



CENTRO DE  
**POLÍTICAS  
PÚBLICAS UC**

TEMAS DE LA AGENDA PÚBLICA

# Focalizando la agenda de un recurso común: el desafío de potenciar la autogestión de las aguas en Chile

**ALEJANDRO VERGARA BLANCO**  
Facultad de Derecho



# Focalizando la agenda de un recurso común: el desafío de potenciar la autogestión de las aguas en Chile

ALEJANDRO VERGARA BLANCO<sup>1</sup>  
Facultad de Derecho

## Introducción

En la actualidad, en que el país se enfrenta a condiciones hídricas críticas y preocupantes, la gestión de las aguas se ha convertido en un tema clave y de obligado análisis.

Debido a su condición de recurso escaso, y en consideración a su importancia económica, las aguas requieren de una normativa que establezca reglas claras tanto respecto de los títulos que posibilitan su aprovechamiento, como de su administración y distribución.

Autores, gobernantes y diversos especialistas en políticas públicas siguen repitiendo en materia de bienes públicos o comunes (que es el caso del agua), el argumento de “la tragedia de los comunes”, de lo que se derivarían dos opciones:

- i) que el Estado controle los recursos naturales para evitar su destrucción; o,
- ii) que su privatización (mercado) resolvería el problema.

Sin embargo, lo que se observa en la práctica es que ni el Estado (esto es, los órganos del Estado) ni el mercado (esto es, la autónoma decisión de los particulares), por sí solos, han logrado con éxito que los individuos mantengan, a largo plazo, un uso productivo y positivo de los sistemas de recursos naturales. El caso de las aguas es paradigmático en esta dualidad de manejo, a la vez, público y privado.

La administración y utilización de las aguas en Chile tiene su base en tres cuerpos legales de hace poco más de treinta años:

- i) el Decreto Ley N° 2.603, de 1979, que configuró por vez primera derechos de propiedad sobre los derechos de aguas;
- ii) la Constitución de 1980, que declaró implícitamente la calidad de bienes nacionales de uso público de las aguas, y de manera explícita la garantía de la propiedad de los titulares de derechos de aguas (artículo 19, números 23 y 24); y,
- iii) el Código de Aguas (CA) de 1981, cuerpo legal que sistematizó lo anterior y que otorgó amplios espacios de libertad a los usuarios de las aguas, eliminando barreras de acceso a la adquisición de nuevos derechos de aguas, la libre transferibilidad de los derechos adquiridos y el libre uso de las aguas a que se tiene derecho.

No obstante, hoy nuestra sociedad se sigue preguntando: ¿Qué son las aguas? ¿Cuál es su naturaleza jurídica? Podría pensarse que las respuestas son obvias, y que no es necesario analizar estos temas; pero la forma en que las aguas son utilizadas y gestionadas en la práctica nos obliga a volver sobre estas interrogantes y poner a prueba la coherencia entre lo que señalan ciertas normas y lo que efectivamente sucede en la realidad.

En Chile seguimos intentando regular e interpretar la realidad a través de un esquema *propietarista* dual, y para resolver los problemas de su uso y conflictos, se postula: o propiedad privada o propiedad estatal de las aguas.

Se someterán a revisión varios argumentos usuales, y se enfrentarán con la regulación vigente y, en especial, con la realidad: el modo en que cada día se gestiona el agua. Se ha tenido a la vista un actualizado análisis y

<sup>1</sup> Agradezco la colaboración de Daniela Rivera Bravo, investigadora del programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el primer armado de este escrito, mediante la reunión de varios papeles dispersos, y por sus valiosas sugerencias.

diagnóstico de la gestión de las aguas en Chile, realizado en conjunto por el Gobierno de Chile (Dirección General de Aguas, en adelante DGA) y el Banco Mundial, cuyas conclusiones aún no se han transformado en políticas públicas efectivas<sup>2</sup>.

Hay dos finalidades esenciales en toda política de regulación de aguas:

- i) una gestión o administración eficiente; y
- ii) una baja conflictividad en la obtención y ejercicio de los derechos de aguas.

En este trabajo primero se expone lo desajustadas con la realidad que resultan dos recientes iniciativas de política pública relacionadas con las aguas; luego, se revisa el modelo chileno de administración dual de las aguas (público/privada), y luego se intenta demostrar la efectiva mutación que este modelo y práctica producen en la naturaleza de las aguas. Se cierra el trabajo con algunas conclusiones y propuestas.

## 1. Actualidad de las aguas: revisión crítica de dos proyectos de política pública

Se han seleccionado dos proyectos de política pública en materia de aguas (uno de modificación constitucional, otro de modificación de ley), cuyo análisis crítico servirá como contrapunto a lo planteado en este documento.

### 1.1. El nuevo intento de “nacionalización” de las aguas, de 2010

Un mensaje presidencial del 6 de enero de 2010, propone modificar la Constitución<sup>3</sup> en el siguiente sentido:

- i) eliminar el inciso final del artículo 19, número 24 de la Constitución, que consagra la garantía de la propiedad para los derechos de los particulares sobre las aguas;
- ii) junto a otros aspectos (como reinstaurar las reservas de aguas), propone agregar en el artículo 19, número 23 de la Constitución lo siguiente: “Las aguas son bienes nacionales de uso público”.

