

MEDIOS LEGALES DE ARMONIZACION DE LOS ANTIGUOS Y NUEVOS USOS DEL AGUA CON LAS EXIGENCIAS MEDIOAMBIENTALES: EL CASO DE ESTADOS UNIDOS Y DE CHILE(*)

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

*Profesor de Derecho de Aguas
Pontificia Universidad Católica de Chile*

RESUMEN

Este trabajo tiene dos partes. En la primera, siguiendo una actualizada exposición sobre la situación del derecho de los Estados Unidos de América (EE.UU.), se ofrece un repaso de derechos de aguas norteamericano, analizado desde la perspectiva del Código Californiano, en que se exponen los límites de los derechos de aguas de frente a las exigencias medioambientales. Como es normal en el derecho de los EE.UU., esta exposición se hace sobre la base de casos. En la segunda parte se efectúa una síntesis del caso chileno en cuanto a caudales mínimos o ecológicos, exponiendo cómo la legislación chilena (DL 2.603, de 1979, y Código de Aguas, de 1981), por un lado, contempla nuevas reglas e introduce los instrumentos necesarios para posibilitar una libre transferibilidad de los títulos privados de aguas, y por otro, también contempla reglas de defensa del medio ambiente, en especial a partir de 1997, en que comienza a regir la Ley 19.300, sobre bases generales del medio ambiente. Estos dos cuerpos legales deben ser armonizados para comprender la situación de este nuevo "usuario" de las aguas: el medio ambiente. A la luz de estas normas, en este trabajo se ofrece el análisis de las posibilidades que otorga el derecho chileno para el establecimiento de los denominados caudales mínimos o ecológicos, que es la forma general de preservación del medio ambiente en materia de aguas (además de la defensa de su contaminación). Dado que estos caudales mínimos o ecológicos implican, en definitiva, una limitación a los antiguos y a los nuevos usos de aguas, ya sean agrícolas, industriales o sanitarios, el autor intenta describir el modo de armonización de tales usos con las limitaciones ambientales y su legitimidad ante el derecho chileno vigente.

SUMARIO

I/LA ARMONIZACIÓN DE LAS EXIGENCIAS DEL MEDIO AMBIENTE DE FRENTE A LOS USOS PRODUCTIVOS DEL AGUA EN LOS EE.UU. 1. *Tres conflictos entre usos tradicionales del agua y el respeto de las necesidades hídricas del medio ambiente en los EE.UU.* a) Caso 1: El conflicto del río Grande en Nuevo México (o el mejor camino hacia el fracaso). b) Caso 2: El conflicto del río Snake en Idaho (o cómo evitar el fracaso). c) Caso 3: El conflicto del río Platte en Nebraska-Wyoming-Colorado (o cómo llegar al éxito). 2. Derechos de aguas y medio ambiente en la jurisprudencia de EE.UU. a) Del riego al medio

(*) Una primera versión de este trabajo fue presentada en el "II Rosenberg International Forum on Water Policy", Barcelona, octubre 3-5, 1999 (vid. nota siguiente). Dada la variedad de lectores a los que está dirigido este trabajo (extranjeros, en el caso del foro señalado; y profesionales de distintas especialidades, en el caso de estas II Jornadas), para el caso chileno, resumo aspectos básicos de nuestra legislación de aguas vigente, tomados de trabajos anteriores del autor.

ambiente: panorama de la evolución del uso del recurso agua. b) De la lucha judicial a la cooperación negociada: puesta al día de las formas de armonizar los usos del recurso agua. c) De la negociación forzada a la negociación voluntaria: pauta para una armonización exitosa.

II/LA ARMONIZACIÓN DE LAS EXIGENCIAS MEDIOAMBIENTALES CON LOS USOS PRODUCTIVOS DEL AGUA ANTE EL SISTEMA LEGISLATIVO CHILENO. 1. *La propiedad de los derechos de aguas y el mercado: la rigidez y la flexibilidad de los derechos en el sistema legal vigente en Chile.* a) Definición y protección de los derechos de aguas: cantidad de agua/protección/intangibilidad. b) Libertad de uso y de transferencia de derechos de aprovechamiento de aguas. c) El papel del Estado 2. *Del mercado de las aguas a las externalidades medioambientales: la búsqueda de un principio jurídico que limite las transacciones, sin quebrantar la propiedad, pero preservando el medio ambiente.* 3. *El otorgamiento de nuevos derechos de uso "limitado por la ecología" de frente a antiguos derechos de uso "no limitado por la ecología: ¿son todos los derechos, antiguos y nuevos, obligados a respetar la naturaleza? Estatuto jurídico de la fijación de caudales mínimos o ecológicos.* a) Los planes de manejo como instrumento válido para fijar caudales mínimos o ecológicos. b) Los caudales mínimos o ecológicos constituyen una limitación general y no individual. CONCLUSIONES.

I. LA ARMONIZACIÓN DE LAS EXIGENCIAS DEL MEDIO AMBIENTE DE FRENTE A LOS USOS PRODUCTIVOS DEL AGUA EN LOS EE.UU.

Para comparar las realidades de los EE.UU. y Chile, al respecto, ofrezco un resumen de una actualizada exposición sobre el tema de Joseph Sax¹, cuya temática general es el derecho de aguas y el derecho del medio ambiente y, en especial, los conflictos entre los usos agrícolas (riego), industriales y sanitarios (bebida humana) del agua y la preservación del medio ambiente (la biodiversidad) ante la jurisprudencia de los EE.UU.

El trabajo del profesor Sax consiste, en síntesis, en un repaso del derecho de aguas norteamericano analizado desde la perspectiva del Código Californiano, en especial de los límites de los derechos de aguas considerados como derechos de propiedad, y tres estudios de casos atinentes al tema, de donde extrae las consecuencias jurídicas que ofrece.

