



Novedades

30/10/2019

Política

Boletín 7543-12:
Antecedentes, Trayectoria y
Contenidos de una
(In)Terminable Reforma
Sustancial al Código de Aguas

09/10/2019

Política

Desigualdad y Poder:
Comentarios al libro
"Comunicación Política:
Desafíos para nuestra
democracia"

27/09/2016

Sociedad

"Sodoma" de Frédéric Martel,
o lo que está intrínsecamente
desordenado al interior de la
Iglesia

12/09/2019

Política

¿Cómo abordar la crisis
migratoria venezolana desde
Chile?

13/08/2019

Política

¿Cuáles son los Desafíos de la
Política Migratoria en Chile?

Acerca de

Este informe ha sido preparado
por el Consejo Editorial de
asuntospublicos.cl.

©2000 asuntospublicos.cl.
Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total
o parcial, de lo publicado en este
informe con sólo indicar la
fuente.

Informe 1365

Política

30/10/2019

Boletín 7543-12: Antecedentes, Trayectoria y Contenidos de una (In)Terminable Reforma Sustancial al Código de Aguas.

Luis Felipe García Castillo¹

1. Introducción

En los últimos trece años han recaído cuatro leyes sobre el Código de Aguas, de 1981, las que han significado reformas en su contenido. Sin embargo, solo han atendido a aspectos puntuales, que en ningún caso pueden entenderse como un cambio sustancial al modelo caracterizado por su esquema liberal en lo económico, y descentralizado en lo administrativo (García y Riquelme, 2019).

En paralelo, durante este periodo se han presentado una serie de proyectos de ley, ordenados a promover, precisamente, el cambio sustancial que hasta la fecha no se ha producido. De todos estos, solo el Boletín 7543-12 ha logrado avanzar en su tramitación, aunque en la actualidad, este se ha ido complejizando respecto del que originalmente se planteó a la discusión. Lo anterior, ya que en su intermedio se han presentado indicaciones, así como intervenciones de una serie de actores, que han dilatado su trayectoria al punto de traducirse en ocho años de discusión parlamentaria.

En el sentido descrito, y en el contexto actual de sequía, la que hasta mediados de octubre de 2019 ha significado declarar zona de emergencia en seis regiones del país (Lizana, 2019), parece necesario revisar la prolongada trayectoria legislativa del mencionado Boletín. En particular, algunos de los vaivenes en su contenido, los actores que han influido en él y, finalmente, evaluar el estado actual del proyecto, puesto que, para muchos, una vez convertida en ley sería la piedra angular para una regulación del recurso acorde a las dificultades de los nuevos tiempos.

2. Preliminares: El Modelo De Aguas Vigente

La entrada en vigencia del actual Código de Aguas (en adelante, "CA") ocurrió en el marco de las transformaciones económicas producidas en la dictadura de Augusto Pinochet, las que fueron impulsadas por el diagnóstico de ineficiencia en el que se enmarcaba la administración de bienes y/o servicios públicos. Ante esto, la dictadura planteó como respuesta el posicionamiento del mercado como mecanismo eficiente para la asignación de bienes y servicios, lo que traía como contrapartida quitar competencias al Estado respecto de estas tareas (Hunneus, 2016).

¹ Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Ciencia Política, Universidad de Chile.

En el caso concreto del agua, el diagnóstico apuntaba a reformar lo que fue el CA de 1967, el cual incrementó las potestades del Estado, fortaleciendo la administración centralizada del recurso, minimizando el rol de la iniciativa privada y el valor de la propiedad sobre los Derechos de Aprovechamientos de Agua (en adelante, "DAA") (Bauer, 2015). Esto ha sido catalogado por algunos como una de las máximas muestras de la ineficacia derivada de la exacerbada intervención de la administración centralizada de los bienes comunes (Vergara, 2015).

Así, luego de un intenso debate en el hermético núcleo de poder de la época, la respuesta a este diagnóstico se tradujo primeramente en el Decreto Ley N° 2.603, de 1979, y posteriormente en el CA de 1981. Esta regulación se caracterizó por la autonomización de los DAA, el reconocimiento de estos como bienes jurídicos apropiables por los privados, su adquisición a perpetuidad de manos del Estado (a título gratuito), o mediante la libre transferibilidad inter privados (a título oneroso), el establecimiento de un sistema registral para los DAA, y el reconocimiento de propiedad de aquellos derechos con uso consuetudinario, plasmado actualmente en el artículo 2° transitorio del vigente Código (Bauer, 2015; Vergara y Rivera, 2018; García y Riquelme, 2019).

Como contrapartida de lo anterior, se ejerció una severa simplificación a las potestades del Estado en esta materia, confinándola, en términos generales, a la asignación de DAA, información y fiscalización. Mientras, en lo relativo a la administración de las aguas, nuevamente se fortaleció el rol de los privados, en cuanto se estableció un esquema administrativo de autogobierno de los usuarios de aguas en torno a las Organizaciones de Usuarios de Aguas (en adelante, "OUA"). Estas organizaciones han sido presentadas como entidades descentralizadas que potenciarían el uso eficiente de recursos, las que, por sus características de eficiencia administrativa, representarían de mejor manera los intereses de la sociedad en orden a conservar y administrar un recurso natural de escasez cada vez más creciente (Vergara, 2015).