¿Es esta una reforma necesaria, atendidos los problemas y conflictos que actualmente se suscitan en las aguas? Al respecto, se puede observar lo siguiente:

1° Esta reforma es incompleta, pues los problemas que hoy aquejan a las aguas son muchos más, y no fueron resueltos todos en la reforma introducida por la Ley 20.017, de 2005<sup>4</sup>.

2° Siembra inquietud en una regulación esencial de la actividad económica: el agua es insumo de relevantes actividades económicas (minería, hidroelectricidad, servicios sanitarios, etc.). Una materia y una modificación tan relevantes requieren de un mayor estudio previo, que en este caso notoriamente no se ha dado.

3° Representa un retroceso en cuanto retoma las reservas de aguas; pues, considerando que los acuíferos y corrientes más relevantes ya están comprometidos, ¿cómo se reservará sin expropiar?

4° Por último, se considera que es innecesaria, dado que intenta declarar a las aguas como “bienes nacionales de uso público”, pese a que el Código Civil y el Código de Aguas ya contienen esa declaración; y darle nivel constitucional no agrega nada.

2 Banco Mundial (31 de marzo de 2011): *Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos*. Disponible en: [www.dga.cl](http://www.dga.cl). Las conclusiones de este relevante informe han pasado desapercibidas, en especial aquellas relativas al catastro de derechos de aguas y a la búsqueda de una instancia especializada de resolución de conflictos. Ver además el informe particular preparado para el Banco Mundial por: Vergara Blanco, Alejandro (2010) *Diagnóstico de problemas en la gestión de recursos hídricos: aspectos institucionales para una futura propuesta de modificaciones legales, reglamentarias y/o de prácticas administrativas*. Informe preparado para el diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. Santiago, Chile (en prensa).

3 Existen otras iniciativas en este sentido, y ninguna de ellas se ha aprobado. Un ejemplo reciente es la moción de reforma constitucional (Boletín 8678-07) de diversos diputados, del 13 de noviembre de 2012, que propone que las aguas sean a la vez “bienes nacionales de uso público” y “del dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado”, como si ambas cosas fuesen lo mismo.

4 Sin perjuicio de lo que se aborda en este escrito, cabe señalar: subsisten conflictos y temas pendientes en materia de aguas subterráneas; debe reducirse la discrecionalidad excesiva y eliminarse los graves retrasos a raíz del accionar de la DGA; se hace necesario tecnificar este organismo y disminuir el marcado carácter político que actualmente detenta; debe otorgarse una mejor definición de los derechos de aprovechamiento no consuntivos; deben tratarse y regularse más profundamente las organizaciones de usuarios; y debe incorporarse regulación sobre temas no tratados adecuadamente en la normativa, como ocurre con las nuevas fuentes de aguas (recarga artificial de acuíferos, desalinización, entre otros). Véase Vergara (2010).

## 1.2. Proyecto de ley para el perfeccionamiento de títulos por directorio de organizaciones de usuarios, de 2012

El 18 de enero de 2012, mediante el mensaje N° 006-359, fue ingresado al Congreso un proyecto de ley cuya finalidad es facultar a los directorios de las comunidades de aguas y de las juntas de vigilancia (no menciona el proyecto a las asociaciones de canalistas) para representar a sus miembros en los procedimientos de perfeccionamiento de derechos de aguas. Actualmente dicho proyecto se encuentra en el primer trámite constitucional ante el Senado.

La finalidad declarada del proyecto es “hacer más expedito y cohesionado el procedimiento de perfeccionamiento de los títulos de derechos de aprovechamiento de aguas”. No obstante que cabe compartir la preocupación gubernamental y de la propia DGA de buscar soluciones al problema del perfeccionamiento pues genera constantes conflictos, la vía elegida por este proyecto es inadecuada.

Las principales críticas son: i) el mecanismo es un derecho quebranto a la garantía de la propiedad; ii) distorsiona la esencia y naturaleza de las organizaciones de usuarios en su tarea de autogestión de un recurso común; iii) es evidente que así la Administración Central elude una tarea que a ella le corresponde.

### 1.2.1. Quebrantamiento de la garantía de la propiedad de los titulares de derechos de aguas

La garantía e intangibilidad de la propiedad de los titulares de derechos de aguas significa, jurídicamente, que sin su voluntad los terceros no pueden afectar la esencia de los títulos ajenos (eso es “perfeccionar”).

En este proyecto se pretende entregar poderes sobre los derechos de aguas ajenos a los directorios de las comunidades de aguas y juntas de vigilancia. Cabe recordar que los derechos no pertenecen a esas organizaciones, sino a sus miembros. Cualquier medida tendiente a revisar, determinar o modificar las características esenciales de los derechos de aguas —como efectivamente ocurre en el caso del perfeccionamiento—, atenta contra la garantía constitucional de la propiedad (artículo 19, número 24 de la Constitución), pues tal decisión solo podría válidamente tomarse directamente por el propio titular de dicho derecho.

Una decisión que afecta la esencia de cada derecho de aguas en ningún caso puede ser tomada por terceros,

como es el caso del directorio de la comunidad de aguas o de la junta de vigilancia de la cual forme parte dicho titular (salvo que ese directorio fuera facultado expresamente por cada uno de sus miembros; para lo cual no se requiere reforma legal alguna).