Luego de una breve introducción al derecho de aguas norteamericano, y de un análisis

de los títulos de aguas como derechos de propiedad o como derechos contractuales, ofrece el profesor Sax una interesante exposición de tres casos relativos a ríos de los estados de Idaho, Nuevo México y Nebraska-Colorado-Wyoming que permiten visualizar cómo se enfrentan y se resuelven, con mayor o menor éxito y rapidez, según el caso, los conflictos sobre derechos de aguas en EE.UU.

1. Tres conflictos entre usos tradicionales del agua y el respeto de las necesidades hídricas del medio ambiente en los EE.UU.

En estos tres casos se pone de relieve la variedad de las soluciones posibles. Son los siguientes²:

a) Caso 1: El conflicto del río Grande en Nuevo México (o el mejor camino hacia el fracaso)

Es el caso menos alentador para la armonización de los usos agrícolas y las necesidades de agua para preservar el ambiente. El contexto es el siguiente:

La cuenca del río afectado es grande y su caudal natural es pobre. El río está completa-

¹ Este trabajo de J. Sax, que aquí resumo y comento, titulado "Legal Means of Harmonizing Agricultural and Environmental Uses of Water", fue presentado como ponencia al "II Rosenberg International Forum on Water Policy": "Harmonizing uses of water worldwide", Barcelona, 3-5 octubre de 1999. El autor, en tal oportunidad actuó de Respondent de tal trabajo; respuesta que, con modificaciones formales, es la que se ofrece aquí. Agradezco la colaboración de Marie Laure Martínez en el resumen señalado.

² El orden de su exposición es distinto al original; asimismo, no están en el original los textos de los subtítulos que se señalan entre paréntesis.

mente "apropiado" (esto es, con derechos de aguas) y la especie animal en peligro debido a la degradación de su hábitat es el alevín plateado, pez cuyo escaso valor tanto económico como "sentimental" (en términos de opinión pública) pesó negativamente en la búsqueda de una solución.

La comunidad de regantes muestra una mala voluntad abierta, y los grupos ecologistas, a su vez, demuestran bastante intransigencia. Ambas partes no han desechado todavía la vía judicial, aunque existen soluciones técnicas a su disposición para cumplir con las exigencias de la ley sobre especies protegidas y respetar los derechos adquiridos, tales como la modernización de las instalaciones de riego, la modificación del ritmo de entregas de agua desde los embalses situados río arriba y el incremento de estas por partes de las autoridades federales. En la actualidad, el problema consiste en cómo atraer a los interesados a la mesa de negociación.

b) Caso 2: El conflicto del río Snake en Idaho (o cómo evitar el fracaso)

Es un caso detallado con mucha profundidad por el profesor Sax, y que nos da a entender muy bien toda la complejidad y la sensibilidad de esos casos en general y de este en particular.

La cuenca del río Snake cubre varios estados, pero su caudal natural es "rico". A raíz de un informe pericial de los biólogos federales se demostró el grave perjuicio causado a la migración de los salmones (un animal "carismático", como lo acota el profesor Sax). El gobierno federal pudo aumentar los caudales mínimos con agua que tenía almacenada en exceso. El conflicto surgió precisamente a partir de esta solución, dado que los regantes y la municipalidad argumentaron que tenían un derecho adquirido a esta agua para sus futuras necesidades. No obstante, ambas partes superaron su renuencia a negociar.

El aumento de los caudales necesarios para la migración de los salmones fue posible a través de arreglos temporales concluidos desde 1991, según la ley estatal, en los cuales el gobierno federal se comprometió a comprar derechos de aguas existentes y renovar su autorización estatal para realizar tales entregas año a año.

c) Caso 3: El conflicto del río Platte en Nebraska-Wyoming-Colorado (o cómo llegar al éxito)

Es el tercer y más alentador de los casos examinados por el profesor Sax. La cuenca del río Platte es grande y su caudal natural relativamente pobre. Una crisis medioambiental involucrando cuatro especies animales era inminente y hacía 70 años que los tres estados luchaban por el agua.

Las partes negociaron un acuerdo de cooperación que abarca toda la cuenca e incluye un programa de restauración de los hábitat naturales, basados en informes periciales de biólogos, de aplicación casi inmediata y de una duración de ocho años, para la primera parte del plan. No se trata verdaderamente de un plan obligatorio, pero los incentivos para cumplir las obligaciones que establece son muchas. La aceptación del plan se hizo sin perjuicio de los litigios pendientes de los estados en la materia y resguardando la soberanía de cada estado, aunque bajo una fuerte presión del gobierno federal.

Según la fase llamada de "primer incremento", los estados se han comprometido a tomar todas las medidas necesarias para respetar los usos antiguos y que permitan aumentar los caudales mediante -por ejemplo- el almacenaje de agua en una cuenta medioambiental en años de abundancia, para su entrega en tiempos de escasez y de sequía.

2. Derechos de aguas y medio ambiente en la jurisprudencia de EE.UU.

A partir de la temática general que se plantea en los tres casos expuestos por el profesor Sax, me referiré al fondo del problema planteado por él ante la jurisprudencia de los tribunales de EE.UU.

Los tres casos planteados por el profesor Sax nos permiten los siguientes comentarios, tomando en cuenta únicamente la realidad de los EE.UU.:

a) Del riego al medio ambiente: panorama de la evolución del uso del recurso agua

¿Para qué sirve el agua? Históricamente, el uso más antiguo del agua, además de la bebida y usos domésticos, es el regadío. El riego es el

uso principal, primordial, económicamente muy valioso, y para defenderlo la gente (los agricultores) está lista para "pelear", y muy fuerte. Es además el uso más intensivo del agua, y a ojos de los técnicos, el que "derrocha" más el agua.

En EE.UU., con el desarrollo de las grandes ciudades, incluso en el Oeste árido, el agua empezará a usarse para fines sanitarios. El profesor Sax da el ejemplo del proyecto de extensión de la ciudad de Denver y muestra la enormidad de los montos involucrados.

