo de justificar su otorgamiento. Es decir, el propietario de una concesión minera tiene la obligación de amparar su mina, lo que se traduce en la obligación de pagar, año a año, una patente minera por el solo hecho de ser titular de su derecho extractivo. Pero el titular del derecho de aprovechamiento de aguas ni siquiera está obligado a pagar una tarifa anual por la tenencia del derecho. Durante la redacción inicial del Código se discutió la posibilidad de que se pagara una tarifa, pero hubo oposición por parte del gremio de los agricultores, en especial por parte de la Sociedad Nacional de Agricultura (SNA), quienes la objetaron bajo el pretexto de que ellos habían hecho la inversión en la canalización de sus predios y que, con el costo de dichas obras hidráulicas, ya estarían pagando el equivalente a la tarifa. Además, en la actualidad, los agricultores aún sostienen que el valor que ellos deben pagar por sus contribuciones (o impuesto territorial) es superior, al tratarse de predios de riego, por lo que la tarifa por la tenencia del derecho de aprovechamiento estaría incluida en el valor del precio del predio y en la mantención de las obras hidráulicas que construyeron otrora para conducir las aguas a sus predios.

Creemos que ninguna de estas circunstancias obsta el pago de una tarifa, atendido a que el derecho de aprovechamiento está concebido como un bien independiente de la tierra. Lo anterior, sumado al hecho de que, por tratarse de un bien de consumo rival, el acceso individual y privativo de este derecho impide su acceso por parte del resto de la comunidad. Además, el derecho de aprovechamiento no solo está exento del pago de una tarifa, sino que también se obtiene de manera absolutamente gratuita.

Siguiendo el razonamiento inicial, ¿cuál es el contenido público de la publicación de las aguas? Agreguemos a esta circunstancia que el derecho de aprovechamiento tampoco tiene una obligación de registro. El derecho de aprovechamiento se constituye, según lo indica el Código, por resolución de la Dirección General de Aguas o del Servicio Agrícola y Ganadero —en caso de determinación de derechos provenientes de los predios expropiados en virtud de las leyes de la reforma agraria— o por resolución judicial de regularización. Pero luego, ¿qué ocurre si su titular no lo inscribe? No pasa nada. Por el contrario, su no registro puede constituir un incentivo para el titular que acapara derechos de aprovechamiento de aguas, ya que por esta vía puede eximirse del pago de la patente por no uso de las aguas. Es decir, su no inscripción es producto del incentivo perverso que lo llevó a soslayar el cumplimiento de la ley y a efectuar un uso abusivo del derecho. Este tema fue latamente deba-

tido en la tramitación del proyecto de ley sobre fiscalización, información y sanciones, que resultó aprobado en virtud de la Ley 21.064 de 2018. Dicha ley contiene una disposición que permite a la Dirección General de Aguas subrogarse en los derechos del titular no inscrito a efectos de inscribir el derecho de aprovechamiento en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces y poder así, por esta vía, rematarlo por el no pago de la patente por no uso.

Luego, y a diferencia de lo que opinaba Winston al comienzo de esta discusión, creo que uno de los temas fundamentales de la discusión, y en el que más conflicto hubo, fue aquel referente a la necesidad de derogar ciertas normas transitorias de regularización y así poner término a las diversas maneras en que se constituyen los derechos de aprovechamiento en Chile. El Código de Aguas de 1981, que ya lleva ya casi 40 años vigente, tiene diversas maneras de reconocer derechos de aprovechamiento. Por ende, no hay una ventanilla única para su constitución. El Código señala que el derecho de aprovechamiento se constituye por resolución de la Dirección General de Aguas, pero los artículos transitorios siguen reconociendo situaciones de hecho —y transformándolas en derecho— que tienen su origen en circunstancias de hace más de 30 años.

En primer lugar, el artículo 1 transitorio permite recomponer la cadena de derechos cuya inscripción haya sido interrumpida en el tiempo. Esta norma tiene por objeto regularizar los cambios registrales que se originaron con ocasión del proceso de Reforma Agraria que tuvo lugar en los años sesenta y setenta, y en cuya virtud se dispuso que la tradición de los derechos de aprovechamiento se efectuaba de manera conjunta con la del predio al cual beneficiaban. Durante un determinado período de tiempo, no se hicieron inscripciones separadas en los registros. A partir de la entrada en vigor del Código de 1981, parte de esos derechos, transferidos por medio de la inscripción de los predios, se volvieron a reinscribir en el Registro de Propiedad de Aguas, lo que dio origen a múltiples duplicidades, insalvables técnicamente.

Luego, en segundo lugar, el artículo 2 transitorio se refiere a todos aquellos usos inmemoriales o consuetudinarios de las aguas que permiten a los usuarios que hayan utilizado el recurso sin violencia ni clandestinidad por más de cinco años, obtener la regularización de un derecho de aprovechamiento, por la vía judicial no contenciosa. Esta norma abre una vía alternativa a la administrativa para la creación de derechos de aprovechamiento de aguas y permite la sobreexplotación del recurso, ya que, por medio de esta regularización, los criterios de disponibilidad o de agotamiento de las fuentes que pueda informar la Dirección General de Aguas no son vinculantes para los tribuna-

les ordinarios de justicia. Las Cortes de Apelaciones han ido fijando ciertos criterios tendientes a acotar el empleo de esta figura de creación de derechos “a concesionales”. En este sentido, por vía de ejemplo, en algunos casos se ha establecido que solo podrán regularizarse usos inmemoriales que se hayan iniciado entre 1976 y 1981.

Por último, tenemos el artículo 5 transitorio, que se refiere a todas aquellas determinaciones que hace otro servicio de la administración del Estado: el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), en su calidad de continuador legal de la Corporación de Reforma Agraria (CORA). En virtud de esta norma, el SAG reconoce y determina derechos de los predios expropiados en virtud de las leyes de la Reforma Agraria. Es decir, zanja situaciones que han tenido lugar hace más de 40 años.

En suma, tenemos múltiples ventanas por donde entran nuevos derechos de aprovechamiento, constituidos bajo distintos criterios y órganos. Estos derechos se ejercen sobre las mismas aguas y no se extinguen. ¿Qué ocurre entonces? Resulta que tenemos miles de derechos de aprovechamiento de papel que confluyen en una misma cuenca y que, a medida que pasa el tiempo y la crisis hídrica aumenta, se van creando y se van regularizando nuevos títulos. Con la crisis hídrica —pensemos, por ejemplo, en la comuna de Petorca—, estos derechos se transan cada vez más caros y su acceso se hace cada vez más arduo para la comunidad, por no decir imposible, en especial para los usuarios de agua potable rural.

A todo ello hay que agregar que la legislación chilena ha perseverado en el error de las regularizaciones. En 2005, en virtud de la entrada en vigor de la Ley 20.017, se aprobó un artículo 4 transitorio que tuvo por finalidad regularizar derechos provenientes de pozos de aguas subterráneas. Esta disposición terminó convirtiéndose en un *fast track* para la constitución de derechos de aprovechamiento en aquellos pozos que no habían sido regularizados. Ello contribuyó a que se constituyeran más derechos que las aguas efectivamente disponibles, lo que afectó el balance hídrico de manera sustancial.

Los resultados de estas normas de regularizaciones, sumados a la aplicación del factor de uso para la constitución de los derechos (esto es, la asignación administrativa de un determinado caudal inicial según el uso solicitado para un derecho), se puede apreciar con meridiana claridad en la comuna de Petorca. El proceso de Reforma al Código de Aguas, en trámite e iniciado por la presidenta Bachelet, intentó terminar con estas regularizaciones, es decir, impulsó la derogación de estos artículos transitorios que a estas alturas revisiten el carácter de permanentes, con la finalidad de dejar una ventanilla única para la constitución de derechos de aprovechamiento por medio de la DGA.