Además, el proyecto propone que los directorios de las comunidades de aguas o de las juntas de vigilancia queden facultados para realizar el perfeccionamiento, “previo acuerdo de dos tercios de los votos en junta extraordinaria convocada al efecto”. De ello se desprende que, aun en contra de un tercio de los votos, podría forzarse el perfeccionamiento de todos los derechos de aprovechamiento sometidos a la jurisdicción de la respectiva organización, incluyéndose aquellos derechos cuyos titulares se opusieron al perfeccionamiento o que lo propusieron en términos distintos.

Que el directorio de una organización decida sobre las características de un título de aguas ajeno es, por sí mismo, un atentado contra la garantía constitucional que protege los derechos de aguas. En efecto, lo sustancial de un derecho de aprovechamiento es la facultad de su propietario de extraer desde la respectiva fuente natural una determinada cantidad de agua, en el punto y con las características que su título o la costumbre —en el caso de los derechos consuetudinarios— indiquen. Y, de perfeccionarse un derecho de aprovechamiento por un caudal y/o con características distintas de aquellas con que históricamente ha sido ejercido, o diversas de aquellas derivadas de la forma en que efectivamente se ha usado el agua, se estará privando a su titular de poder ejercerlo en plenitud y con sus reales características y modalidades.

### 1.2.2. Alteración del pacífico funcionamiento de organizaciones creadas solo para distribuir aguas

Lo que produce este proyecto, en verdad, es una alteración del objeto primordial de las juntas de vigilancia y comunidades de aguas, que consiste en distribuir las aguas a que tienen derecho cada uno de sus miembros y mantener las obras necesarias para su aprovechamiento.

El actual Código de Aguas es consistente con este objeto, y ninguna de las facultades que se confieren al directorio de una junta de vigilancia o de una comunidad de aguas dicen relación con la determinación del contenido y elementos esenciales de los derechos de aprovechamiento de sus miembros, menos aun contra la voluntad de estos, como se pretende hacer con el proyecto de ley.

No existe nada igual dentro de las actuales potestades del directorio de estas entidades, ya que esto constituye una prerrogativa exclusiva y excluyente del propio titular.

Es jurídicamente improcedente que el legislador otorgue al directorio de una comunidad de aguas o de una junta de vigilancia la facultad de modificar el contenido esencial de los derechos de aguas de sus miembros, sin mediar un acuerdo unánime y preciso. Este proyecto:

- i) implica sustituir a los titulares de derechos de aguas en una facultad individual y privativa, como es la alteración de características esenciales de su título, sobre el que se tiene derecho de propiedad; y,
- ii) genera una distorsión a la esencia y naturaleza de dichas organizaciones, cuya finalidad es distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros.

Este mecanismo evidentemente creará conflictividad en una sede institucional que actualmente es pacífica.

### 1.2.3. La tarea de coadyuvar en el perfeccionamiento le corresponde a la Administración Central del Estado (DGA)

La tarea de constituir y de colaborar al reconocimiento, catastro y perfeccionamiento de los derechos de aguas, corresponde a la DGA (artículos 22, 140, 142, 147bis, entre otros, del Código de Aguas), y si no ha podido hacerlo, no es sano trasladar tal tarea a las organizaciones de usuarios, las que solo deben distribuir las aguas que le corresponden a los titulares de derechos, cuyas características esenciales ya estén previamente fijadas por la autoridad competente.

### 1.3. Crítica a ambos proyectos

Ambos proyectos escogen mecanismos inadecuados para la solución a los actuales problemas de las aguas:

**a) El proyecto de reforma constitucional** muestra la constante tendencia política de declarar las aguas como bienes nacionales, o del dominio del Estado. ¿Qué significa la nacionalización de las aguas? ¿Que sean comunes? ¿Que sean públicas? ¿Estatales? ¿De todos? Está claro que no se desea que sean privadas, de una persona natural o jurídica particular.

Esta tendencia *nacionalista o estatizante* está mal focalizada, pues:

- i) una vaga declaración constitucional por sí sola no soluciona los problemas de la gestión del agua; y
- ii) la realidad muestra (como se intenta demostrar en este trabajo), que las aguas, más que nacionales o estatales, son bienes comunes (autogestionadas por quienes las usan); y el rol de la Nación no es disputar una especie de propiedad de las aguas, sino regularlas a través de decisiones legislativas adecuadas. Que la Nación haga propias las aguas no tiene significado alguno; es una mera consigna.

**b) El proyecto de ley** intenta trasladar la conflictividad sobre las características de los títulos de aguas (relacionada con la constitución, regularización y perfeccionamiento de los títulos) hacia una generalmente pacífica instancia de distribución de las aguas (ejercicio de los derechos), como es el caso de las organizaciones de usuarios.

**c) ¿Hacia dónde debieran apuntar las políticas públicas de aguas?** Para cumplir los fines de mejorar la gestión de las aguas, y evitar la conflictividad (o mejorar la resolución de los actuales conflictos) dos posibles buenos caminos son:

- i) el fortalecimiento de la autogestión de las aguas, atendiendo a su naturaleza de recurso común; y
- ii) la creación de una instancia especializada de resolución de los conflictos de aguas (un tribunal o un panel de expertos de aguas), que resuelva los procesos de oposición, regularización o perfeccionamiento de los derechos de aguas.

Estos son los focos en donde pareciera que se deben concentrar los esfuerzos de las políticas públicas en materia de aguas.