En EE.UU., se reconoció legalmente que el medio ambiente necesita agua para mantenerse, a través de la Ley sobre Especies Protegidas³. Aunque no lo precisa el profesor Sax, el llamado "uso" medioambiental sería un "uso" distinto de los anteriores: el medio ambiente no es una persona jurídica⁴. Pero el autor muestra la importancia de las presiones que ejercen en EE.UU. los grupos ecologistas para que se garantice este nuevo "uso" de la naturaleza.

b) *De la lucha judicial a la cooperación negociada: puesta al día de las formas de armonizar los usos del recurso agua*

Lo que hace el profesor Sax en su trabajo, es describir el conflicto entre, por una parte, los usos productivos (agrícolas, fundamentalmente, sin olvidar los usos sanitarios e industriales), ejercidos por los estados y sus ciuda-

danos y, por otra parte, el nuevo "uso" (de la naturaleza), garantizado por la ley aludida y llevado a cabo por el gobierno federal, en el contexto del Oeste árido.

En ese sentido, su trabajo es particularmente valioso, al constituir una puesta al día muy completa y didáctica de los casos que el profesor Sax analiza en su conocido tratado⁵, libro en el que menciona los primeros intentos legislativos estatales de organizar un uso desde el mismo caudal con vistas a proteger los ecosistemas, evitando la discusión tradicional en torno a la desviación y captación del agua como requisito esencial para que se perfeccione la apropiación de las aguas.

El trabajo del profesor Sax también tiene la ventaja de profundizar, desde el punto de vista práctico, los planteamientos desarrollados por él en otros trabajos anteriores⁶, relativos a la efectiva limitación que, al derecho de propiedad garantizado en la Constitución de los Estados Unidos, implican en realidad todos los nuevos marcos regulatorios relativos al uso de los recursos naturales. Es, en fin, un complemento al trabajo presentado por David Getches en el Primer Foro Rosenberg, en San Francisco en 1997, sobre la resolución de tensiones entre las demandas agrícolas, municipales, industriales y ecológicas⁷.

Si bien el título del trabajo del profesor Sax se refiere a los medios "legales" de armonizar ambos tipos de usos, desde un inicio demuestra el autor que pese a que la Ley sobre Especies Protegidas prevé un sistema de consultas que constituye el único núcleo normativo en la materia, no existen en verdad aun instrumentos jurídicos específicos que reemplacen las inadecuadas reglas tradicionales de interpretación jurídica. Por eso, tomando en cuenta la gran renuencia del Gobierno Federal a litigar sobre casos de esta índole, concluye el autor

³ El autor es, por otra parte, cuidadoso en señalar que esta Ley sobre Especies Protegidas no es la única legislación medioambiental vigente con la cual los derechos de aguas de los regantes, de los industriales o de las municipales pueden entrar en conflicto. Es posible citar el caso de la Ley Agua Limpia, de 1972, del sistema nacional de eliminación de los residuos contaminantes (NPDES) y de otros estatutos en relación con el medioambiente. Vid. GETCHES (D. H.): *Water law in a nutshell* (West Publishing Co. 3ª edición, 1997, y especialmente pp. 379, 380, 388).

⁴ Se trata en verdad de un uso negativo, o, como lo desarrollo en el segundo apartado de este trabajo, es un límite o umbral más allá del cual el caudal está indisponible. En efecto, los usos agrícolas, industriales y sanitarios no deben acaparar toda el agua de los caudales, pues ello puede llevar a la destrucción de los hábitat naturales de toda la flora y la fauna, y el medio ambiente padece de ello, y se espera que, a la larga, el hombre también. Este "uso" ecológico a primera vista no produce ganancias financieras medibles de la misma manera que los tres anteriores.

⁵ SAX (J.) et al.: *Legal control of water resources, Cases and materials* (American Casebook Series, West Publishing Co., 1991, y especialmente p. 152).

⁶ SAX (J.): *Takings, Private Property and Public Rights* (The Yale Law Journal, 1971, vol. 81, N° 2, pp. 149-186).

⁷ Vid. Getches, David: *Sectoral conflicts over water: Resolving tensions among agricultural, municipal and industrial, and ecological demands*, Proceedings of the First Biennial Rosenberg International Forum on Water Policy, en 1997, pp. 35-48. Vid. resumen en: *Revista de Derecho de Aguas*, vol. IX (1998), pp. 334-335

que el único medio de armonización es la negociación, con armas sociológicas y fácticas mucho más que jurídicas.

c) *De la negociación forzada a la negociación voluntaria: pauta para una armonización exitosa.*

El profesor Sax termina proponiendo una pauta para la resolución de dichos conflictos, que se inspira en la práctica descrita. Esta pauta completa útilmente los casos judiciales citados por él en su tratado, y en especial el fallo *Hudson County Water Co. v. Mc Carter*, resuelto en 1981 por el juez Holmes de la Corte Suprema. Este último formuló tempranamente el principio que nos parece soslayar todo el método de resolución propuesto por el profesor Sax. En tal sentencia se decía:

"Pocos intereses públicos son más obvios, indiscutibles e independientes de toda teoría particular que el interés público de un estado a preservar la sustancia de los caudales de los ríos que no superan sus fronteras, salvo mediante textos jurídicos que emanen de él, como guardián del bienestar público, que permitan hacer de dichos ríos un uso más beneficioso. (...) (Nosotros) opinamos que la propiedad privada de los propietarios ribereños no puede arraigarse más profundamente (...).

El derecho de los privados a apropiarse está sujeto no solamente a respetar los derechos de los propietarios río abajo, sino también a la limitación inicial que no se puede disminuir sustancialmente uno de los fundamentos más grandes del bienestar público y de la salud"⁸.

Otro caso importante explicado en el trabajo del profesor Sax, y detallado en su tratado, es el asunto del lago Mono, decidido por la Corte Suprema de California en 1983, *National Audubon Society v. Superior Court of Alpine County*⁹, el cual tuvo repercusiones en el caso del delta de California¹⁰ y en el conflicto del

embalse de Two Forks (Dos Tenedores)¹¹, también mencionado en el tratado, y cuyos últimos desarrollos se dan a conocer en el trabajo que ahora nos presenta el profesor Sax.

