

# LA PROTECCION JURIDICA DEL AGUA COMO BIEN AMBIENTAL

Gladys Camacho Cepeda(\*)

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Administrativo

Universidad de Atacama

**Introducción 1. Líneas básicas del régimen jurídico de las aguas; 2. Incongruencias del sistema regulador de las aguas; 3. Conclusiones**

## INTRODUCCION

Históricamente nuestros antepasados han sido conscientes de la primacía del agua sobre todos los demás elementos necesarios para la vida (individual o social), y la riqueza.

Lo realizado en los últimos años en la Región de Atacama nos ha hecho testigos por excelencia del ingenio del hombre para aprovechar el escaso recurso hídrico que poseemos; así, la denominada *revolución verde del desierto* se ha producido gracias al aprovechamiento de aguas subterráneas sustraídas artificialmente, lo que ha permitido activar la agricultura para la exportación. Igualmente, la actividad minera tan importante en nuestra región depende de la disponibilidad de dicho recurso, para lo cual, en ocasiones, se termina acarreándolo desde largas distancias.

Pero sobre todo, las necesidades de agua se han incrementado producto del aumen-

to de la población y, más importante aún, por la elevación del nivel de vida de nuestra población, y de su concentración en las ciudades, con la obligada consecuencia del consumo de agua para fines urbanísticos. Hoy, por ejemplo, se lleva desde Copiapó agua para Caldera y Chañaral atravesando 140 km de desierto.

Lo señalado no hace sino alertarnos que el tema de la disponibilidad y mejor aprovechamiento del recurso hídrico resulta un factor crucial para resolver las necesidades sociales y las que derivan de las actividades productivas. En nuestro medio, es previsible en un corto tiempo un escenario donde la minería, la agricultura y la vida urbana compitan exacerbadamente entre sí por los limitados recursos hídricos de nuestro medio ambiente desértico y con escasez de precipitaciones.

Ciertamente, existen una serie de respuestas técnicas que se pueden adoptar y que están relacionadas con soluciones innovadoras tendientes a crear un sistema de almacenamiento y distribución del agua y a buscar fuentes adicionales de agua, métodos agrícolas de ahorro de agua, "*siembra de nubes*" y utilización de aguas residuales tratadas tanto para la

\*En la actualidad la autora viene desarrollando, con el apoyo de la Dirección de Investigaciones de la Universidad de Atacama, el proyecto de investigación titulado "*Minería y Medio Ambiente: régimen jurídico de las actividades mineras desde el punto de vista ambiental*", en el marco del cual la problemática de la regulación de las aguas es un tema ineludible.

agricultura como para la minería (1). Pero, todas estas iniciativas u otras que se descubran, para su adecuada ejecución requieren tener un marco normativo que las favorezca, de ahí que, resulta necesario, seguidamente, realizar algunas reflexiones sobre el ordenamiento jurídico de las aguas.

### 1. Líneas Básicas del Régimen Jurídico de las Aguas

Básicamente una caracterización de las líneas maestras del régimen de las aguas contenido en el Código de Aguas (Decreto con Fuerza de Ley Nº 1.122 de 29 de Octubre de 1981), nos obliga a puntualizar lo siguiente:

a) En Chile, el tradicional centralismo también tiene su expresión en el tema del Derecho de Aguas. Así, existe para toda la Nación una sola regulación jurídica para este crucial recurso. En dicha normativa no existen restricciones para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento derivadas de la escasa disponibilidad de este recurso, como sucede en las regiones del norte de Chile. De este modo, dicho sistema para aplicarse sin problemas en todo el territorio debe tener como supuesto básico el de la abundancia del recurso cosa que, particularmente en las regiones del norte, no se cumple. La "loca geografía" que caracteriza el país se debe en gran parte, precisamente, a la escasa o abundante pre-

sencia del elemento hídrico. Así, la ausencia o casi nula precipitación en las regiones del norte y los más altos promedios de precipitaciones del globo en el sur se conjugan en nuestra realidad. Consiguientemente, para asegurar el éxito social y económico de la regulación de las Aguas, el legislador deberá tener presentes estas distintas realidades, porque ello es lo que permite el mejor y más racional aprovechamiento del recurso.

b) Las corrientes económicas liberales también han tenido eco en la regulación sobre las Aguas cuyos principios se aplican sin modulación en la regulación del recurso. Ello ha significado el abandono de esquemas reguladores públicos sobre las aguas, pues, en la línea de la filosofía liberal, se identifica erróneamente, a todo régimen de este tipo como una suerte de estatismo o desviación socializante, y en cambio, se propugna al mercado como el más eficiente distribuidor de los recursos. Esta premisa aplicada al recurso hídrico ha sido contradecida en países a los que no se puede desconocer su adscripción a los modelos económico-liberales(2). En otros ámbitos más desarrollados ha sido, pues, el grado de escasez del agua el que ha definido el predominio del factor público respecto del privado en el Derecho que regula la propiedad y los derechos de aprovechamiento de las aguas. En su esencia, todo el

<sup>1</sup>Estos métodos han sido ensayados en Israel con muy buenos resultados. Vid. *El Crónico Problema del Agua en Israel* en Rasgos de Israel, Centro de Información de Israel, febrero de 1996.