## 2. Observando el modelo de administración público-privado de las aguas

La administración de las aguas en nuestro país es dual: le corresponde tanto a la Administración Central del Estado, como a los usuarios de las aguas. En efecto, las atribuciones más relevantes se entregan a dos órganos:

- i) a la Dirección General de Aguas; y
- ii) a las juntas de vigilancia.

## 2.1. El rol de la Administración Central del Estado

El principal rol en materia de aguas, al interior de la Administración Central del Estado, le corresponde a la DGA (también cumplen roles la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH), la Comisión Nacional de Riego (CNR) y el Ministerio del Medio Ambiente (MMA)).

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

No obstante, las competencias más básicas de la DGA pueden sintetizarse en:

- i) la constitución (y colaboración en la regularización y perfeccionamiento) de derechos de aprovechamiento de aguas; y,
- ii) la mantención de un sistema completo y actualizado de información sobre el recurso hídrico, que se materializa en el registro administrativo denominado Catastro Público de Aguas.

## 2.2. La autogestión de las aguas en fuentes naturales y en canales (obras artificiales)

La DGA no tiene potestad alguna en la distribución de las aguas, lo que le corresponde por ley a las juntas de vigilancia, las que llevan a cabo en esa tarea un verdadero autogobierno de las aguas.

Las juntas de vigilancia ejercen atribuciones, funciones y potestades que cabe calificar de “públicas”; ello pese a no formar parte de la Administración del Estado y a su conformación privada (por los particulares usuarios de las aguas).

Cabe, además, distinguir el rol que cumplen, por una parte, las juntas de vigilancia (que operan en una fuente natural: la cuenca); y, por otra, las comunidades de aguas y asociaciones de canalistas (que operan en alrededor de una obra artificial común: una bocatoma, de la que se deriva un canal, una obra de acopio, u otras).

### 2.2.1. La distribución autogestionada de las aguas de las fuentes naturales: juntas de vigilancia

#### 1° Las juntas de vigilancia cumplen una función pública

Dicha función pública consiste en distribuir las aguas de las fuentes naturales entre todos los titulares de derechos de aguas. Es la ley la que le otorga esta función pública a unas organizaciones conformadas por particulares (por todos los titulares de derechos de aguas que de cualquier forma aprovechen aguas superficiales o subterráneas de una misma cuenca u hoya hidrográfica o de una sección de la misma).

El rol que ocupan las juntas de vigilancia en la administración de las aguas se ve fortalecido por las escasas y eventuales atribuciones directivas u ordenadoras, que respecto de ellas tiene la DGA. En efecto, solo en casos de extraordinaria sequía o de reiteración de faltas o abusos en la distribución de las aguas, la DGA puede suspender transitoriamente las atribuciones o intervenir a las juntas de vigilancia.

#### 2° La distribución como función esencial de las juntas de vigilancia

Debido a la amplia jurisdicción de las juntas de vigilancia en toda una cuenca hidrográfica, o en una sección de ella, y a su composición por todos los usuarios, estas deben ejercer una función muy relevante: la distribución, lo que en la práctica implica repartir las aguas que son conducidas por la corriente natural bajo su jurisdicción entre todos los interesados que tienen derechos de aguas en el cauce natural, en cantidad y proporción correspondiente a dichos derechos; y, por cierto, velar porque dichas cantidades y proporciones sean respetadas.

Si bien el objeto esencial de las juntas de vigilancia es administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros, el concepto de administración excede a las aguas a que tienen derecho sus miembros. Ello se debe a que administrar significa “gobernar, regir, cuidar”. Razón por la cual a las juntas de vigilancia les corresponde la facultad y obligación de regir y cuidar no solo las aguas a que tienen derecho sus miembros, sino que velar por los cauces naturales bajo su jurisdicción.

En la práctica, la administración se traduce en determinar de cuánta agua dispone la cuenca hidrográfica, velar por la conservación de dicha cuenca, determinar la forma en que será distribuida el agua, y resolver, preventivamente y antes de su judicialización, los conflictos que de ello se deriven.

### 3° Las juntas de vigilancia distribuyen todas las aguas de la fuente

Se trata de todas las aguas (superficiales y subterráneas) y de todos los tipos de derechos (entre otros, consuntivos y no consuntivos).

La incorporación de todos estos derechos se produce de pleno derecho. Aquellos que de cualquier forma aprovechen aguas superficiales y subterráneas de una misma cuenca u hoya hidrográfica, podrán organizarse en una junta de vigilancia; una vez constituida dicha junta, si por otorgamiento de un derecho, construcción de obras nuevas de riego o regulación de la cuenca se constituye un nuevo derecho de aguas, su titular “(...) quedará incorporado a la junta de vigilancia respectiva”. En consecuencia: quien adquiere un derecho de aprovechamiento de aguas en una cuenca u hoya hidrográfica en la que existe constituida una junta de vigilancia, queda incorporado *ipso jure* a la misma por expresa disposición legal.

#### 4° Resolución local de los conflictos de aguas

La ley otorga a las juntas de vigilancia (y a las demás organizaciones), de un modo excepcional, la potestad de resolver los conflictos que puedan suscitarse entre los distintos miembros de la respectiva organización de usuarios o entre esta y alguno de sus miembros, relativos a la repartición de aguas o al ejercicio de los derechos que tengan como integrantes de la organización de usuarios.

#### 2.2.2. El reparto de las aguas en cada obra de riego o canal común

No obstante que a todas se las denomina genéricamente “organizaciones de usuarios”, las comunidades de aguas y las asociaciones de canalistas se encuentran en una categoría jurídicamente distinta de las juntas de vigilancia.