Estos casos judiciales permiten comprobar que son los estados (como Idaho por ejemplo, que ha tenido que recurrir a las cortes de justicia para hacer prevalecer su concepción en materia de aguas), los que pueden tener más propensión o capacidad para llevar a cabo y resolver los conflictos entre los usos tradicionales y el "uso" medioambiental de las aguas.

II. LA ARMONIZACIÓN DE LAS EXIGENCIAS MEDIOAMBIENTALES CON LOS USOS PRODUCTIVOS DEL AGUA ANTE EL SISTEMA LEGISLATIVO CHILENO

¿Qué podemos decir del problema de armonizar las exigencias medioambientales con los usos productivos del agua ante el derecho chileno? Debo dejar en claro desde luego las grandes diferencias que existen entre el sistema legal de EE.UU. y el sistema legal chileno, dado que nuestro sistema hunde sus raíces en el derecho europeo (en especial el derecho antiguo español y francés).

La cuestión que se plantea es la siguiente:

- por una parte, con cada vez mayor fuerza todos hemos adquirido conciencia de la importancia de los valores de preservación del medio ambiente, y ello ha infiltrado a los sistemas legales, que establecen mecanismos para su cuidado, y uno de esos mecanismos es la fijación de los llamados caudales "mínimos" o "ecológicos";
- pero, por otra, esos mecanismos se han encontrado en la práctica con la siguiente realidad incontestable: en los ríos chilenos los derechos para el uso del agua están otorgados, y en tal cantidad, a los privados (ya sea para usos agrícolas, industriales o sanitarios), que permiten incluso un uso de tal manera intensivo que pueden llegar a "secar los cauces"¹²

⁸ SAX (J.) *et al.*: ob. cit. p. 574.

⁹ SAX (J.) *et al.*: ob. cit. p. 578-587.

¹⁰ SAX (J.) *et al.*: ob. cit. p. 590.

¹¹ SAX (J.) *et al.*: ob. cit. p. 596.

¹² La expresión consta en el siguiente documento oficial: DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, Política Nacional de Recursos Hídricos (Santiago, julio de 1999), que señala:

Aun, si consideramos solo los antiguos derechos ya otorgados en algunos ríos, sus titulares discuten entre sí por prioridades de uso o por repartos porcentuales de la poca agua que escurre, hasta su agotamiento. Entonces, ¿qué podremos decir de aquellos interesados en obtener nuevos derechos de aguas? ¿Es prioritaria la naturaleza frente al interés de un nuevo usuario agrícola, industrial o sanitario? ¿Qué ocurrirá durante las sequías? A lo mejor en los países desarrollados la respuesta es más evidente, pero en un país como Chile, que busca un acelerado desarrollo, la respuesta tiende a contaminarse con las necesidades sociales. ¡La necesidad muchas veces no nos detiene a hacer tantas consideraciones hacia la naturaleza!

Al respecto, para conocer la respuesta del sistema legal chileno al conflicto uso productivo/"uso" del medio ambiente del agua, debemos tener presente que existe desde 1981, con gran fuerza, una garantía constitucional que otorga el derecho de acceso a los derechos de aguas, esto es, el derecho a obtenerlos, y una gran libertad de transferibilidad de los derechos de aguas. El sistema deja entregadas las decisiones en cuanto a la reasignación de los usos del agua de manera atomizada, libre y descentralizada a todos los titulares de derechos, quedando la autoridad con un margen de acción muy reducido (1), lo cual si bien puede dar una gran flexibilidad a los traspasos de derechos, pero al mismo tiempo puede producir ciertas externalidades de frente al medio ambiente, las que no serán consideradas por los vendedores y compradores de derechos de aguas, a menos que existan definiciones legales que las consideren y limiten tales transacciones en ese sentido. Y estas limitaciones, como diré más adelante, no están claramente diseñadas en las leyes chilenas vigentes (2). En fin, una vía actual que ha explorado el ente que administra las aguas en Chile, es la definición individual de caudales mínimos a respetar por los nuevos titulares de derechos de aguas. No obstante, ello se contrapone con el sistema que al respecto contempla la legislación medio am-

biental vigente, la cual no ha sido aplicada en este sentido, por lo que no se ha transformado en medidas concretas (3).

Me referiré brevemente a estos tres aspectos, con lo que podré ofrecer, creo, una visión panorámica del problema de los caudales mínimos o ecológicos frente al vigente derecho chileno de aguas.

1. La propiedad de los derechos de aguas y el mercado: la rigidez y la flexibilidad de los derechos en el sistema legal vigente en Chile¹³

En 1979 y 1981 se ha establecido en Chile un nuevo sistema de derechos de aguas basado en ciertas características principales, el que consagra una gran protección de los derechos antiguos (a), una libertad de uso y de transferencia de los derechos de aguas (b) y un papel del Estado muy restringido al respecto (c).

a) Definición y protección de los derechos de aguas: cantidad de agua/protección/intangibilidad.

Como consecuencia de la aplicación de un sistema general de protección a las titularidades privadas (Constitución de 1980), en el sector se ha producido un reforzamiento de los derechos privados dirigidos al aprovechamiento de las aguas, lo que ha brindado protección tanto a los derechos concedidos por el Estado (constituidos) como a los consuetudinarios (reconocidos por este)¹⁴.

Si bien las aguas son consideradas bienes públicos ("bienes nacionales de uso público", en la terminología legislativa chilena), los par-

"Respecto de las aguas superficiales, de la VIII región al Norte [más de la mitad del país, desde el punto de vista productivo], cabe recordar que los derechos de aprovechamiento existentes permiten secar los cauces, ya que fueron constituidos en una época en la cual se daba poca importancia a los temas ambientales" (punto 3.2.6, pág. 9). Véase tal documento en el Anexo de estas Actas.

¹³ Ofrezco aquí un esquema en lo atinente al tema; para un desarrollo más amplio véase: Carl Bauer, *Against the current? Privatization, markets, and the state in water rights: Chile 1979-1993* (Tesis PH.D. University of California at Berkeley, 1995); Luis Simón Figueroa del Río, *Asignación y distribución de las aguas terrestres* (Santiago, 1995); y el trabajo del autor que se cita en nota 15.