Otro de los temas que constituyeron un pilar de la reforma al Código de Aguas tiene relación con la escasa carga ambiental que tienen los derechos de aprovechamiento. ¿Por qué? Porque esta no solo es escasa, sino que es insuficiente y poco efectiva. Si nos fijamos en los procesos de modificaciones que ha tenido el Código de Aguas desde su entrada en vigor, podemos hacer el siguiente diagnóstico. La primera modificación que tuvo el texto fue en virtud de la Ley 19.145 del año 1992. Esta reforma, que se aprobó a once años de la entrada en vigor del Código de 1981, más que una modificación ambiental, introdujo una modificación ecológica. Por medio de esta ley se protegen las vegas y bofedales de las regiones de Tarapacá y Antofagasta, al evitar la explotación de aquellos acuíferos que alimentan estos humedales de la zona norte del país. Curiosamente, el mensaje de la ley expresa que los motivos que inducían esta reforma no eran solo ambientales, sino que su mayor preocupación residía en evitar la emigración de los pobladores de la zona norte del país a los centros urbanos y evitar así el despoblamiento en el norte y el hacinamiento de los núcleos urbanos, sin perjuicio de proteger también estos ecosistemas. Sin embargo, la protección solo quedó radicada en las dos regiones. Por medio de la reforma al Código de Aguas del Gobierno de Bachelet, se intentó justamente ampliar la protección de estos humedales hasta Copiapó, e incluyó, además, otro tipo de humedales bajo la misma protección: los pajonales, cuyas características fisicoquímicas son muy similares a la de las vegas y bofedales.

Ahora bien, conviene destacar la mirada constitucional que tuvo este proyecto. En este sentido, se consideró el recurso hídrico como un elemento mirado desde la perspectiva del usuario, es decir, desde la óptica del derecho de aprovechamiento protegido constitucionalmente en el artículo 19 número 24, inciso final, el cual debe cumplir una función social. La función social de la propiedad, que está definida en el artículo 19 número 24 inciso segundo de la Carta Fundamental, consiste en todas aquellas exigencias que comprenden la utilidad y la salubridad pública, la conservación del patrimonio ambiental, los intereses generales de la nación y la seguridad nacional. Desde esta lógica constitucional, se intentó poner límites al derecho de aprovechamiento, límites que no son expropiatorios, porque la función social de la propiedad no es expropiatoria y limita al derecho de aprovechamiento con fundamento constitucional. ¿Cómo se hace esto? A través de los intereses generales de la nación se reconoce la polifuncionalidad de los usos del agua. Es decir, una de las grandes modificaciones que se intentó incorporar fue el reconocimiento de que existen no solo derechos extractivos del agua, sino también derechos no extractivos para usos ecológicos y turísticos, tendientes a la preservación del recurso hídrico. El medio constitucional, para poder albergar la consideración no extractiva de los derechos de aprovechamiento, puede reconocerse en la conservación de patrimonio ambiental, elemento de la función social de la propiedad.

La modificación del año 2005, que operó en virtud de la Ley 20.017 y que incorpora la patente por no uso de las aguas, tiene un incentivo muy perverso. Basta pensar que esta reforma comenzó en 1992 y que recién se aprobó en 2005, 13 años después. No es conveniente juzgar su bondad o su flaqueza, pero sí es atinente sostener que el largo transcurso de tiempo que se mantuvo en debate legislativo acabó por desvirtuar su finalidad. Con ello, me quiero referir al objetivo de antiacaparamiento y antiespeculativo que tuvo la patente por no uso de las aguas. No olvidemos que este instrumento fue el sucedáneo de la caducidad por no uso de las aguas que motivó el origen del proyecto de reforma de la época. Hoy, ante un escenario de crisis hídrica, ¿qué es lo que incentiva la patente por no uso de las aguas? Incentiva que se utilice el recurso hídrico, que se explote, ya que, si no se lo utiliza, el titular del derecho se va a ver expuesto a una sanción pecuniaria. En el escenario actual, si el titular del derecho de aprovechamiento de aguas desea dejar las aguas correr, es decir, no extraerlas ni explotarlas, sino darles una función ecológica o turística —como ocurre con los derechos que se encuentran dentro de las áreas privadas protegidas en virtud de un derecho real de conservación, o dentro de un parque natural, en cuya virtud pueda subsistir la naturaleza—, en ese caso, ese titular puede quedar sometido al pago de una patente por no uso de las aguas.

Con este caso, quiero demostrar que el instrumento patente por no uso de las aguas puede, en determinados casos, conllevar un incentivo perverso. La indicación sustitutiva propuesta por el Gobierno de Bachelet reconoce el uso ecológico de las aguas por medio de crear ciertos derechos no extractivos al eximirlos o exceptuarlos de la aplicación de la patente por no uso. Al exonerar de esta patente los derechos de aprovechamiento destinados a proveer usos ecológicos y turísticos, en definitiva, se les reconoce, se les crea, se les constituye. Esa fue una de las modificaciones que se intentó hacer.

A través del elemento concerniente a la utilidad y la salubridad pública de la función social, se reconoce y se prioriza el consumo humano y el saneamiento como primer derecho. Es decir, ante dos solicitudes presentadas dentro de seis meses sobre las mismas aguas, se va a priorizar aquella que esté dirigida a satisfacer los usos relativos al consumo humano y al saneamiento. Se propuso la inaplicabilidad de las normas del remate cuando exista una solicitud destinada a satisfacer los usos para la bebida y el consumo humano, incluso el doméstico. Hoy, la lógica a través de la cual se resuelve el otorgamiento el Código de Aguas frente a la existencia de solicitudes paralelas en el tiempo y el espacio es por medio de un remate. De este modo, aquel que esté dispuesto a pagar más por el derecho, va a poder obtenerlo. ¿Cuál fue el problema político que se presentó con esta indicación del Ejecutivo? Las empresas sanitarias

son empresa privadas, por tanto, lucran en la provisión del servicio de producción y distribución de agua potable, como en el servicio de recolección y tratamiento de las aguas servidas. Si se prioriza el consumo humano y además se otorga el derecho de aprovechamiento de manera gratuita a estas sociedades con fines de lucro, se produce una desigualdad en el trato que el Estado y sus organismos deben dar en materia económica, lo que infringe gravemente la Carta Fundamental. Este es un problema de difícil solución política y conlleva a replantearse el sentido de las normas constitucionales referentes al orden público económico, como asimismo los incentivos que existen detrás de la privatización del sistema sanitario. De todas maneras, durante el trámite legislativo se intentó, más allá de lo político y de lo estrictamente jurídico, que prevaleciera la connotación especial y fundamental de que todas las personas tuviesen el derecho fundamental del acceso al agua potable, ya que esta garantía se encuentra contenida en el derecho a la vida (artículo 19 número 1 de la Constitución) y el derecho a la protección de la salud (artículo 19 número 9).

Creo que no podemos vivir en un país en que, por mucho que los territorios entregados a las concesionarias sanitarias tengan alrededor de 90% de cobertura de agua potable o más, aún subsistan alrededor de 10.000 usuarios de agua potable rural cuya provisión de agua se haga de manera insatisfactoria, incluso por medio de camiones aljibe. En este sentido, la reforma creaba unos derechos provisionales destinados al consumo humano. Lo que se intentó hacer fue crear un derecho muy similar a los derechos provisionales de alimentos durante la tramitación del juicio. De este modo, en materia de aguas, mientras se tramitaba la solicitud definitiva, se justificaba a la DGA la oportunidad de otorgar en forma provisional un derecho de aprovechamiento si constaba que existía disponibilidad del recurso y la solicitud había sido presentada por un comité o una cooperativa de agua potable rural, por una cantidad igual o inferior a 12 litros por segundo. También se permitía que la DGA reservara caudales de aguas disponibles para el consumo humano y para la preservación de los ecosistemas, sin necesidad de denegar una solicitud de derechos pendiente.