Las comunidades de aguas y asociaciones de canalistas reparten las aguas de los miembros que las conforman, que surgen a partir de la existencia de una obra hidráulica de propiedad y aprovechamiento común.

Estas organizaciones de usuarios de aguas tienen por objeto fundamental:

- i) administrar las obras comunes a través de las cuales las aguas son captadas, conducidas o almacenadas;
- ii) repartir las aguas entre sus miembros; y
- iii) resolver determinados conflictos de estos entre sí o entre estos y la propia organización.

Cabe destacar que, en el caso de asociaciones y comunidades, las atribuciones tienen como únicos destinatarios a los usuarios de la obra común; de ahí que no necesariamente un nuevo derecho de aguas local pasa a formar parte de la organización, dado que el particular puede decidir el ejercicio de su derecho de aguas en una obra hidráulica de su dominio exclusivo, y excluirse de la obra común. En el caso de las juntas de vigilancia no existe esta opción, pues estas tienen jurisdicción en una cuenca o sección de una cuenca, y ningún usuario puede eludir esta función pública.

### 2.3. Distribución del agua: autogestión de un recurso común

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

El escenario de autogestión de las aguas debe ser mejor observado, pues es de una densidad tal que surge la necesidad de someter a cuestionamiento la naturaleza de las aguas, las que, por la autogestión de los usuarios, parecieran haber mudado desde bienes nacionales a bienes comunes o locales autogestionados por sus usuarios. Aunque en la cáscara las leyes sigan refiriéndose a las aguas como nacionales, el denso *factum* de los usos inmemoriales y autogestión colectiva parece haber mudado la naturaleza misma de las aguas.

## 3. Las aguas como bienes comunes autogestionados colectivamente por sus usuarios

### 3.1. Mutación de la naturaleza de las aguas: de bienes nacionales a bienes comunes autogestionados por sus usuarios

Una vez que se ha constatado la autoadministración, o autogestión del agua mediante el reparto comunal o común entre los vecinos de una cuenca hidrográfica, o sección de ella, todos titulares de derechos de aguas, cabe preguntarse si ese denso *factum* produce alguna alteración en la naturaleza de las aguas. La desnuda cáscara legal sigue llamando a las aguas bienes nacionales de uso público. Frente a ello, ¿qué significado tiene que las aguas sean autogestionadas colectivamente por sus usuarios?

Ante este escenario, y atendida la forma en que el recurso hídrico es utilizado y gestionado, se hace necesario, entonces, volver a interrogarnos sobre la verdadera naturaleza jurídica de las aguas. ¿Es coherente y procedente afirmar, tal como lo hacen las leyes desde tiempos remotos, que el agua es un bien nacional? Cabe observar con detención la actuación de la Administración y de los usuarios respecto de las aguas.

La calidad de “bien nacional de uso público” de las aguas en Chile deriva de una regla decimonónica: el artículo 595 del Código Civil, la que fue reiterada por el Código de Aguas (actualmente, en el artículo 5), siguiendo una tendencia generalizada en derecho comparado de publicar (o incluso en muchos casos *estatizar*) las aguas.

Sin embargo, si observamos bien la realidad, seguir afirmando que las aguas son “de la Nación toda” (propiedad de), no se ajusta ni logra amoldarse al fuerte modelo de autogestión colectiva de las aguas de cada cuenca o de cada acuífero que existe en nuestro medio; este autogobierno es realizado por organizaciones de usuarios, y, particularmente, por juntas de vigilancia.

### 3.2. Necesaria distinción: origen y ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas

Para observar más claramente la autogestión por parte de los usuarios de un recurso común, cabe distinguir los roles de la DGA (origen de los títulos de aguas) y de las juntas de vigilancia (ejercicio de tales títulos):

**a) Misión de la Administración Central del Estado (DGA): constituir derechos de aguas.** Según su origen, los derechos de aguas pueden ser constituidos o reconocidos. En el primer caso, un acto de autoridad formal otorga o constituye tal titularidad; en el segundo caso, la titularidad deriva del uso efectivo del recurso por un tiempo determinado (hipótesis de reconocimiento de usos consuetudinarios).

En ambos casos compete un rol destacado a la DGA:

- i) la DGA es la autoridad que otorga (“constituye”) derechos de aprovechamiento sobre aguas disponibles en fuentes naturales;
- ii) los tribunales de justicia (con la colaboración de la DGA) regularizan, declaran o perfeccionan derechos de aprovechamiento a partir del uso consuetudinario del agua.

**b) Rol de las organizaciones de usuarios: reparto local o comunal del agua.** Una vez que el derecho haya sido constituido o reconocido (incluso regularizado o perfeccionado, según los casos), es posible realizar el ejercicio del mismo mediante el aprovechamiento efectivo de las aguas, extrayéndolas de la fuente natural. Esta fase, esto es, la distribución y reparto de las aguas, es gestionada colectivamente por las organizaciones de usuarios.

Comienza aquí el autogobierno o autogestión de estas organizaciones, especialmente de las juntas de vigilancia. La importancia del rol que ocupan las juntas de vigilancia en la administración de las aguas se ve fortalecida por las escasas y extraordinarias (casi ninguna) atribuciones directivas u ordenadoras que respecto de estas organizaciones tiene, o debiera tener, la DGA. En efecto, solo en casos de extraordinaria sequía o de reiteración de faltas o abusos en la distribución de las aguas, la DGA puede suspender transitoriamente las atribuciones o intervenir a las juntas de vigilancia.