<sup>2</sup>Así, Israel que ha aprendido a convivir con una escasez crónica de agua, mediante su Ley Nº 5719 de 1959, ha buscado como objetivo garantizar que la utilización de este recurso deba estar orientada al beneficio de la comunidad, así como, de la forma más eficiente, al desarrollo del país. El artículo 1º de la Ley de Aguas Israelita de 1959 así lo señala: "*Las aguas son recursos de dominio público, sujetos al control del Estado y destinados a las necesidades de los habitantes y al desarrollo del país*". La forma como han llevado esto a cabo ha sido por la expropiación de todo título privado sobre las aguas y la concentración de las materias hídricas en manos del Gobierno. De este modo el control de todos los tipos de aguas (superficiales y subterráneas) está concentrando en manos del Estado, que está encargado de la distribución del agua de la forma más apropiada para suplir las necesidades de la población y del desarrollo del país. Vid. *The Water Law* publicación de la Comisión del Agua, Tel Avid. Otro ejemplo, es el de los Estados Unidos, el cual como ninguno ofrece una realidad jurídica tan rica, variada e instructiva, lo que se debe a la conjunción de distintos elementos como son su crecimiento demográfico, su variedad geográfica, la multiplicidad de las fuentes de su Derecho, el adelanto de su agricultura de regadío y sus aprovechamientos de energía hidroeléctrica, su potencialidad económica, los progresos científicos y, finalmente, a la creciente acción administrativa federal y de los Estados. De este modo, confirmando principios comunes propios de esta rama del Derecho, la abundancia o escasez de las aguas en el caso norteamericano, ha sido determinante para los dos sistemas doctrinales y positivos que conviven en dicho país. De un lado, en los territorios predominantemente húmedos las ordenaciones jurídicas se hallan

Derecho público está basado en la noción de necesidad general, que lleva aparejado, inexorablemente, el intervencionismo político y administrativo, incluso venciendo o desconociendo las doctrinas neoliberales hoy prevalentes.

- c) La inspiración neoliberal en la regulación del recurso se aprecia no obstante que en virtud del Código Civil (artículo 595) y el Código de Aguas (artículo 5), las aguas son declaradas bienes nacionales de uso público, lo que trae como consecuencia que su dominio pertenezca a la nación toda y su uso corresponda a todos los habitantes de la nación (artículo 589 Código Civil). Ahora bien, la primera ruptura del sistema de dominio público sobre las aguas se produce cuando al derecho de aprovechamiento que se concede sobre ellas se le da naturaleza de derecho real de propiedad y por tanto es susceptible de protección constitucional amparada en el artículo 19 N° 24. Se crea, pues, un régimen de propiedad regulado por el Código de Aguas y se sustituye el sistema de concesiones (provisionales o definitivas) lo cual no obliga al beneficiario a ejecutar obras de aprovechamiento ni a acreditar el uso efectivo y real del recurso, pues dichas actividades caen dentro de sus potestades de gozar o no de su dominio de la forma como mejor le plazca.

### 2. Incongruencias del sistema regulador de las aguas.

Del análisis de los ordenamientos comparados de las aguas es común advertir que un factor determinante para la configuración de sistemas más complejos y desarrollados es la escasez de dicho elemento. De este modo, siendo tan variada la forma como se presenta el recurso a lo largo del país, el sistema de mercado de aguas adoptado por la legislación nacional presenta una serie de incongruencias que dificultan la viabilidad del mismo y cuyo detalle a continuación apuntamos:

- a) El correlato del establecimiento del sistema de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de las aguas, es que el Estado carece de las herramientas necesarias para planificar el uso de tan vital recurso en orden a garantizar el bien común de la población y el desarrollo del país. Al ser el aprovechamiento un derecho real, el propietario del mismo no tiene ni la obligación de su uso ni es posible imponerle un orden de preferencia para acomodar los distintos usos que se le pueda dar al recurso en concordancia con el bien común. Esta situación configura una plena autonomía privada en el manejo y planificación del recurso catalogado como bien nacional de uso público.
- b) Uno de los rasgos heterodoxos del sistema de mercado impuesto para las aguas y que dificulta la verdadera constitución

