

EL ACCESO A LAS AGUAS PARA USOS EXCLUSIVOS Y EL CRECIMIENTO DEMOGRAFICO Y ECONOMICO

Luis Simón Figueroa Del Río

Profesor de Derecho de Aguas

Uno de los principales objetos del Código de Aguas es regular el acceso de los hombres a las fuentes de aguas terrestres en su estado líquido.

Las aguas están allí, dispuestas a que con ingenio y voluntad el hombre las utilice para poner en marcha sus industrias y minas, abastecer poblados y ciudades y regar. Mientras sean abundantes y permitan satisfacer las necesidades crecientes, no se presentan problemas como para que una legislación especial se ocupe del acceso a ellas, pero de ordinario la realidad es otra. El crecimiento de la población, se dice que cerca del año 2.020 el mundo tendrá 8.000 millones de habitantes, y la consecuente necesidad de un crecimiento económico alto, pone en evidencia la importancia de la legislación, cualquiera sea el lugar, que ordene el acceso a las fuentes de aguas, de manera que los que hoy las toman puedan continuar sin detrimento en sus actividades y sea posible la multiplicación de otras nuevas.

No se trata de comenzar de cero, en todo país esta materia se confunde con los orígenes de su historia. En Chile, a la época de la dictación del Código que nos rige, año 1981, la casi totalidad de las aguas superficiales terrestres desde el extremo norte a la IX región, estaban ya asignadas, los ríos ya no tenían aguas disponibles para derechos permanentes en los períodos de estiaje, salvo para usos no consuntivos.

Ante la oferta limitada de aguas terrestres superficiales, las posibilidades de enfrentar el crecimiento económico y poblacional están en las aguas subterráneas, en los embalses, en la desalación de las aguas marítimas, en el reciclamiento de aguas servidas o que ha perdido su calidad original, y desde luego, en la aplicación de técnicas de uso que permitan obtener los mismos resultados con menos agua, de manera de liberar parte de las que hoy se emplean y hacer posible así un proceso paulatino de reasignación de las aguas en uso, y en evitar el derroche, además de un buen sistema de asignación de aquellas que todavía están disponibles.

De todos esos procedimientos es evidente que primero habrá que optar por lo más simple y barato para luego recurrir a lo más caro y sofisticado. Así que es un deber nacional producir un sistema que favorezca esa reasignación de las aguas de los períodos de estiaje, para que las mismas puedan emplearse en más actividades, sin que el proceso ocasione trastornos ni perjuicios.

Lo dicho hasta ahora está evidentemente referido a las aguas que es necesario extraer de la fuente natural para emplearlas en usos industriales, mineros, agrícolas, etc. y, por consiguiente, al derecho o facultad que permite el acceso ordenado a ellas con la facultad de llevarlas fuera de su fuente.

Cosa distinta es el uso de las aguas en su fuente misma, río, lago, vertiente, etc., en las cosas que de manera natural el hombre en ellas siempre ha hecho, como nadar, pescar, recrearse, navegar. En este sentido las aguas son bienes nacionales de uso público (595 C.C. y 5 C.A.), esto es, el dominio de ellas es de la nación toda y "su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas" (589 C.C.)

Mientras las aguas están en su fuente constituyendo lo que ésta es, lago, río, etc., el hecho de navegar, beber, bañarse o pescar en ellas no entorpece el uso semejante que otros habitantes pueden hacer de las mismas, es un empleo ocasional y por frecuente que sea no excluye en forma permanente el de otros, al igual que caminar por la calle o sentarse en un banco de la plaza.

Es un uso limitado por la naturaleza de la cosa, ya sea río o calle, y por las disposiciones municipales y de policía necesarias para que no se impida el acceso al bien y para que no se use en detrimento del derecho de otros a hacer lo mismo, es decir el uso de unos no excluye el uso de otros, elemento de la esencia de un bien nacional de uso público o bien público.

Por ende, queda claro que el problema que enunciamos al comienzo no es el de las aguas en tanto bien nacional de uso público, sino que como bien indispensable para la marcha de actividades productivas de bienes y servicios.

Por ser limitadas y escasas, las aguas en este su rol trascendente, están sujetas a las leyes de la economía, y para hacer posible esa constante reasignación de la que más arriba hablamos, para tender al óptimo en su empleo, es decir se ocupen en las actividades que más conviene al país y se obtenga el máximo provecho de un caudal, existen variados sistemas: prioridades para ciertos usos, como bebida, riego, industria, etc.; tarifas y sanciones según como se use; pautas dadas por funcionarios, y aplicación

combinada de estos procedimientos y, desde luego el que ha adoptado nuestro país al que luego nos referiremos.

Con todo, no debe pasar por alto que cualquiera sea el sistema por el cual se opte, cualquiera que sea la calidad del derecho a captar las aguas, una vez que éstas salen del río para entrar al canal que las llevará a destino, pierden el carácter de bien nacional de uso público ya comentado.

Por consiguiente, cada vez que se hable de un procedimiento para asignar el recurso natural agua, es irrelevante detenerse en el concepto de bien nacional de uso público que como ya dijimos no está referido al rol económico del agua.