¹⁴ Haciendo un símil con la situación de los derechos de aguas en los EE.UU., en general, podemos decir que los derechos de aguas que en Chile llamamos "constituidos", se asemejan más al sistema de apropiación prioritaria (*prior appropriation*); y los que llamamos en Chile derechos "consuetudinarios", tienen un origen similar que los derechos ribereños de los EE.UU.

ticulares ostentan un "derecho de aprovechamiento" sobre las aguas, derecho éste que tiene las mismas garantías constitucionales de la propiedad. En virtud de este derecho los particulares pueden usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas a su entera libertad. El titular del derecho de aguas puede separar el agua del terreno en que se estaba usando primitivamente, esto es, puede transferir libremente su derecho, en forma separada de la tierra, para que el nuevo titular pueda utilizar las aguas en cualquier otro sitio de la cuenca, sin perjuicio de las autorizaciones posteriores para construir las nuevas obras de captación y de derechos de terceros.

b) Libertad de uso y de transferencia de derechos de aprovechamiento de aguas

El titular de un derecho de aguas puede usarlas para cualquier destino (que, en su caso, no tiene que ser necesariamente el uso primitivamente asignado), posibilitando libres cambios de uso de las aguas (por ej., de agricultura a sanidad, o viceversa).

Se consagra así una total libertad para el uso del agua a que se tiene derecho y los particulares pueden destinar las aguas a las finalidades o tipos de uso que deseen. Y esta libertad es permanente, debido a que no es necesario que al solicitar los derechos los particulares justifiquen uso futuro alguno; tampoco es necesario que en las transferencias de derechos de aguas se respeten los usos antiguos y las aguas pueden cambiar libremente su destino. No se privilegia ningún uso sobre otro. Así, al momento de otorgar derechos nuevos, no hay preferencias legales de unos usos sobre otros. Si al momento de solicitarse las aguas, simultáneamente existen varios interesados, la autoridad no puede privilegiar a ningún solicitante sobre otro, sino que la legislación ha recogido un mecanismo de "mercado" y debe llamarse a un remate público, con el objeto de que sean los propios agentes privados los que, a través del libre juego de la oferta y la demanda, busquen la "asignación" más eficiente, favoreciendo a aquel que ofrezca los mejores precios. Entonces, la creación de los derechos de aguas, en la hipótesis de varios interesados, no la decide la administración, sino los propios interesados a través de sus ofertas.

c) El papel del Estado

El organismo público encargado de la administración y planificación de las aguas, esto es la Dirección General de Aguas, está obligado a otorgar nuevos derechos de aguas a nuevos peticionarios una vez que se reúnan los requisitos legales. En especial, si se constata la existencia de caudales no otorgados previamente a otros particulares, la autoridad no puede negarse a otorgar esos nuevos derechos de aguas sin infringir una garantía constitucional que protege el derecho de los particulares al acceso a la propiedad, esto es, aquella que les garantiza el derecho a llegar a convertirse en propietarios (en este caso, de derechos de aguas) (Art. 19 N° 23 Const.).

En fin, si bien existe tal organismo público encargado de constituir (crear) los derechos de aguas, de la policía y vigilancia del recurso, de autorizar las construcciones de obras, de supervigilar a las organizaciones de usuarios y de planificar el recurso, sus facultades son más bien limitadas, y no puede introducirse ni en la distribución de las aguas (que se realiza descentralizadamente por las organizaciones de usuarios) ni puede resolver los conflictos de aguas (que se solucionan, antes que nada, por las propias organizaciones de usuarios o por los tribunales de justicia). En ningún caso puede introducirse este organismo público en las transacciones de derechos de aguas que se llevan adelante libremente entre los usuarios, aun cuando ellas pudiesen producir "externalidades", esto es, perjuicios a terceros o al entorno, resultados estos no esperados en la adecuada "asignación del recurso" (otorgamiento de nuevos derechos) y no previstos por los actores de las transferencias de derechos de aguas ("reasignación" del recurso). La única instancia en que la Dirección General de Aguas podría introducir algunas obligaciones al respecto, hoy en día, es durante la tramitación (posterior a una transferencia de derechos de aguas) de la autorización para construir en el lecho del río la nueva obra de captación; pero ello es limitado, pues como se dirá más adelante, no existen facultades legales otorgadas expresamente para tal organismo administrativo.

Una vez revisado este contexto general, veremos ahora las dos instancias de posible fijación de caudales ecológicos: durante las tran-

saciones de derechos y durante la creación de nuevos derechos.

2. Del mercado de las aguas a las externalidades medioambientales: la búsqueda de un principio jurídico que limite las transacciones, sin quebrantar la propiedad, pero preservando el medio ambiente

Como he señalado en una ocasión anterior¹⁵, una de las críticas importantes a la libre transferencia de derechos de aguas (para el caso que su ejercicio implicará un traslado físico del punto de captación de las aguas respectivas) es que produce "externalidades"¹⁶ ambientales, esto es, un mercado sin control puede producir problemas en el ecosistema, pues normalmente quienes transfieren derechos no consideran estos costos. La preservación del ambiente también está relacionada con las "asignaciones" (creación de derechos nuevos) que el Estado realiza permanentemente (lo que será revisado en seguida). En otras palabras, pareciera que en nuestro sistema legal no toda el agua de los sistemas hídricos queda sujeta a las "fuerzas libres del mercado", pues debe respetarse un "flujo mínimo" en los sistemas respectivos, de tal manera que se respete la vida acuática y terrestre que se desarrolla a su rededor.

Es razonable, y esto se deriva de la nueva Ley N° 19.300, de 1994, sobre Bases del Medio Ambiente. En el fondo, desde el punto de vista jurídico, lo que surge es una limitación legal al otorgamiento de nuevos derechos, o una limitación a las transacciones; en este último caso, respetando la esencia de la libertad de transferencia: solo regulando su ejercicio (art. 19 N° 26 de la Constitución), sin imponer condiciones o requisitos que impidan la transferencia, sino solo limitaciones.