---

basadas en el principio del derecho de los predios ribereños (*riparian doctrine*), mientras que en los de carácter árido o semiárido se hallan construidas sobre el principio de la prioridad del uso efectivo y beneficioso de las aguas (*doctrine of prior appropriation*). Tal derecho es independiente de la contigüidad con el cauce de la corriente del predio en que se utiliza el agua y requiere la efectividad del aprovechamiento, so pena de perderlo por el no uso, volviendo en este caso al dominio del Estado. La competencia en esta materia es de los Estados y no de la Unión por lo que las regulaciones adscritas a la primera doctrina corresponden a los países situados al este del Meridiano 100 y a la segunda doctrina los atravesados por dicho meridiano (desde Dakota del Norte hasta Texas) o que se encuentran más al Oeste, caracterizado por la disponibilidad de las aguas en volúmenes muy inferiores a sus necesidades agrícolas. Esta situación ha determinado que la legislación basada en el principio de prioridad y efectividad de aprovechamiento propia de las regiones de escasez se haya desarrollado en cuerpos legales profusos. En cualquier caso, una característica que se puede señalar sobre las variadas legislaciones norteamericanas sobre las aguas es que acusan una clara tendencia favorable al carácter público de los fines y de las normas acentuadas últimamente, por la preocupación ambiental. Vid. JORDANA DE POZAS, L., La evolución del Derecho de las Aguas en España y otros países, en *Revista de Administración Pública* N 37, 1962, Madrid; y MARTIN MATEO, R., *Administración de los recursos hídricos*, en R.A.P. N 124, 1991, Madrid.

del mismo es que los derechos de aprovechamiento otorgados a los particulares no tienen ningún costo, eliminándose un factor, el Precio, indispensable en todo sistema de mercado. Esto se agrava con el hecho de que el Estado está en la obligación de otorgar los derechos de aprovechamiento solicitados sin ninguna condición como razonablemente pudiera ser la justificación de aguas solicitadas, la especificación del uso al que se va a destinar la misma ni suponer un orden de preferencia para su aprovechamiento. Aún más, el Estado tampoco puede intervenir cuando el propietario del derecho de aprovechamiento cambia el uso del recurso del que inicialmente había sido solicitado.

- b) Otros elementos distorsionadores del mercado de aguas que se han generado al amparo de la regulación jurídica actual contenida en el Código de Aguas son: en primer lugar, el hecho que cuando una persona requiere del recurso hídrico no acude a comprarlo a los otros detentores del derecho sino que lo solicita al Estado **gratis**. Además, quien tiene agua no la vende, pues espera obtener en el futuro un mejor precio sin que ello le signifique afrontar algún costo. Y segundo, se incentiva el acaparamiento y especulación respecto de los derechos de aprovechamiento configurándose las condiciones para la constitución de rasgos monopólicos en el mercado de aguas y eventualmente la instrumentalización de estos derechos recaídos sobre un bien de dominio público para generar una competencia económica desleal. De este modo, si se bloquea el acceso al recurso, se impide el ingreso de nuevos competidores y la expansión de la oferta de bienes y servicios. Lo que puede ser particularmente grave en el caso de nuestra región minera y del sector hidroeléctrico.

### 3. Conclusiones

- Las actuales, pero sobre todo futuras circunstancias demográficas, económicas, y ecológicas añaden importantes motivos de preocupación a la problemática del agua y su reglamentación.
- Todo ello presiona hacia una mejor y más racional utilización de los recursos hídricos de forma de no comprometer nuestras posibilidades futuras.
- Pieza fundamental para el mejor manejo del agua es la selección de una organización administrativa idónea respaldada por un ordenamiento adecuado.
- Si bien el modelo de regulación chileno de las aguas es innovador, éste ha de adecuarse a las características de las distintas regiones del país.
- Atendiendo a lo anotado en las líneas precedentes es de resaltar las modificaciones propuestas al Código de Aguas que actualmente se tramitan en el Congreso, las más importantes en mi opinión son <sup>(3)</sup>:
  1. El establecimiento de una patente por la no-utilización de las aguas. Lo que desincentivaría que dichos derechos se soliciten para no usarlos o para impedir que otros los tengan, evitando el ingreso de nuevos competidores al mercado.
  2. Otorgamiento de facultades para la Administración de Aguas para denegar, en casos tasados, la concesión de nuevos derechos de aprovechamiento o bien modular su otorgamiento de manera distinta a lo solicitado y constituir especificaciones técnicas, plazos, prohibiciones u otras condiciones que afecten el derecho.
  3. El establecimiento de la obligación de la autoridad administrativa de garantizar, al momento de otorgar un derecho de aprovechamiento, el respeto

<sup>3</sup>Vid. JAEGER COUSIÑO, P. *La legislación actual de aguas y las proposiciones para su modificación*, documento de la Dirección General de Aguas, Santiago, octubre de 1996.

## Contribuciones Científicas

en todos los cauces naturales un caudal ecológico, indispensable para garantizar la conservación de los ecosistemas acuáticos. Ello se reforzaría con el otorgamiento de facultades de policía y de vigilancia a la Dirección General de Aguas para la defensa de los cauces.

4. La obligación de la Administración, previa al otorgamiento del derecho de aprovechamiento, de analizar y cuantificar todos los recursos de la cuenca tanto los superficiales como los subterráneos atendiendo a la recípro-

ca influencia que cada uno de ellos tienen.

5. El establecimiento del Informe preceptivo de la Administración de Aguas en los casos de regularización de los títulos inscritos ante los Conservadores de Bienes Raíces a fin de guardar la debida concordancia con el Catastro Público de Aguas; y el
6. Reconocimiento de personalidad jurídica a las Comunidades de Aguas para facilitar su mejor desarrollo y manejo de sus recursos.