Hoy por hoy, existe la reserva de caudales bajo esa modalidad. Desde la perspectiva del consumo humano y medioambiental, la reserva de caudales ha sido la herramienta más práctica que contempló la modificación introducida por la Ley 20.017 de 2005. La idea era que, en materia de preservación de la naturaleza, la DGA pudiese reservar caudales sin esperar que hubiese una solicitud pendiente y acogiendo al elemento de la función social y la conservación del patrimonio ambiental, y pudiese reconocer derechos no extractivos, impedir la constitución de derechos de aprovechamiento en los glaciares, en otro tipo de humedales y en todas aquellas áreas declaradas bajo protección

oficial para la protección de la biodiversidad, es decir, los parques naturales, los santuarios de la naturaleza, los monumentos naturales o las áreas de región virgen. En fin, dotar a la Administración de las herramientas necesarias y suficientes para cumplir el imperativo constitucional de preservar la naturaleza contenido en el artículo 19 número 8, inciso segundo.

Ahora, pasemos al tema de las fuentes alternativas y la desalación que comentaba Winston al comienzo. La desalación es un gran tema, porque el Código de Aguas nos dice que solo se refiere a las aguas terrestres y sus normas; por ende, no se aplica a las aguas marinas. Otras legislaciones comparadas, como la española, sí se han referido al tratamiento de las aguas marinas, pero no a las aguas propiamente tales, sino al procedimiento mediante el cual deben extraerse. Tal vez lo más relevante en nuestro caso —y habiendo aprendido de las experiencias foráneas— sea la determinación jurídica para su incorporación al régimen público hidráulico. Asimismo, en cuanto al proceso de desalación, la relevancia debiera estar en la consideración ambiental de las salmueras, al ser abandonadas en el borde costero, con la consecuente destrucción de los humedales.

En cuanto a la seguridad nacional, que es el otro eje de la función social, en la Comisión Ortúzar o de estudios para la nueva constitución, se señaló que este concepto no es sinónimo de Fuerzas Armadas, sino que se trata de un concepto mucho más amplio que envuelve la comprensión de lo que es el bien común. En esta idea de poder limitar el derecho de aprovechamiento, bajo esta lógica, estaba la idea de fortalecer las atribuciones de la Dirección General de Aguas. ¿En qué medida? En la más próxima, en las nuevas fuentes que se están utilizando, en especial en las aguas subterráneas.

El Código de Aguas de 1981 se refería fundamentalmente a las aguas superficiales. No era la lógica de aquellos tiempos explotar aguas subterráneas. Los derechos de aprovechamiento consuntivos y permanentes sobre aguas superficiales son patrimonio casi exclusivo del mundo agrícola. Casi todas las aguas superficiales están otorgadas en derechos. Los nuevos otorgamientos, lo que nos queda disponible para explotar hoy, son aguas subterráneas. ¿Cuál era la idea de la reforma? Que la DGA pudiese intervenir en esta lógica. ¿Por qué? Porque la sustentabilidad de los acuíferos depende en forma recíproca de la disponibilidad de las fuentes superficiales. Existe el ciclo hidrológico, en el cual los acuíferos no son independientes de las fuentes superficiales y viceversa. Si se afecta un acuífero, se afecta la fuente superficial y a la inversa. ¿Pero cuáles son los problemas más graves que tenemos? La afectación de la sustentabilidad de los acuíferos, porque si se explota un acuífero más allá de su nivel de recarga natural, se produce una disminución del nivel freático,

déficit que va a afectar, primero, a aquellas captaciones menos profundas. Y si hacemos un corte transversal para observar el nivel de profundidad de las captaciones en los acuíferos, se puede observar que, por lo general, los primeros afectados por esa línea de corte son los que proveen el agua potable rural. ¿Por qué? Porque tienen intubaciones menos profundas que los otros usuarios del mismo sector hidrogeológico. Lo que ocurre en la práctica es que los usuarios de agua potable rural se quedan “colgados”, desprovistos de la posibilidad de extraer aguas. Entonces, ¿qué es lo que debiera hacer la DGA? Debiera poder intervenir de oficio para limitar en forma proporcional el ejercicio de los derechos de aprovechamiento cada vez que se vea afectada la sustentabilidad de un acuífero. Esta facultad se aprobó en la Ley 21.064 de 2018 sobre fiscalización, información y sanciones. Otra facultad que debiera tener la DGA utilizando esta herramienta de intervención es la de evitar la intrusión salina en todos aquellos acuíferos que están próximos al borde costero. Contribuiría muchísimo, y se propuso en la indicación del Ejecutivo, impedir los cambios de punto de captación o restringirlos si es que hay riesgo de sustentabilidad o intrusión salina.

En cuanto a las aguas superficiales, ya muy poco se puede hacer. Existe una iniciativa que quedó presentada y que consiste en modificar el artículo 17 del Código de Aguas con la finalidad de que la DGA pueda intervenir, para efectos de distribuir a prorrata, entre los seccionamientos que existen en los ríos. El problema constitucional que existe allí es que se podría estimar que se infringe el principio de la subsidiariedad del Estado, contemplado en el artículo 19 número 21 de la Constitución, ya que en la lógica constitucional los primeros llamados para esta distribución son los grupos intermedios (antes que el Estado) y ahí encontramos a las juntas de vigilancia, un tipo de organización de usuarios de las aguas cuyo cometido legal es distribuir las entre los usuarios que tienen derechos sobre ellas.

Ahora bien, el Código de Aguas comete un grave error, que es reconocer y amparar en forma legal los seccionamientos de las fuentes superficiales. Este es un problema muy serio a nivel país. A raíz de este reconocimiento, los ríos no se consideran una fuente única, es decir, una fuente que nace en la cordillera y termina en el mar, sino que están divididos, seccionados en tramos. El río Maipo y el río Aconcagua son ejemplos patentes de esta situación, en los que la primera sección (la más cercana a la cordillera) capta toda el agua. Lo que le sobra a la primera sección lo deja correr a la segunda. De tal suerte que a la tercera sección no le llega una sola gota. Esta grave situación nos debiera hacer repensar el papel del Estado en materia de aguas y la lógica constitucional de la subsidiariedad. El proyecto de reforma, en esta línea, presentó una iniciativa intermedia que consistía en la posibilidad de que el Estado

podiese forzar a las juntas que administran las secciones para que llegasen a un acuerdo previo a la declaración de escasez. Se propuso que ese acuerdo se presentara a la DGA para que fuera validado por el organismo público, dando cumplimiento al principio de la unidad hidrológica que informa la legislación de aguas en el artículo 6.

Por último, quisiera referirme al problema de la propiedad de los derechos de aprovechamiento y la consecuente privatización indirecta de las fuentes. Este es el gran problema que ha impedido, o al menos dilatado en extremo, todo intento por reformar el Código de Aguas. Como dijimos en un comienzo, la Constitución reconoce y ampara un orden público económico que se sustenta sobre la libre iniciativa económica —o libertad de empresa— y el derecho de propiedad, y dentro del derecho de propiedad incluyó en un número especial el derecho de propiedad de las aguas. Para el constituyente, el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento se tradujo en que la prerrogativa privada de un titular para usar y gozar de las aguas acabó consignéndose en un derecho incluso más férreo que la propiedad misma. No hay otro derecho en todo el ordenamiento jurídico que se haya concebido sin ninguna limitación en el acceso y en su mantención. Esta concepción ha impedido que la función social de la propiedad lo haya moldeado adecuadamente con el pasar de los años para acompañarlo a las exigencias y a las demandas actuales, en especial a las relativas a la escasez y la sequía.