Nuestro Código consagró un sistema consecuente con las grandes definiciones de economía libre y asignación de recursos a lo más rentable vía precios libremente pactados, en plena aplicación cuando su dictación en 1981.

Para ello se otorgó a los particulares la posibilidad de vender libremente la facultad de acceder a la fuente natural a tomar un determinado caudal (el derecho de aprovechamiento). No importa en qué se esté usando el agua, el adquirente podrá destinarla a cualquier fin.

En la medida que ya no haya aguas disponibles en el río, o bien si es muy alto el costo de embalsar, y tampoco las hay subterráneas, o bien su costo desaconseje la iniciativa, quien necesite agua podrá ofrecer comprar derechos de aprovechamiento. La nueva empresa y la ampliación de las existentes tendrán siempre la posibilidad de acceder a las aguas, no queda cerrado ese acceso. De hecho, estudiadas las cuencas del Limarí, Maipo y Maule, por un alumno de la Universidad Gabriela Mistral, se constata en los últimos cinco años una tendencia a aumentar el número de compraventas, de caudales transados y de sus precios y una disminución de solicitudes de derechos de aguas superficiales.

Por lo ya dicho de la multiplicación de la población y crecimiento económico, la mayor demanda de agua y el alza de precios consecuente, determinará el uso de tecnología cada vez más sofisticada, el empleo del agua en rubros más rentables y el ahorro masivo de tan preciado elemento.

Esta reasignación se hace, además, sin riesgos de injusticias, porque el que vende recibe a cambio un precio libremente pactado.

Este sistema implica que no se hagan distinciones de los diferentes usos que se pueden dar al agua (riego, bebida, industria) y tampoco deja éstas adscritas a los predios o inmuebles y supone ninguna participación de las entidades estatales en el proceso de transferencia de las aguas, ni en el uso

de éstas, existiendo para los usuarios la sola limitante de no perjudicar a terceros ni deteriorar el medio ambiente.

La reasignación por la vía de facultar a la autoridad a dar pautas de cómo usar el agua, de establecer tarifas según los objetivos de uso que la misma autoridad fije, significa atribuir a esa autoridad el conocimiento e información suficientes como para asignar los recursos correctamente y darle la tremenda atribución de dejar sin efecto derechos de agua, es decir caducarlos, para concederlos a otras personas.

Por esta vía las presiones empujan al funcionario al tobogán de la corrupción y al despropósito de pretender orientar el hacer productivo de un país, es decir si debe producirse trigo o fruta, papel o telas, cobre o molibdeno.

El cómo proceder en este tipo de asuntos ha sido parte de la discusión política de Chile de gran parte del siglo XX y como consecuencia de ella, según las tendencias dominantes se ha producido la consagración jurídica correspondiente en los códigos de 1951, 1967 y el actual de 1981.

Adaptar la legislación de aguas a los principios económicos imperantes en 1981, significó confirmar claramente que el derecho de aprovechamiento de aguas está amparado por el estatuto de la propiedad privada y que existe amplia libertad para vender y dar en garantías ese derecho.

Si el adquirente del derecho de aprovechamiento pretende usar las aguas en el mismo canal por donde actualmente se captan, basta la autorización del directorio de la organización de usuarios del canal para trasladar el punto de toma dentro del mismo. Pero si desea tomarlas en otra parte del río requiere autorización de la Dirección General de Aguas. Sería del todo conveniente modificar esta parte de la ley de manera que si en el río existe Junta de Vigilancia, sea ésta la encargada de dar la autorización si no hay perjuicio a terceros.

Se ha pretendido criticar este proceso de reasignación porque el empresario de menos recursos vendería al que le ofrezca tentadoras sumas por su agua. Téngase presente que el que realmente necesita agua para su negocio o actividad no está dispuesto a vender si no tiene alternativa de vida y venderá sólo si le resulta a su juicio conveniente. No es propio desconocer las facultades de decisión de los ciudadanos y considerarlos como menores de edad sólo por el hecho de tener recursos económicos limitados o por pertenecer a grupos indígenas. Al que se le quite su facultad de vender libremente se le priva de un importante activo porque este tiene precio expresado en dinero sólo en la medida que se pueda vender.

Este sistema de reasignación de los derechos de aprovechamiento, que se ha dado en llamar del "mercado del agua", es propio de nuestro país. Ha

sido posible porque existe una vieja tradición de los mecanismos de distribución en manos de los propios usuarios y confianza sobre los derechos constituidos; ambas tienden a ser cada vez más sólidas por el aumento de organizaciones de usuarios que están cumpliendo sus trámites de reconocimiento legal y porque el proceso de registro de derechos en los conservadores de bienes raíces se completa constantemente y se perfeccionan los registros de la Dirección General de Aguas.

Cada cierto tiempo surgen voces de modificación de este sistema, sería un error dejarse llevar por ellas. Está en plena aplicación y consolidación. Necesitamos estabilidad legislativa, sobretodo respecto de aquella que enmarca principios económicos sobre los cuales hay consenso.