Es adecuado establecer regulaciones, pues la falta de un contenido físico mínimo de agua corriente no solo impide el "uso público" *in situ* (esencial en esta categoría de bienes, según su propia definición legal: las aguas son bienes nacionales de "uso público", señala el artículo 5° del Código de Aguas), sino que un agotamiento físico del recurso en el cauce natural, una sobreexplotación, más que una resignación transitoria beneficiosa para la sociedad, en definitiva, es una pérdida permanente de ecosistemas.

Es posible encontrar en nuestro ordenamiento jurídico principios y disposiciones que obliguen legalmente a dejar alguna "corriente", un caudal mínimo, que signifique mantener la condición de río¹⁷, concepto este que es posible obtener del artículo 3° del Código de Aguas: pues si no hay agua corriente, no hay ciclo hidrológico (*aqua profluens*, como decían los romanos). Cuando ocurre el agotamiento de un acuífero subterráneo, por sobre explotación y por falta de sobrecarga suficiente del mismo, o al provocarse el agotamiento físico de una corriente, se produce, al mismo tiempo, una pérdida de una riqueza que corresponde preservar¹⁸.

Entonces, el llamado que realiza la naturaleza es razonable: tenemos que establecer límites a la creación y transferibilidad de derechos de aguas: su límite es la existencia del río como tal, y eso -jurídicamente- se da mientras haya "corriente" (*profluens*), en virtud de la definición consagrada en el artículo 3° del Código de Aguas, que exige que las aguas siquiera afluyan. El texto de tal artículo, central en el derecho de aguas, es el siguiente:

"Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoyo hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente."

¹⁵ Vergara Blanco, Alejandro: "La libre transferibilidad de los derechos de agua. El caso chileno", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 (1997) N° 2, pp. 369-395 (ahora como capítulo 8, de mi libro *Derecho de Aguas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, tomo 1, lo pertinente en pp. 278-279).

¹⁶ El término económico "externalidades" debemos comprenderlo, jurídicamente, como aquellos efectos, prácticos y jurídicos, que son exteriores a la transacción privada, y se producen como resultado indirecto de la misma.

¹⁷ Vid. un intento por interpretar el derecho de aguas chileno a partir de la realidad de que cada río origina el principio de la unidad de la corriente, esto es, acercándose a los conceptos geográficos de cuenca hidrográfica, en: Alejandro Vergara Blanco, *El principio de la unidad de corriente*, en "Revista de Derecho de Aguas", vol. 8 (1997), pp. 41-50, incorporado en el libro "Derecho de Aguas" (1998), tomo 1, pp. 239-256.

¹⁸ Incluso se ha desarrollado el concepto de *river continuum*, para demostrar que cada río constituye una unidad. Ver: Campos, Hugo, *Alteraciones ecológicas por disminución del caudal de un río*, en: "Origen, uso y perspectivas del río Bío-Bío" (Concepción, 1988), tomo I, p. 81.

La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente".

¿Qué mecanismo utilizar? Como en los otros casos de externalidades, debieran regularse las transacciones "relevantes", pues el problema es el siguiente: las transacciones de derechos de aguas, separados de la tierra, implican necesariamente un traslado físico de las captaciones, y los caudales ya no se captarán en el lugar antiguo, sino en uno nuevo, y eso no solo es fuente permanente de conflictos con los demás usuarios del río¹⁹, sino puede producir un efecto negativo en el medio ambiente por el descenso local de los caudales del río.

Pero no solo debe pensarse en las externalidades que producen las transferencias de derechos, sino que también debe pensarse en los problemas medioambientales que se produce ante el sistema legal de derechos de aguas, a raíz del otorgamiento de nuevos derechos: así, por un lado, parece la ley "obligar" al ente estatal que administra el recurso a otorgar "toda" el agua existente en los ríos para el uso de los privados, para usos productivos, aun cuando con ello "seque los cauces"; y por otro, establece el sistema legal algunas definiciones de preservación de caudales mínimos. Esta aparente contradicción ha originado problemas en el actual sistema chileno, como reviso a continuación.

3. El otorgamiento de nuevos derechos de uso "limitado por la ecología" de frente a antiguos derechos de uso "no limitado por la ecología": ¿son todos los derechos, antiguos y nuevos, obligados a respetar

la naturaleza? Estatuto jurídico de la fijación de caudales mínimos o ecológicos²⁰

Ante estas exigencias naturales, habitualmente la Dirección General de Aguas, al conceder un nuevo derecho de aprovechamiento de aguas a particulares, en los últimos años ha venido estableciendo para cada caso caudales mínimos o ecológicos que deberán ser respetados por los titulares al ejercer su nuevo derecho²¹. Desde luego, ha resultado polémica esta actitud estatal, y es discutible la legitimidad de las cláusulas administrativas que en un título de derecho de aguas específico establecen un caudal mínimo o ecológico (a). Además, es perceptible un importante efecto práctico que, en el ejercicio del nuevo derecho de aprovechamiento de aguas, tiene la resolución constitutiva de la Dirección General de Aguas que contempla un caudal ecológico individual: origina una desigualdad con los derechos antiguos, los que no tienen a su respecto exigencia administrativa alguna (b).

a) *Los planes de manejo como instrumento válido para fijar caudales mínimos o ecológicos*

Como adelanté, la Dirección General de Aguas, habitualmente, a través de resoluciones en las que constituye derechos de aprovechamiento de aguas, fija individualmente caudales mínimos o ecológicos, en cláusulas, por ejemplo, del siguiente tenor:

La titular del derecho de aprovechamiento deberá dejar pasar aguas abajo del punto de captación

¹⁹ Véase un conflicto (originado en una transferencia y posterior traslado de las captaciones) entre usuarios, que resuelve la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de abril de 1999 (caso: "Asociación de Canales Calle Larga y Pocolcha; con Asociación Canal Mauco"), que legitima el traslado del ejercicio de derechos de aguas a un lugar situado en una sección distinta del río. Vid. sentencia y comentario del autor: *Traslado del ejercicio de derechos de aguas, seccionamiento de corrientes naturales y libre transferibilidad*, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26 N° 3 (1999), pp. 745-751.