Para que esto no se quede fuera y para ir cerrando: un problema muy serio lo constituye el registro de los derechos de aprovechamiento en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente. Aún no hay manera de constreñir a los titulares de los derechos a que los inscriban. Es más, y como decíamos antes, el incentivo a no inscribir es predominante para eximirse del pago de la patente por no uso. Alejandro Vergara sostiene en su clásico libro sobre el derecho de aguas, anterior a la reforma del año 2005, que “más del 70% de los derechos de aprovechamientos no están inscritos”. Imaginemos el escenario actual.

En cuanto a la constitución del derecho, es urgente aplicar la ventanilla única. No podemos continuar con este sistema de regularizaciones contenidas en normas transitorias que han devenido en permanentes. Seguir reconociendo, seguir determinando en forma paralela por el SAG y los Tribunales de Justicia nos cuesta mucha incertidumbre. Asimismo, es necesario revisar qué títulos se deben inscribir en el Registro de Propiedad de Aguas y cuáles no. Por ejemplo, plantearse la posibilidad de que las inscripciones estatutarias se registren en un Registro de Organizaciones de Usuarios, lo que evita la concurrencia de duplicidades, la que a partir de la modificación introducida por medio de la

Ley 21.046 de 2018 lleva aparejada una sanción penal. En cuanto a la mantención, es necesario crear una herramienta tributaria que haga que el titular del derecho pague por su tenencia y absorba el costo de oportunidad de todos los demás que no pudieron acceder al derecho privativo a usar y gozar de las aguas. Si en 2005 hubo una posibilidad de encontrar un incentivo para cobrar por la no utilización de las aguas a aquel tenedor ocioso de derechos por medio de una patente, tendrá que haber una manera de justificar una tarifa por la tenencia del derecho.

Quisiera hacer una reflexión final. Debemos encaminarnos a resolver los problemas del siglo XXI. Es decir, las cosas han cambiado mucho desde 1980 y el epicentro hoy no está en la propietarización de los derechos de aprovechamiento de aguas, sino que debemos aproximarnos al recurso desde su incidencia ambiental, desde la perspectiva de cómo los seres humanos debemos relacionarnos en comunidad para el acceso a las fuentes a partir de una divergencia inclusiva de usos. En esta misma línea, es necesario repensar el recurso hídrico. El agua no puede ser solo un insumo productivo para las personas, sino que es parte de un ecosistema del que las personas somos parte. Esta visión tiene que plasmarse no solo en la literatura, sino que debe contar con un sustento en la organización del Estado para el cumplimiento de sus funciones. ¿Qué papel debiera tener la conservación ambiental para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento por parte de la DGA? ¿Por qué hoy las únicas consideraciones que existen para denegar la constitución de un derecho de aprovechamiento están basadas en la disponibilidad, en la sustentabilidad y en el perjuicio a terceros? ¿Por qué existe tanta reticencia en incorporar una variable ambiental en el otorgamiento, la mantención y extinción de los derechos de aprovechamiento?

WINSTON ALBURQUENQUE

Muchas gracias, Tatiana, excelente exposición. Nos queda muy clara tu postura sobre cómo enfrentar este problema.

Matías, ¿cuál es tu visión sobre la reforma y cuáles crees que son las soluciones para enfrentar la problemática del agua?

MATÍAS DESMADRYL

Permítanme primero agradecer al profesor José Luis Cea y a toda la revista por esta invitación. Se echaba de menos un trabajo serio, ya que nos llenamos de mitos y de discusiones superficiales respecto de una cuestión que es, por lo demás, sumamente compleja.

Hay que mostrar también la complejidad que tiene el agua, que posee una dimensión técnica, un sustrato técnico que de cierta forma define una regulación. Hay conceptos también económicos, que desde luego han marcado el Código de 1981, así como el de 1967, el de 1951 y otros más atrás. Aquí tenemos *per se* un desafío importante. Si buscamos una regulación adecuada a este reto, que no solamente es nacional, debemos en primer lugar considerar que este es un país larguísimo, con climas muy distintos, con disponibilidades de agua muy distintas, que pocos países del mundo comparten. Uno creerá que aquí lo hacemos todo mal, y no es así. Cuando nos enfocamos en los problemas no vemos ni valoramos lo que tenemos, como tampoco las complejidades que tiene este país, para a partir de eso construir las soluciones que se requieren. Aquí muchas veces buscamos en la ley la solución a los problemas, ni siquiera en el reglamento o en cuestiones infralegales o en actos administrativos. Cuando uno ve que cada vez que se discute el tema de las aguas requerimos más de una década para dar a luz a una ley, entonces obtener una solución en el Congreso también es un gran tema. Entonces, yo diría que este fenómeno del agua, que está variando —lamentablemente— hacia la escasez, requiere buscar soluciones *ad hoc* a la realidad que tenemos en Chile. Históricamente, también se mezcla una mala política de polarizar discusiones, aun cuando en ocasiones no tengamos grandes diferencias en atribuirle ciertas características a nuestra legislación.

Quienes estamos en el tema sabemos que el agua es un bien nacional de uso público desde 1857 y que, en todas las sucesivas regulaciones y precodificaciones, así como en los Códigos de 1951 y de 1967, el agua es un recurso de carácter público, un bien nacional de uso público. Esto motiva, en definitiva, una participación del Estado en el otorgamiento de las licencias o de los derechos y en una serie de regulaciones y atribuciones de la autoridad que terminan de hecho, eventualmente, en condiciones de limitación del ejercicio de los derechos. Es decir, la función social que tiene la propiedad, esta aparente garantía que protege de una manera casi absoluta el ejercicio de este derecho, en realidad no es tan así, y ahí uno puede también abordar, antes de entrar en el proyecto de ley, qué es lo que en verdad tenemos hoy en la legislación.

Diría que tenemos un sinnúmero de normas, que de hecho nunca han sido siquiera aplicadas por la autoridad por distintas razones, que significan, en los hechos, que un derecho de aprovechamiento se pueda ver limitado o restringido. Nuestra legislación, nuestra historia, tiene una participación privada relevante en términos de la gestión por parte de las organizaciones de usuarios o canalistas, así como después por parte de las juntas de vigilancia, y habiendo una propiedad debidamente protegida, hemos tenido, también, una actuación del Estado muy fuerte para proteger este recurso estratégico, que es escaso y

que ha tenido, por cierto, en el Código de 1951 un contrapeso. Ya en esa época, con propiedad e inscripciones de dominio en los conservadores, hay una preparación de usos y una posibilidad de que el derecho caducara bajo ciertos supuestos. Después, en 1967, al Estado se le otorgan mayores atribuciones. Y luego, a contar de 1981, tenemos un Código que en forma definitiva elimina las preferencias o las prelacións, quita la caducidad como una posibilidad y, digamos, liberaliza el mundo del agua, el mercado del agua, otorgando al Estado facultades limitadas. Ese Código, como decía Tatiana, tenía un enfoque prioritario hacia las aguas superficiales, que eran las que se explotaban, y posee serias carencias desde el punto de vista ambiental. Toda la regulación ambiental que se produjo a contar de los noventa, cuando se fueron introduciendo distintas normativas, no tuvo un símil en el Código de Aguas, que no sufre sus primeras modificaciones sino hasta el 2005. Entonces, hay un rezago en un recurso renovable y estratégico desde el punto de vista de la protección ambiental, que fue recogido con diversas modificaciones, y que con la indicación sustituta del Gobierno de Bachelet toma más fuerza.