### 3.3. Las aguas como bienes comunes sujetos a reparto local o comunal

Las aguas constituyen una categoría especial dentro de la categoría genérica de los bienes públicos.

Aunque la normativa vigente en Chile dispone expresamente que las aguas son bienes públicos o bienes nacionales de uso público (BNUP), no podemos dejar de reconocer y advertir que las aguas no son iguales que el resto de los denominados “bienes públicos”. ¿O acaso podemos decir que las aguas tienen el mismo régimen y funcionalidad que un camino, una calle, una plaza o una playa? Todos estos tienen idéntica calificación formal que las aguas: bienes nacionales de uso público; sin embargo, eso solo es una cáscara normativa que cabe enfrentar con la realidad. ¡El *nomen iuris* de las aguas ha perdido conexión con la realidad!

Las calles, caminos y demás bienes de uso público son, en los hechos, un soporte territorial para el ejercicio de una relevante garantía constitucional, sin la cual sería incomprensible la convivencia en sociedad: la libre locomoción; aquella garantía que nos permite ir y venir, utilizando para ello tales vías de comunicación y bienes de uso público. Pero cabe observar que las aguas han sido *publicadas* no para circular sobre ellas, sino para una más ordenada, tasada y equitativa extracción de volúmenes de aguas por particulares, para usos agrícolas, sanitarios, industriales, energéticos, mineros, etc.



Entonces, calles y caminos son llamados bienes nacionales de uso público por su vocación para garantizar y permitir la libre circulación de las personas, y claramente eso no resulta aplicable al caso de las aguas. Entonces, ¿fue coherente que el legislador las haya incluido dentro del mismo grupo de los otros bienes nacionales en que efectivamente existe uso público, como calles y caminos?

En el fondo, lo que existe a este respecto es una dispersión de conceptos, pues para las aguas se utilizó la expresión BNUP de modo instrumental, para evitar la apropiación directa de las aguas en fuente por los particulares, y con la finalidad evidente de entregar a la Administración del Estado atribuciones interventoras para regular la asignación originaria del uso del recurso, mediante concesiones.

Siempre las aguas estarán a disposición de los particulares, sea que estas hayan sido declaradas públicas, del Estado, de la Nación o utilizando cualquier otra fórmula, que ha tenido solo por finalidad evitar la aplicación del Derecho Civil para la apropiación directa de las aguas, como opera normalmente en la propiedad civil, a través de la ocupación, la prescripción, etc.

Entonces, la catalogación de las aguas como BNUP no está vinculada a la libertad de circulación, sino que a un propósito diverso: permitir el aprovechamiento ordenado de las aguas por los particulares.

Observemos la realidad. La institucionalidad de las aguas diseña dos roles:

- 1) Por una parte, la autoridad (en nuestro caso, la DGA) constituye o colabora para que los tribunales reconozcan derechos de aguas.
- 2) Por otra parte, en cuanto al ejercicio, son los propios particulares, titulares de los derechos y usuarios de las aguas, quienes se autodistribuyen colectivamente las aguas, bajo un esquema de autogobierno.

De este modo, las atribuciones de la DGA en los cauces naturales se terminan una vez otorgados o reconocidos todos los derechos de aprovechamiento de aguas posibles de otorgar o reconocer en cada cuenca o acuífero. En ese momento, una vez otorgados por la autoridad todos los derechos posibles, se producen entonces dos densos efectos jurídicos:

- 1° se entiende jurídicamente agotada o cerrada la cuenca o acuífero; este agotamiento o cierre se declara o cabe entenderlo; y,

- 2° una vez cerrada o agotada cada cuenca o acuífero, se intensifica el autogobierno de las organizaciones de usuarios y, particularmente, de las juntas de vigilancia: son ellas las que administran y distribuyen las aguas de fuentes naturales, las cuales, por estar asociadas a determinados derechos, ya no están “disponibles” para la DGA; organismo que al agotarse o cerrarse una cuenca ya no puede constituir más derechos de aguas.

Así, una vez declarado agotado un cauce natural:

- 1° las aguas respectivas, en realidad, dejan de ser un BNUP sujeto a examen de disponibilidad de aguas, y la autoridad ya no tiene potestades para crear nuevos derechos de aprovechamiento a su respecto. Consecuentemente, ya nada o muy poco tiene que hacer la DGA en esa cuenca o acuífero en que el reparto de las aguas comunes se está autogestionando por las juntas y demás organizaciones de usuarios;

- 2° la fuente respectiva, que es calificada como un BNUP, debiésemos calificarla como un bien común sujeto a la autogestión colectiva (“distribución”) por las juntas de vigilancia integradas por los usuarios locales.

Es aquí donde surge el fenómeno que altera la calificación jurídica de las aguas: pues es un BNUP particular, que no sirve para la libre locomoción, sino solo para la distribución de aguas o autogobierno local entre sus propios usuarios. De ahí que a las aguas, más que un BNUP, debiésemos considerarla un bien “común” sujeto a distribución autónoma por sus usuarios.