²⁰ Resumen, en esta parte, algunos párrafos de mi trabajo anterior. *Estatuto jurídico de la fijación de caudales mínimos o ecológicos*, en: "Revista de Derecho Administrativo Económico", vol. I, N° 1 (1999), p. 127 y ss.

²¹ Vid.: DGA, *Política Nacional de Recursos Hídricos*, cit., que señala: "En lo que respecta al establecimiento de caudales mínimos o ecológicos a respetar por los titulares de derechos de aprovechamiento, esta exigencia se impone invariablemente, desde hace más de cinco años, en toda constitución de derechos. Dicha condición se establece también en el marco del SEIA (Sistema de evaluación de impacto ambiental, de la Ley N° 19.300, de 1994)", punto 5.3.9, pág. 23. Es dudosa esta facultad de la administración, lo que creo demostrar en mi trabajo: *Estatuto jurídico de la fijación de caudales mínimos o ecológicos*, citado en la nota anterior, y que aquí resumo.

un caudal de xx metros cúbicos por segundo necesarios para preservar el equilibrio ecológico.

En virtud del caudal mínimo o ecológico establecido por la Dirección General de Aguas, y de los propios términos de tales resoluciones constitutivas de derechos de aprovechamiento de aguas, en principio, según el deseo de la Dirección General de Aguas, sólo podrían ejercer sus derechos en la medida que, al momento del ejercicio, aguas abajo de los puntos de captación de las aguas escurra al menos un caudal equivalente a los metros cúbicos por segundo fijados; por lo que si en algunas épocas del año, y especialmente en períodos de escasez o por efecto del uso intensivo de las aguas por otros titulares de derechos, no escurre en el punto de captación autorizado esa cantidad de agua, de ello se deriva que los derechos así creados, con una tal fijación de caudal mínimo o ecológico, no se podrán ejercer.

No obstante, en la práctica es posible verificar casos en los cuales en el mismo río en que se han creado estos derechos con fijación individual de caudales mínimos o ecológicos, existen otros derechos de aguas, antiguos, que no tienen esta limitación, los cuales siempre se podrán ejercer por sus titulares, bastando para ello la existencia de caudales de aguas, por mínimos que estos sean.

Pero la situación más grave es que también se da en la práctica que la Dirección General de Aguas, al constituir otros derechos, ha llegado a establecer caudales ecológicos distintos, mayores o menores, a pesar de que las captaciones se ubican en las mismas secciones o corrientes naturales que otros derechos que ha constituido la misma autoridad.

Si bien, como adelanté, es posible fundamentar ante el derecho vigente una exigencia general, no individual, de respetar un caudal ecológico, salvo la fundamentación legal antes citada (art. 3° del Código de Aguas), no existe norma alguna en el resto de tal código, o en la legislación especial de aguas, que establezca la posibilidad de imponer por la autoridad (Dirección General de Aguas) un caudal mínimo o ecológico en aquellos actos administrativos concesionales en los que aquella otorgue a favor de particulares un derecho de aprovechamiento de aguas.

Solo en la Ley 19.300, de 1994, sobre Bases del Medio Ambiente, existen los artículos 41 y

42, en que se consagra, como "consideración ambiental", la "mantención de caudales de agua". Tales normas de la Ley 19.300, de 1994, en realidad contienen un mandato dirigido a organismos que regulen el uso o aprovechamiento de los recursos naturales (art. 42 inciso 1°), esto es, el ejercicio de los derechos de los particulares a tales usos o aprovechamientos, y la potestad que crea la ley a favor de tales organismos es a exigir a los usuarios la presentación y cumplimiento de "planes de manejo" a fin de asegurar la conservación de los recursos naturales.

En ningún caso la Ley 19.300 autoriza al organismo que "constituye" derechos de aprovechamiento de aguas (esto es, a la Dirección General de Aguas) a limitarlos de tan esencial manera o a obligar a sus titulares a cumplir la condición de respetar individualmente un caudal mínimo. Como surge de los términos del art. 42 de la Ley 19.300, tratase en realidad de "planes" relativos al uso de las aguas, esto es, al ejercicio de los derechos de agua; y la Dirección General de Aguas, solo en su función de supervigilancia (art. 299 letras a) y d) del Código de Aguas) podría exigir a los usuarios individuales y a las juntas de vigilancia la mantención de caudales mínimos de aguas, lo que regiría o se aplicaría en general a todos los usuarios de aguas de un río. Esta parece ser la interpretación más adecuada del estatuto que respecto a caudales mínimos o ecológicos establece la legislación medioambiental vigente.

Entonces, al preguntarnos por la manera en que se debe cumplir la indudable exigencia de que los ríos mantengan una corriente mínima, esto es, un caudal ecológico, se debe responder, en primer lugar, que esta es una exigencia general, dirigida a todos los usuarios de aguas de un río, a todos los titulares de derechos de aguas. Todos ellos, a partir de 1994, de manera clara, junto con la entrada en vigencia de la Ley 19.300, se verían afectados por esta exigencia legal. Este problema medioambiental dice relación con el uso del agua por los titulares de derechos a los que, en su caso, les es distribuida por las juntas de vigilancia, y todos ellos, en igualdad, deben respetar este caudal mínimo o ecológico. Esta es la única manera legítima de comprender este mandato legal del artículo 42 letra a) de la Ley 19.300.

b) *Los caudales mínimos o ecológicos constituyen una limitación de aplicación general y no solo individual.*

Del anterior análisis legal es posible desprender que existe una exigencia de carácter general, que dice relación con una cantidad mínima de agua que debe estar disponible jurídicamente en toda fuente natural. A partir de lo anterior es evidente que surgen limitaciones, por lo que debemos preguntarnos: ¿la limitación de respetar un caudal mínimo o ecológico puede afectar solo a algunos usuarios de las aguas de un río o debe afectar necesariamente a todos los usuarios de las aguas de un río? Esto es, ¿es posible que tal limitación pueda imponerse solo a alguno de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas de un sistema hídrico, y no a todos? ¿Es legítimo que la Dirección General de Aguas, al momento de constituir un derecho de aprovechamiento de aguas, lo haga con la carga de que este nuevo usuario de aguas disponibles en el río, y solo él, deba respetar un caudal mínimo o ecológico? Además ¿qué efectos puede tener tal fijación en el ejercicio del respectivo derecho de aprovechamiento de aguas?