Entrando ya a la materia del proyecto de ley, veamos cuáles son los desafíos, los problemas que este proyecto pretende abordar. En primer lugar, habla de priorizar el consumo humano; segundo, de atacar la especulación, la concentración y los derechos no utilizados; tercero, habla de escasez hídrica, cambio climático y sustentabilidad; y por último —con poco abordaje del punto de vista al contenido del proyecto—, habla de institucionalidad.

Voy a volver un par de años atrás, cuando me tocó encabezar la Dirección General de Aguas y se tomó la decisión de encargarle a un ente externo, imparcial, con una participación lo más variopinta en términos disciplinares (ingeniería, economía, derecho) y expertos del Banco Mundial, que elaborara un diagnóstico de lo que pasaba con el agua en Chile desde la perspectiva de los recursos, la institucionalidad, la ley y la regulación. La verdad es que fue un *input* muy importante, porque permitió valorizar lo que la legislación vigente había permitido lograr en términos de inversión, de desarrollo de la agricultura, de la minería, de la seguridad de la inversión y la valorización del derecho de propiedad, pero también permitió marcar las falencias, las brechas existentes.

En ese minuto, los acentos se pusieron principalmente en la institucionalidad. Se veía que había un sinnúmero de otras cuestiones que abordar para obtener mejoras, pero se puso en evidencia que la institucionalidad pública tenía una serie de falencias que impedían cumplir con los desafíos que presenta el agua. De hecho, eso motivó un segundo trabajo del Banco Mundial que apuntaba a dotar a la DGA de más capacidades institucionales, o sea, elevarla al rango de

subsecretaría y dotarla de recursos financieros y humanos para poder abordar todas las materias que le corresponde trabajar a la DGA en tanto autoridad, materias tan relevantes como la gestión de aguas subterráneas.

El Código contempla una norma, que nunca se ha aplicado en la historia, que es la reducción a prorrata de los derechos. Pero ante una situación en la cual uno podría diagnosticar una sobreexplotación, la DGA no tiene la capacidad para ejercer esa atribución porque no sabe quiénes son todos los titulares de derechos —no están debidamente registrados— y porque los sistemas de control de extracción no están instalados. Por tanto, desde el momento en que esa decisión pudiese ser tomada por la autoridad, su cumplimiento, su fiscalización y su monitoreo son francamente imposibles. Es evidente que tenemos ahí un punto muy importante que se veía necesario abordar: la institucionalidad.

Ahora vuelvo a lo que es la reforma al Código a través de esta indicación sustitutiva. Por cierto, se identifican desafíos que se traducen, en la práctica, principalmente en una mejor gestión pública. Hoy hay consenso, por ejemplo, en la priorización del consumo humano, la fiscalización y el rol que le corresponde al Estado. O sea, se intenta polarizar diciendo que aquí hay una visión más privatista y otra más pública, pero lo cierto es que el primer Gobierno de Piñera y luego el segundo han puesto énfasis en iniciativas que doten a la DGA de más atribuciones, por ejemplo, en materias de fiscalización, lo cual significa que este recurso, que tiene un derecho de propiedad que protege a su titular, no inhibe ni debe eximir al Estado del rol que le corresponde la gestión. Entonces, dado que estas normas significarían una carga adicional a una autoridad que no es capaz de cumplir ni siquiera con las labores más básicas según estamos detectando con informes sumamente fundamentados, comprobamos que hay una brecha, una capacidad instalada que ni siquiera existe para las atribuciones de hoy.

En materia de prioridad del consumo humano, cuando se presentan las fotografías de los camiones aljibes que van de La Ligua a Petorca, gastándose en cuatro años más de US\$ 20 millones, uno se pregunta qué está pasando. ¿Es que a la regulación chilena, al Estado, no le interesa privilegiar el consumo humano? Por cierto que sí. En 2011, durante el Gobierno de Piñera, nos tocó suscribir un acuerdo en Naciones Unidas sobre la priorización del consumo humano. Pero en la práctica, ¿qué estaba pasando? El Estado, que tiene un rol fundamental, también a través de los usuarios de agua potable rural, de invertir en infraestructura, no estaba haciendo la planificación adecuada del recurso. Es decir, la Dirección de Obras Hidráulicas puede pedir derechos de agua, pero durante décadas no se gestionaron los permisos suficientes que sustentaran la extracción ni se llevó a cabo la inversión asociada. En conse-

cuencia, teníamos una situación material de falta de suministro y la solución se terminaba dando a través de camiones aljibe. Pues bien, la pregunta ahí es: ¿faltaron normas, faltó gestión, o eventualmente ambas?

Yo no he escuchado a ninguna persona que se reste de reconocer en la normativa la priorización del consumo humano, ni a nadie que se oponga a que eso se traduzca en que el sistema de agua potable rural, el consumo humano, esté primero en la lista. Pero debemos reconocer que buena parte de este problema rural tiene que ser abordado con un apoyo importante del Estado, cuestión que no ha ocurrido. En centros urbanos, Chile está dentro de los primeros cinco países de la OCDE en términos de abastecimiento humano, con 100% de cobertura. En buena parte, la legislación nacional y la institucionalidad han permitido que hoy tengamos una satisfacción de ese nivel.

Volviendo al consumo humano, políticamente, institucionalmente, parece adecuado que eso esté contemplado como una prioridad, que haya normas específicas que se pongan para situaciones en las cuales el remate, el otorgamiento y la reducción privilegien en primer lugar ese uso. Por otra parte, no estoy de acuerdo con la idea de que se establezca una prelación respecto de los otros usos productivos, como era la propuesta original de Bachelet.

De hecho, hay distintas experiencias comparadas. Por ejemplo, el caso de Australia, donde después de diez años de sequía buscaron generar normas de prelación, por lo que a la cuenca Murray-Darling se le asignó un caudal de usos ambientales por valores paisajísticos y el componente ecológico propiamente tal. Por fin, a los pocos años, se dieron cuenta de que tanto la energía como el agua para el alimento eran más importantes que, por ejemplo, la belleza escénica y los usos ambientales, y se generó una discusión destinada a reordenar el naípe. En su análisis del agua, la OCDE también ha hecho una serie de recomendaciones, poniendo el acento en la priorización del consumo humano, sin regular los restantes usos. Entonces, hay consenso a nivel nacional en que la priorización es una materia relevante, pero es necesario acotarla al verdadero problema.

Respecto de la especulación y la concentración, normalmente la respuesta está en función del derecho de propiedad, ya que en algunas ocasiones es preciso relativizarlo o sujetarlo a causales de caducidad. El Gobierno de Bachelet, con una indicación en función de la indicación original, mejoró en forma sustancial la redacción del proyecto, lo que despejó las dudas respecto de la afectación potencial retroactiva de todos los derechos de aprovechamiento y el derecho de propiedad. Ello claramente no se condice con ciertas declaraciones de algunas agrupaciones del mundo del riego, que sostienen que subsisten

todavía normas de aplicación retroactiva y, por lo tanto, existiría todavía el riesgo de una eventual expropiación o de una caducidad. Pero ahí se ha dado una discusión con poco asidero legal en cuanto a qué es lo que en realidad se está queriendo solucionar. O sea, cuando hablamos de especulación y concentración, estamos hablando de que en Chile el 80% del uso del agua está en manos de la agricultura, de la cual el 80% son pequeños y medianos agricultores, es decir, es un mundo muy atomizado. El que especule aprovechando ciertos espacios normativos, por ejemplo, mediante el no registro o la no inscripción del derecho, en la práctica, impide que la patente por el no uso se ejecute y se materialice en el remate del derecho. En el primer Gobierno de Piñera, y luego a través de esta indicación de Bachelet, eso se perfecciona y se establecen ciertas formalidades, ciertos plazos para que ese derecho que constituye la Dirección General de Aguas con posterioridad sea reducido a escritura pública y luego inscrito, de manera que no quede un espacio no identificable.