### 3.4. El agua como bien común autogestionado por sus usuarios

Nuestro sistema jurídico ha mantenido desde el siglo XIX una calificación perfectamente ambigua para las aguas: son, en la cáscara legal, “bienes nacionales de uso público”. Todos debemos reconocer que “lo nacional”, a pesar de su cercanía con “lo público” (del pueblo, de la Nación), en el lenguaje político, de la consigna, se lo suele confundir con “lo estatal”.

El fenómeno de las aguas (como recurso natural: *in rerum natura*) puede ser mejor observado, y la realidad muestra diversas posibilidades para su regulación o consideración jurídica. El abanico de posibilidades regulatorias respecto de las aguas (antes de otorgar derechos individuales, mientras están en su fuente: *in rerum natura*) considera, en la práctica, solo cuatro opciones; considerar que las aguas son:

- i) del dominio del Estado (ampliable a dominio nacional, estatal, o público);
- ii) de dominio o propiedad particular;
- iii) bienes comunes (ausencia de dominio del Estado o particular);
- iv) de nadie (ausencia de dominio: *res nullius*).

Atendidas estas posibilidades, ¿cuál es la real calificación que hoy debemos dar a las aguas? Las aguas *in rerum natura* no son apropiables: ni estatales, ni particulares, ni *res nullius* (de nadie); solo son regulables (legislativamente). La Nación, por cierto, puede regularlas (dictar leyes a través del Congreso Nacional), pero es inútil argumentar una patrimonialización, parecida a la individualista, para el Estado o la Nación. ¿De qué sirve que las aguas sean propiedad de esas entelequias o entes metafísicos? Todo indica que su naturaleza jurídica ha mudado, y las aguas han decantado en “bienes comunes gestionados colectiva y comunalmente por sus usuarios”.

Al observar la realidad de las aguas descubriremos que ni el mercado (los particulares individualmente considerados) ni el Estado centralizado son las únicas piezas en la gestión de este recurso: hay una tercera vía que está operando plenamente y que complementa (no reemplaza) tanto al mercado (a cada particular, con sus derechos individuales de aguas) como al Estado (a la DGA): es la autogestión que cada día, cada noche, realizan los usuarios directos de este recurso natural común.

La práctica de la autogestión del agua no logra ajustarse ni adecuarse con una concepción de las aguas como BNUP; tampoco con una concepción de las aguas como estatales; ni como de los particulares individualmente considerados; ni menos como si las aguas fuesen “de nadie”. Es más realista entonces, considerarlas simplemente: “bienes comunes”. No es real, no es un *factum* coherente esa cáscara de la ley, que define a las aguas como BNUP, como nacionales, como de dominio de toda la Nación, pues las aguas solo las usan (solo las pueden usar) quienes tienen derecho a extraerlas; y tales aguas de cada cuenca, o de cada acuífero, están sujetas al reparto, autogestión colectiva, comunal o local de sus titulares de derechos.

Así, al percibir la forma en que se lleva a cabo la administración y distribución del recurso hídrico, lo más coherente es considerarlas “bienes comunes” autogestionados por sus usuarios. El resultado es que, aplicando esta calificación a cada cuenca, a cada acuífero, se constata que, en nuestra realidad, cabe acoger dos calificativos para las aguas:

- i) por una parte, la denominación normativa: las aguas son calificadas por las leyes como BNUP. ¿Cuál es la consecuencia de esa calificación jurídica? Únicamente que la Nación toda, a través del Congreso Nacional, puede dictar leyes que regulan su gestión, y su preservación, y observar cómo los titulares de derechos de cada cuenca o acuífero, y solo ellos, pueden usar esa agua y autogobernar su distribución;
- ii) por otra parte, la realidad: del *factum* descrito (el hecho social del reparto colectivo y común de las aguas) fluye la necesidad de calificar a las aguas como bienes comunes, dada la autogestión de las mismas por sus usuarios directos (de hoy y de mañana).

Es un mito que las aguas sean un supuesto dominio de la Nación toda. En todo caso, todas las personas de esa Nación tienen, en potencia, un derecho público subjetivo para solicitar, y para llegar a convertirse en titular de un derecho de aguas; y una vez obtenido ese derecho individual de aguas, en cada cuenca, en cada acuífero, ese derecho quedará sujeto a la autogestión colectiva de sus usuarios: de ahí la evidente naturaleza común del recurso hídrico.

## 5. Conclusiones y recomendaciones

### 5.1 Dos proyectos que no focalizan los temas o las sedes institucionales donde están los problemas reales de las aguas

Se han revisado dos proyectos que, en verdad, no tocan las partes institucionales más ampliamente necesitadas de políticas públicas o de nuevas regulaciones: el fortalecimiento de las instancias de autogestión y de la resolución de conflictos de aguas.

- a) La modificación constitucional, al intentar reafirmar la calidad nacional de las aguas, apunta a una precisión innecesaria; pues así ya lo dice la legislación desde el siglo XIX. Pero no es realista seguir repitiendo hoy ese calificativo, ante la evidencia de la autogestión común, comunal o local de las aguas de las fuentes, que es una realidad no estatista, no individualista, ni nacional: es comunal, local.
- b) Por su parte, la modificación legal desea avanzar en el perfeccionamiento de los derechos de los usuarios de las aguas, dado que la falta de perfeccionamiento origina incerteza y desmejora la posición de los usuarios en los conflictos de constitución y regularización de derechos de aguas. Pero es la propia Dirección General de Aguas, encargada por ley para ello, la que no ha logrado organizar un completo Catastro de Aguas.