Dado que la ley nada dice, entonces, no es legítimo que la Dirección General de Aguas, junto con crear un derecho de aguas, condicione su ejercicio a respetar un caudal ecológico prefijado. No obstante, la Dirección General de Aguas ha realizado tal fijación en derechos específicos, ¿cuál es el alcance de esa cláusula? ¿Debe entenderse que condiciona solamente el ejercicio de ese derecho o que, en virtud del principio de la igualdad ante la ley (pues, recuérdese que la preservación de la naturaleza es una obligación de todos), condiciona el ejercicio de todos los derechos del mismo río?

Para que el establecimiento de caudales ecológicos sea legítimo en nuestro ordenamiento jurídico, tal fijación debe estar referida a toda una fuente natural y no a determinados tramos de esta, y, además, debe afectar a todos los usuarios de ese sistema hídrico, y en ningún caso puede afectar solo a determinados titulares de derechos de aprovechamiento de aguas.

La totalidad de los usuarios y titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas existentes en un río deben soportar la carga pública de preservar la naturaleza en el igualitario ejercicio de sus derechos de aguas. No es

posible considerar legítimo que solamente los últimos derechos constituidos por la Dirección General de Aguas deban soportar de manera no igualitaria esta exigencia, lo que atenta contra el fundamento mismo del caudal ecológico, que es la preservación de los ecosistemas acuáticos, los recursos escénicos y recreaciones existentes en una fuente natural, preservación esta que debe ser general y soportada por todos los usuarios de un río²².

La siguiente pregunta deja en evidencia que tal criterio no igualitario no es adecuado: ¿acaso en aquellos sectores de un río en que solo existen titulares de derechos de aguas en cuyos títulos no se encuentra esta fijación administrativa pueden tales usuarios antiguos utilizar "todo" el caudal, toda el *agua profluens*, secando el río? ¿Solo los nuevos usuarios deben respetar la Naturaleza?

Vale la pena vincular este tema con el principio general de derecho que se expresa con la fórmula "Primero en el tiempo, mejor en el derecho" (*Prior in tempore melior in iure*), pues podría argumentarse que, a partir de la aplicación de este principio, los antiguos usuarios de aguas de un río no se podrían ver afectados por la fijación de los caudales ecológicos, dado que no se contenía tal limitación en sus títulos, y solo debieran verse afectados los nuevos titulares de derechos, sobre todo aquellos cuyos títulos tienen referencia expresa a un determinado caudal ecológico. Al respecto, cabe señalar que este no es un problema jurídico que enfrente a dos títulos de derechos de aguas, uno antiguo puro y simple y otro nuevo al cual se le haya impuesto esta condición de ejercicio. En realidad este es un problema que afecta a todos los titulares de derechos de aguas, de un modo general, como emana de los artículos 41 y 42 de la Ley N° 19.300, de 1994, y en ningún caso podría particularizarse en cada título como ilegítimamente lo ha venido haciendo la Dirección General de Aguas al establecer el caudal ecológico como una carga individual de los nuevos titulares de derecho de aguas, de

²² Resulta pertinente señalar que en el artículo referente al establecimiento de un caudal ecológico mínimo del proyecto de modificación del Código de Aguas que se tramita en el Congreso Nacional (1998), se señala expresamente que dicho caudal debe estar referido "a toda la fuente natural".

manera no igualitaria con los antiguos titulares de derechos de aprovechamiento de aguas.

Cabe concluir, entonces, que solo es legítimo exigir el cumplimiento del mandato de respetar caudales ecológicos o mínimos a la generalidad de los usuarios de un sistema hídrico, y no desigualmente a un solo usuario de un río. Además cabe consignar que tal exigencia de acuerdo a los vigentes arts. 42 y 43 de la Ley 19.300 debe producirse una vez que el derecho respectivo ha sido constituido, y específicamente al momento de su ejercicio.

CONCLUSIONES

- 1° En los EE.UU., a partir de nuevos textos legales, la jurisprudencia ha ido incorporando las exigencias medioambientales como efectivas limitaciones al ejercicio de los derechos de aguas.
- 2° En Chile, las viejas estructuras del derecho de aguas deben adecuarse a una nueva realidad, surgida de una evolución jurídica y de un novísimo texto legal relativo al medioambiente, como es: la necesaria preservación de la naturaleza.
Los mecanismos aprobados a partir de la ley relativa al medio ambiente, de 1994, para mantener caudales mínimos por cada
- 3° Los caudales ecológicos, como limitación general al uso de las aguas, mediante planes de cuenca, deben ser aprobados por todos los usuarios directos del agua (los que la extraen), pero con una participación y esfuerzo de los usuarios del ecosistema general (todos los ciudadanos); dado que tal limitación es, en definitiva, la privación de un porcentaje de agua a la que se tenía derecho, según las viejas estructuras jurídicas ("no ecológicas").
- 4° La ilegítima fijación individual y no colectiva de un caudal ecológico en un título de derecho de aprovechamiento de aguas no puede tener efecto discriminatorio alguno, y la Dirección General de Aguas no está habilitada legalmente para exigir el cumplimiento de una restricción ecológica individual al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, pues ello solo podría hacerse por la organización que distribuye el agua, a través de una limitación igualitaria a todos los usuarios del sistema hídrico correspondiente, esto es, mediante turnos o alícuotas, previa aprobación de un plan de manejo del sistema hídrico respectivo.