Ahora bien, algo que en lo personal no comparto es la forma en que se ha instalado el tema de las patentes por no uso. En mi opinión ha sido un error porque supone un aumento progresivo en el tiempo, pero para quienes en efecto desarrollan proyectos, pero que demoran uno, cinco o diez años, una patente para un derecho de caudales relevantes puede significar, como de hecho ocurre, que se vean impedidos de mantener la titularidad del derecho de agua y lo tengan que renunciar, porque el costo de la patente es en exceso alto. La patente fue prevista originalmente en la Ley 20.017 para castigar a quienes no desarrollan proyectos, en lo fundamental al mundo hidroeléctrico, pero no a quienes por distintas razones requieren más tiempo en la ejecución de las obras. Eso, para efectos de la ley, que es la hipótesis de uso, no le resulta fácil o rápido de conseguir. Entonces, ahí todavía existe un espacio de mejora de esta sanción, sobre todo respecto de lo que se entiende por especulación por parte de quienes no utilizan los derechos de aprovechamiento de aguas.

En cuanto a escasez hídrica y cambio climático, hay un sinnúmero de propuestas de modificaciones a las normas del Código de Aguas en materias de la reducción. Que la autoridad pueda declarar de oficio las reducciones va bien orientado, porque la disponibilidad de aguas normalmente ha ido a la baja. Pero quiero hacer hincapié en que en la actualidad hay normativas que permiten resolver estos problemas, y si esto no ha sido corregido en forma oportuna, es más bien por la incapacidad de la autoridad, por un tema de recursos humanos y económicos. En materias de aguas subterráneas esa norma existe, y es ahí donde vemos sobre todo el problema, entre la zona centro y norte, donde hay una sobreexplotación. A eso todavía no se le puede poner un coto, una solución.

En materia de sustentabilidad, es claro que esto es un rezago que tiene la normativa especial de aguas. Se han ido incluyendo normas, ahora hay una serie de propuestas adicionales, pero esta discusión legislativa ha estado por completo desconectada de la discusión del mundo ambiental. No se ha incluido al Ministerio del Medio Ambiente ni al Servicio de Evaluación Ambiental. En Chile existe una regulación ambiental sumamente exigente, todos los proyectos que deben ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental cumplen estándares altísimos, sean proyectos mineros, hidroeléctricos o de otro tipo. Por lo tanto, uno podría entender que en esos casos los proyectos cumplen todos los objetivos que el legislador o agente de una política pública debiese perseguir en lo que se refiere a la sustentabilidad del agua.

Ahora, existe un desafío en lo referido a los proyectos y actividades que utilizan agua, que en la actualidad está fuera de todo análisis ambiental al no quedar sometidos al SEIA, aun cuando por ubicación o magnitud de la extracción generen efectos o impactos mayores a proyectos que sí están sometido a dicho sistema. Hoy, un proyecto de riego que quisiera plantar mil hectáreas de nueces en la región de Coquimbo o en la zona de Petorca —cuestión que ocurre—, produce un efecto ambiental muy superior a cualquier proyecto minero, pero basta la titularidad de un derecho de aprovechamiento de aguas para ejecutar el proyecto. Ahí la discusión es la siguiente: si yo soy titular de un derecho de aprovechamiento de aguas que me otorgó la autoridad, y esa autoridad tiene las competencias para definir los caudales sustentables y el caudal disponible que tiene la fuente, ¿qué razón hay para que al día siguiente, o dos años después, esa misma autoridad, en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental, me diga que mi derecho de aguas por 100 litros por segundo ya no puede ser ejercido? Ahí también hay una cuestión de consistencia y de responsabilidad del Estado, que tiene que asumir de una vez, en un marco, una debida coordinación entre estas normativas sectoriales especiales del Código de Aguas y lo que es el sistema de evaluación de impacto ambiental.

En lo personal, en 2010 me tocó, durante el primer Gobierno de Piñera, poner en práctica una de las primeras medidas, que fue muy aplaudida por algunos y rechazada por otros, que consistió en modificar un criterio referido al factor de uso previsible. A esa fecha, la DGA hacía una estimación teórica del caudal no utilizado de los derechos, determinación que dependía del tipo del uso asignado al derecho, lo que tenía como efecto que ese caudal “no utilizado” que ya estaba comprometido en un derecho de aprovechamiento de aguas, estuviera disponible y fuera susceptible de ser otorgado en nuevos derechos de aprovechamiento. Sin embargo, con el tiempo la extracción de aguas comenzó a ser más intensiva debido al desarrollo de nuevos proyectos, con lo cual esa demanda por agua empezó a aumentar y constatamos que el Estado había

sobreotorgado grandes cantidades de derechos. En consecuencia, también me tocó empezar a restringir y a prohibir decenas de acuíferos a lo largo de Chile. Se han producido situaciones de afectación de derechos, de falta de sustentabilidad por una mala administración del Estado. Por eso, hoy el método de corrección se termina utilizando, en una verdadera desviación de poder, es el sistema de evaluación de impacto ambiental, o se produce una situación de hecho que termina con una intervención de la autoridad por una sobreexplotación de recursos hídricos.

Eso en términos de sustentabilidad.

Por último, en materia de institucionalidad, como decía, hay una autoridad rectora, la Dirección General de Aguas, que no cuenta con las capacidades. Están todos los diagnósticos, de manera que la fiscalización de las normativas que han ido mejorando día a día, hoy no son ejecutables en toda su dimensión. Por lo tanto, nos hacemos trampa al no ser capaces de implementar normativas que en teoría pueden ser adecuadas, pero que no se aplican o se aplican demasiado tarde. Acá el tema de la oportunidad es relevante. Estamos hablando de que los derechos se sobreotorgan durante décadas y la corrección empieza a ocurrir 20 o 30 años después, o que en el caso de Australia el costo para el Estado significó cientos de millones de dólares de exploración, al tener que comprar o expropiar los derechos de aprovechamientos de agua que habían otorgado en exceso.

Ya cerrando para poder dar espacio a la discusión, creo que este proyecto de Bachelet que apunta a mejorar ciertas materias, en términos conceptuales está bien inspirado y se han ido despejando ciertas dudas, como los problemas en función del debido respeto del derecho de propiedad. Muchos de estos problemas están en el mundo de la gestión pública principalmente, pero también privada. El desafío está en que la normativa también se elabore en función del desafío de la realidad que se presenta en el país, con lo técnico internalizado en debida forma, así como lo que ocurre en la práctica.

WINSTON ALBURQUENQUE

Muchas gracias a Matías. Quisiera dejar la palabra a Tatiana para ver si existen algunos puntos de contraste o coincidencias respecto de lo recién señalado.

TATIANA CELUME

Creo que lo más interesante de este debate es que hay muchos puntos de coincidencia, y las divergencias son bastantes interesantes de abordar. Antes

de preguntarte, Matías, sobre el proyecto de modernización, quería aclarar algunas cosas. Cuando hablé de las aguas privadas lo mencioné por el artículo 20, inciso segundo del Código de Aguas, en especial cuando se refiere a las vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad y a los lagos no navegables por buques de más de 100 toneladas, que siguen siendo los antiguos resabios que antes estaban en el Código Civil y que se les denominaba aguas privadas. Por ese motivo digo que cuando se reformó el Código Civil, en virtud de la Ley 16.640 de Reforma Agraria, para señalar que todas las aguas son bienes nacionales de uso público, fue para quitar esa mención, pero esa disposición hoy sigue vigente en el Código de Aguas.