No obstante, lo más peligroso de esa falta de certeza de los títulos de aguas estriba en que la resolución de los conflictos (que se desenvuelven al interior de la Dirección General de Aguas, mediante oposiciones, y ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, mediante reclamaciones) es inadecuada, por deficiencias en ambas instancias: la DGA no puede administrar y juzgar a la vez; y los Tribunales no tienen la especialidad necesaria.

Sin embargo, la entrega por ley a las organizaciones de usuarios de la tarea de completar los títulos de cada uno de sus integrantes originará conflictos en su interior inexistentes hoy en esa instancia, y desnaturalizará una pacífica tarea usual de solo distribuir las aguas.

### 5.2. El foco debe estar puesto en la gestión común del agua y en una nueva instancia especializada de resolución de conflictos

Entonces, uno de los proyectos intenta evitar la privatización del agua mediante la nacionalización de ella y el otro intenta evitar más conflictos mediante un mandato inconveniente a los directivos de las organizaciones de usuarios.

Para los mismos fines que se persiguen, el foco debe ser otro:

- i) pareciera adecuado potenciar el rol de la autogestión colectiva, local de las aguas como recurso común; y
- ii) el mejor modo de resolver la conflictividad hiperespecializada de las aguas, es crear un tribunal o panel de expertos también especial.

### 5.3. Fortaleciendo la distribución de las aguas: autogestión de un recurso común

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

Las juntas de vigilancia están integradas por los usuarios y uno de los principales desafíos, para llevar a cabo una adecuada autogestión de las aguas, es el fortalecimiento de sus facultades. Algunas tareas puntuales:

- i) **Modificaciones normativas.** El rol que cumplen las juntas de vigilancia debe estar dotado de un desarrollo legislativo más específico y adecuado. Por lo tanto, cabe plantearse la posibilidad de reestructurar el Código de Aguas, estableciendo detalladamente las facultades e importancia de estas organizaciones de usuarios. Actualmente su regulación está llena de reenvíos a las reglas relativas a las comunidades de aguas, lo que constituye una inconveniente técnica legislativa; y tal inconveniencia se ve acentuada por la innegable y marcada distinción que se da entre las juntas de vigilancia y los otros tipos de organizaciones de usuarios de aguas.
- ii) **Incorporación de derechos de aprovechamiento no consuntivos y aguas subterráneas.** Otra de las vías para fortalecer las facultades de las juntas de vigilancias, que no implica una modificación legal, es cambiar desde ya la práctica que se ha mantenido hasta la fecha de excluir los derechos de aprovechamiento no consuntivos y los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas de la jurisdicción de las juntas de vigilancia.

#### 5.4. Para poner fin a una creciente conflictividad: creación de tribunales especializados de aguas

En cuanto a la conflictividad en materia de aguas, hoy los conflictos están concentrados:

- i) en la constitución de nuevos derechos de aguas;
- ii) en la regularización de los antiguos derechos de aguas;
- iii) en algunos casos, en la gestión conjunta de aguas para riego e hidroelectricidad.

Estos conflictos no deben ser trasladados a las organizaciones de usuarios, y es notoria la ausencia de una instancia especializada de resolución de conflictos en materia de aguas (un panel de expertos o un tribunal de aguas).

Todos esos conflictos son de alta complejidad técnica (disponibilidad de las aguas y distribución), para lo cual los tribunales ordinarios, integrados solo por abogados, han demostrado poca racionalidad o incapacidad en su resolución. Se necesita un panel de integración multidisciplinario para una mejor resolución. Esta fue, por lo demás, una de las más relevantes y firmes conclusiones de un reciente estudio del Banco Mundial (2011) y del Gobierno de Chile (DGA) sobre la gestión de las aguas.

Con la finalidad de resolver esta situación, además de otros inconvenientes graves que se manifiestan hoy en el tratamiento judicial de los asuntos de aguas, se vislumbra como necesaria la creación de tribunales especializados en esta materia.

#### Referencias

- Hardin, G.**, 1968. The Tragedy of the Commons. *Science, New Series*, 162 (3859), 1243-1248.
- Ostrom, E.**, 1990. *Governing the Commons. The evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge University Press.
- Banco Mundial**, 2011. *Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos*. Informe disponible en: [www.dga.cl](http://www.dga.cl)
- Vergara, A.**, 2010. *Diagnóstico de problemas en la gestión de recursos hídricos: aspectos institucionales para una futura propuesta de modificaciones legales, reglamentarias y/o de prácticas administrativas*. Informe preparado para el Banco Mundial, para el diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. Santiago, Chile (en prensa).



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE



CENTRO DE  
**POLÍTICAS  
PÚBLICAS UC**

[www.politicaspublicas.uc.cl](http://www.politicaspublicas.uc.cl)  
[politicaspublicas@uc.cl](mailto:politicaspublicas@uc.cl)

**SEDE CASA CENTRAL**

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 324, piso 3, Santiago.  
Teléfono (56-2) 2354 6637.

**SEDE LO CONTADOR**

El Comendador 1916, Providencia.  
Teléfono (56-2) 2354 5658.

**CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC**

- Facultad de Arquitectura, Diseño y Estudios Urbanos • Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas
- Facultad de Ciencias Sociales • Facultad de Derecho • Facultad de Educación
- Facultad de Historia, Geografía y Ciencia Política • Facultad de Ingeniería • Facultad de Medicina