Con respecto de los usos, cuando haces la comparación entre los temas de la belleza escénica o los usos medioambientales en contraste con los usos de aprovechamiento económico o más que nada productivos, creo que esa valoración no debiera efectuarse de manera económica. Existen ciertos bienes que no se miden de esa manera. Hay valores de opción o simplemente de existencia. Vale más que exista un río, aun cuando no tenga la posibilidad de conocerlo, a que no exista. En cuanto a la experiencia australiana, en el caso del Murray-Darling, la Corona tuvo que volver a comprar todos los derechos de aprovechamiento que había otorgado en forma gratuita. Ello, porque tuvieron una crisis hídrica gigantesca. Una vez que los adquirieron, por expropiación, los tuvieron que volver a asignar, y parte de esa reasignación se hizo con unos títulos precarios denominados *allocation*, que tienen una duración temporal de un año y son transables para un mismo uso. Otra parte se hizo con derechos de aprovechamientos definitivos, que contemplan una duración de hasta 99 años. Lo interesante de la experiencia es que la Corona se reservó para sí y, por ende, para toda la nación, reservas medioambientales.

Nosotros tenemos una herramienta muy débil, que es el caudal ecológico. El caudal ecológico solo se aplicó a partir del año 2005 para los nuevos derechos que se constituían a partir de ese momento y es muy débil. Consiste en una medición hidrológica que no se construye bajo una medición ecosistémica. Además, no es una medida establecida para proteger la fuente superficial, sino que restringe en una parte porcentual un derecho de aprovechamiento otorgado a un titular. Un verdadero caudal ecológico debiera estar inspirado en la conservación y en la preservación de la fuente. Debiéramos superar este dogma de los derechos de aprovechamiento y dar un salto a comprender un caudal de supervivencia a la fuente y no una limitación a un derecho de aprovechamiento de un determinado titular. Entonces, el enfoque del caudal ecológico chileno, “a la chilena”, es muy limitado. Ese es el problema que tiene la legislación.

Luego, creo que sí es un problema que los proyectos agrícolas no ingresen al sistema de estudio de impacto ambiental. Este es un tema que está pendiente y que la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente no ha abordado. Pero dicho problema no está relacionado con las propuestas de modificación al Código de Aguas de 1981. Por otro lado, creo que el problema que mencionas, el factor de uso, fue un instrumento que se aplicó a mediados de los noventa y que trajo muchas consecuencias. Lo que se intentó hacer, para maximizar el otorgamiento y uso efectivo de los derechos de aprovechamiento, fue asignarles un factor porcentual de rendimiento equivalente al uso que se le daría, bajo la discrecionalidad administrativa de la Dirección General de Aguas. Sin embargo, no se tuvo en cuenta que, con las sucesivas transferencias de derechos a otros usos de mayor valor, ese factor se iba a ver naturalmente afectado. De esta forma, un derecho otorgado en un principio para un uso agrícola, al que se le había asignado un factor de uso del 60%, fue luego transferido para un uso minero, que tiene asignado 99,9% de factor de uso, por lo que aumentó en un tercio su capacidad de uso. Así se contribuyó a la sobreexplotación del recurso. Pero ello también es consecuencia de que nuestra legislación no condicione los derechos de aprovechamiento a un uso determinado para efectos de su reasignación. Ni siquiera se lleva un registro administrativo del uso de los derechos de aprovechamiento.

En cuanto al tema de caducidad, ese es un nudo gordiano del que nunca vamos a salir. Me sorprendió mucho la primera declaración que el ministro de Obras Públicas, señor Fontaine, hizo en enero de este año, aludiendo a la indicación sobre modernización del Código de Aguas: “Los dueños seguirán siendo dueños”. Esa declaración demuestra que todo el enfoque de la discusión del Código de Aguas se ha vuelto a llevar a la propiedad y en eso coincido contigo. Sin embargo, un tema que sí me preocupa mucho del nuevo proyecto de modernización del Código de Aguas que presenta el presidente Piñera, que ahora se está discutiendo en el Senado a la par con la indicación sustitutiva de la presidenta Bachelet, es aquel relativo a la creación de un panel de expertos. Un ente técnico, como el panel de expertos eléctrico o el de las concesionarias de autopistas, que aconsejaría a la DGA en materias tan importantes como la sustentabilidad de los acuíferos y que estaría conformado por cinco personas de reconocida trayectoria académica o técnica, elegidas por el sistema de Alta Dirección Pública, en definitiva, por el presidente de la República.

Eso a mi juicio es altamente preocupante, porque se estarían sustituyendo las funciones de un órgano técnico de la Administración del Estado, cual es la Dirección General de Aguas. Este panel de expertos va a incidir, le va a entregar los insumos y le va a “recomendar”, incluso le puede insistir a la DGA sobre cómo decidir. Hay un tema que reside en la creación de estos paneles técnicos

que me preocupa y más aún en la gestión y administración de un bien nacional de uso público tan relevante como el agua. Cuando leí el proyecto me pareció poco democrático. ¿Por qué cinco expertos designados van a poder influir en las decisiones de un organismo público técnicamente calificado? Hay una cierta contradicción en la creación de un panel frente a las recomendaciones que ha hecho el Banco Mundial sobre la necesidad de fortalecer a la Dirección General de Aguas. De hecho, en uno de los informes del Banco Mundial se recomienda crear una Subsecretaría del Agua. De eso quería ver si podíamos conversar un poco, porque me pareció preocupante.

MATÍAS DESMADRYL

Creo que la indicación sustitutiva del Gobierno reciente introduce varios conceptos muy buenos y que apuntan a una cuestión que no se había abordado. Si bien sigue siendo insuficiente, va en la línea de la institucionalidad, es decir, el panel es un órgano de expertos que se puede pronunciar sobre distintas materias de alta complejidad, algunas de ellas relacionadas con reducción y redistribución, o sea, con la gestión de recursos hídricos a nivel de cuenca, que es una materia que a nivel comparado ya es de alta complejidad. Se habla mucho de gestión integrada de recursos hídricos, pero son pocos los países que en verdad la ejecutan. Esto supone una mejor práctica, por lo tanto, que haya personas con destacadas capacidades y que reúnan las condiciones de imparcialidad, sería un tremendo aporte para apoyar ese tipo de decisiones. De hecho, me parece hasta insuficiente, porque se plantea que el panel tiene que hacer recomendaciones, lo que quiere decir que no tiene fuerza vinculante sobre la decisión que tome la autoridad. Yo quisiera que, en la medida que esas personas que reúnan esas condiciones sean elegidas por Alta Dirección Pública, pudiesen incidir más en las decisiones.

TATIANA CELUME

Pero inciden bastante. Pueden, por sus dos tercios, insistir en su decisión.

MATÍAS DESMADRYL

El proyecto dice que hacen recomendaciones y no toman decisiones. No tienen poder resolutivo. Además, al compararlo con un panel como el eléctrico, parece diametralmente distinto. Es un muy buen instrumento, aunque requiere perfeccionamiento. Por otra parte, los planes estratégicos de recursos hídricos son muy necesarios, porque esta falta de planificación a nivel de cuenca ha significado que el Estado y los particulares actúen por lo general muy tarde, incluso décadas después. Ahora, esto en el papel suena muy bien, pero

son programas de alta complejidad que toma mucho tiempo elaborar y requieren de muchísimos recursos. Además, se requiere que las recomendaciones más o menos vinculantes que finalmente se traduzcan en estos planes tengan incidencia directa sobre el aprovechamiento de las aguas de sus titulares.

Aquí hay un punto que yo no alcancé a tocar, el cual es que hay un desafío que no está resuelto en ninguna de las propuestas: cómo compatibilizamos la ejecución de los proyectos que cuenten con permisos de resoluciones de calificación ambiental, que regulan en detalle cómo y cuándo puede ejercer un derecho de aprovechamiento de aguas, con las decisiones que la DGA sectorialmente puede y debe adoptar respecto al mismo proyecto o actividad. Y para qué decir, si a eso agregamos la interacción con las acciones y decisiones de una Junta de Vigilancia o comunidad de aguas sobre limitaciones o reducciones en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas. Aquí se evidencia la falta de comunicación y de coordinación en la tramitación de este proyecto de ley con las discusiones o la legislación de corte más ambiental.

TATIANA CELUME

Sí, una de las cosas que me preocupó de los planes era justamente eso, porque se habla de que hay 101 cuencas en Chile. El país estaría dividido en 101 cuencas. Es decir, hay una gran diferencia entre lo que ocurre en Chile y lo que ocurre en Australia, donde, si no me equivoco, hay dos cuencas principales. La realidad es que en España, donde habría 14 cuencas hidrográficas, es bastante más fácil gestionarlas de manera eficiente, por un tema cuantitativo y de recursos presupuestarios. En cambio, en un país con 101 cuencas como el nuestro, una gestión integrada por cuencas parece bastante más ilusoria. El proyecto de modernización propone que en diez años se gestionen las 101 cuencas, a un ritmo de 10 cuencas por año. Parece un esfuerzo largo, casi interminable. Además, atomizar o dividir el país en 101 partes es bastante similar a dejarlo como está. Parece poco efectivo pensar que una gestión de esa naturaleza pueda reportar beneficios reales si se tiene en cuenta que los ríos en Chile son torrentosos y cortos. Tal vez sería más eficiente pensar en macrozonas que reúnan características geográficas, demográficas, sociales, culturales, económicas y climáticas semejantes, aun cuando abarquen dos o más cuencas hidrográficas diversas.

Pero prefiero insistir en el tema anterior. ¿Por qué no reforzar la Dirección General de Aguas? Creo que estamos al debe en el esfuerzo por reforzar la capacidad institucional que tiene la DGA. De hecho, mientras el informe que tú citas del Banco Mundial habla de convertirla en una subsecretaría, este proyecto de modernización pretende ir en la línea contraria, quitándole fuerza o autoridad en sus decisiones. No veo posible que un panel de expertos pueda hacer que se integren la variable medioambiental o la variable turística en la gestión del

recurso. ¿Por qué las verdaderas capacidades técnicas van a estar fuera de la DGA? Creo que es al revés. Aún creo que es por medio de los órganos del Estado que deben ejercerse las funciones públicas, y en el caso de las aguas, dichas funciones están otorgadas por ley a la Dirección General de Aguas, que tiene sus competencias distribuidas a lo largo de todo el territorio nacional. Es necesario fortalecerla. Sinceramente, creo que en esta materia necesitamos más Estado. Es deber constitucional del Estado apoyar a los grupos intermedios y propender al bien común. No es al revés.

MATÍAS DESMADRYL

No, no lo veo así. Lo que ha habido cuando se han tramitado todos estos proyectos de ley es una falta de visión o de responsabilidad. Hay una etapa legislativa, que es el informe de Hacienda que sustenta los recursos para poder ejecutar una reforma de esta naturaleza, y uno ve que viene sin recursos o recursos que francamente no alcanzan o son nulos. Eso respecto al proyecto. Pero eso no quita que haya un órgano adicional que pueda contribuir, eso no es desdibujar a la DGA, sino que es añadirle un complemento. Lo que pasa es que hay una cuestión de fondo, cual es que el presupuesto del Estado permita dotarla de las capacidades financieras para poder cumplir la ley vigente actual y luego con esta modificación. Pero lo otro, y que tampoco se aborda acá, es el reconocimiento del rol que corresponde a las organizaciones de usuarios. Reconocer 101 cuencas en estos 4.200 km de longitud permite ejecutar el trabajo en terreno, porque no hay ninguna autoridad, ningún servicio público que pudiese llegar a abordar esa inmensa realidad, nunca, eso lo van a hacer las organizaciones privadas, que son las comunidades. O sea, son finalmente dos grandes aristas: la institucionalidad pública y la privada. Esta propuesta no implica desvincular al Estado de sus funciones, sino darle un apoyo adicional, que puede ser temporal, pero no es privatizar la gestión del agua.

JOSÉ LUIS CEA

Pues bien, atendido el tiempo restante, y agradeciendo de nuevo las intervenciones de nuestros invitados, le damos brevemente la palabra a Jerónimo Carcelén, para que nos comparta algunas reflexiones acerca de lo que se acaba de exponer.

JERÓNIMO CARCELÉN

Como síntesis, diría que hay tres ámbitos que han sido tratados hoy. Por un parte, los derechos; por otra, la importancia de las consideraciones técnicas; y, por último, la institucionalidad.

En el ámbito de los derechos, el tratamiento del agua como un bien nacional de uso público deja abierta la discusión sobre materias como el sistema de otorga-

miento de derechos, los plazos, las patentes, las caducidades y, sin duda, en ese orden de análisis, la priorización del consumo o de los usos.

En el ámbito de lo técnico, las consideraciones ambientales suponen una discusión no solo para el agua, sino también para otras ramas del derecho. La pregunta es si las consideraciones ambientales debieran estar en la legislación específica o más bien en la legislación ambiental general. Por ejemplo, en el Código de Minería no hay referencias a elementos ambientales como los que hemos escuchado acá. La protección de recursos hídricos implicaría, quizás, una nueva mirada, ya no tanto desde el punto de vista de los derechos, sino desde la fuente.

También es interesante, en ese mismo ámbito, el uso eficiente. Aquí hay un tema que también puede ser más desarrollado a futuro, que es el de la coordinación público-privada. Algo de ello se esbozó cuando se abordó el tema de la desalación, pero efectivamente es necesario discutir si la inversión en infraestructura que se requiere va a ser solo pública o existe algún rol también de los privados. Al analizar hoy los posibles proyectos de suministro de agua para la minería a partir de plantas desaladoras, constatamos que en una misma región hay dos o tres proyectos. Creo que es de bastante sentido común preguntarse si no sería más eficiente tener uno o dos, con el Estado jugando un rol en la coordinación con los privados.

Por último, la discusión sobre institucionalidad pareciera ser muy relevante. Cabe preguntarse si la estructura de esta institucionalidad responde a los desafíos que el país tiene, y eso tiene que ver por cierto con la capacidad de fiscalización, pero también un poco con lo que hablábamos antes, es decir, con el sistema de otorgamiento de derechos, su registro, la inversión pública en infraestructura. Esta discusión final sobre el panel de expertos también denota eso, es decir, es necesario determinar si la función de este panel de expertos es elaborar recomendaciones en decisiones que tienen un alto contenido técnico, o si más bien podría llegar a ser una intromisión en las facultades que naturalmente debiera tener una autoridad administrativa de carácter técnico como es la DGA. También es necesario analizar el papel que juegan las organizaciones de usuarios en este engranaje institucional.

JOSÉ LUIS CEA

A nombre de todos los miembros del Comité, agradezco a Winston su buena voluntad para moderar este panel de expertos, y a Tatiana y a Matías por sus magníficas exposiciones. Jerónimo, has hecho una excelente síntesis de las principales ideas que se han expuesto, así que también te agradezco tu participación.

Con esto damos por concluida esta sesión.