Más allá de lo descrito, la estructura del modelo adoptado integra lo que hoy se identifica como parte de los amarres económicos de la dictadura, que aún perviven en nuestra democracia. Su defensa más férrea se debe a su operatividad como mecanismo de impulso y seguridad jurídica para la inversión privada, cuya confirmación se encuentra en el favorecimiento que el sector empresarial obtendría de este esquema (Hunneus, 2016; Bauer, 2015; Viveros, 2019).

3. Contexto y Fundamentos del Proyecto de Ley

Tras el retorno de la democracia, al igual que en otras políticas sectoriales, el esquema ha tenido algunas variaciones, aunque en general no han significado el levantamiento de una de reforma de carácter sustancial (Maillet, 2015; Bauer, 2015; García y Riquelme, 2019). Si bien durante la transición política hubo diversos proyectos de ley, que apuntaron a una modificación mayor, así como una serie de instrumentos internacionales que han buscado consolidar el acceso al agua como un derecho humano, lo cierto es esto no se tradujo necesariamente en debate legislativo nacional conducente a ello, determinando la estabilidad del modelo económico-regulatorio de las aguas y el escaso impacto de la crítica a nivel de debate público (Boletín 7543-12, 2011; Bauer, 2015; García y Riquelme, 2019).

Tal escenario de quietud se quiebra en la actual década con la reactivación general de los movimientos sociales, que cuestionaron el modelo de desarrollo adoptado por el país en diversas áreas, al mismo tiempo que demandaron medidas alternativas para administrar bienes y servicios (Donoso y Bulow, 2017), todo lo cual habría dado visibilidad pública a cuestionamientos precedentes. En materia de aguas, el hito social se

encontraría en abril de 2013, cuando una serie de organizaciones sociales convocaron a una marcha en orden a visibilizar los problemas de escasez y acceso al recurso, para lo cual exigían derechamente el fin del esquema de mercado, y la derogación del CA de 1981, determinando el posicionamiento de esta demanda en la agenda política (Viveros, 2019).

En línea con lo antes expuesto, no es posible syndicar a los movimientos sociales como los únicos promotores del cuestionamiento público al esquema de la administración de las aguas, puesto que, de manera paralela, se complementó con una discusión doctrinaria sobre las herramientas jurídicas que debían ser aplicadas en la materia. Es así, como el cuestionamiento y debate descansaron en la aparente contradicción entre el carácter de bien nacional de uso público que poseen las aguas y la apropiabilidad y transferibilidad privada de los DAA, toda vez que, en los hechos, el uso, goce y disposición del recurso sobre el que recae estos derechos queda al arbitrio privado (Atria, 2015).

Lo anterior podría entenderse no solo como una crítica al esquema normativo, sino que también al ejercicio de las tareas administrativas ejercidas por las OUA. Al respecto, las actuales visiones críticas al esquema vigente han matizado los alcances de lo antes expuesto, valorizando parcialmente la labor de los privados, pero entendiendo que ha sido insuficiente su sola intervención en la gestión hídrica eficiente. Esto, toda vez que privilegia la gestión sobre la base de elementos esencialmente económicos, y desconociendo otras dimensiones de interés para la administración de las aguas, tales como la cultural, histórica y social (Bauer, 2015).

Para contrarrestar las carencias del esquema vigente, algunos de los críticos han señalado que es deber de los proyectos de reforma al CA, orientarse a un mayor fortalecimiento de las tareas de la Administración centralizada (representada en la DGA). Esta debiera incluir mayores atribuciones y competencias, de manera que el Estado no solo regule, sino que también oriente sus facultades a resguardar el eficiente ejercicio de los DAA, con la posibilidad de declarar su extinción, interviniendo en la distribución, en caso de ser necesario (Bauer, 2014; Jaeger y Peña, 2015).

Sin embargo, no es claro que lo antes dicho asegure un equilibrio entre la protección del agua como bien de interés multidimensional, en razón de las carencias expuestas de los esquemas de Administración centralizada (Vergara, 2015), así como por la ausencia de mecanismos concretos que asocien el actuar del Estado con el equilibrio multidimensional (económico, social y ecológico) del recurso (Prieto y Bauer, 2012; McPherson y O'Donnell, 2017). En este último sentido, las deficiencias del esquema actual se evidenciarían en la no incorporación de los intereses del río, y aunque desde el año 2005 se incluyeron modificaciones orientadas a la protección ecosistémica (caudales ecológicos mínimos) y el uso efectivo de los DAA (patentes por no uso), esto no ha sido suficiente para evitar conflictos asociados a la sobreexplotación, seccionamiento de cauces y los consecuentes problemas de orden social y ambiental (Bauer, 2015; García y Riquelme, 2019).

Considerando el contexto expuesto, debe señalarse que el Boletín 7543-12 ingresó como moción parlamentaria en marzo de 2011, atacando los puntos críticos del esquema vigente. En lo concreto, proponiendo la sustitución del carácter perpetuo de los DAA, por uno temporal y susceptible de caducidad; y la extensión de atribuciones de la Administración, ampliándose a la potestad de reducir temporalmente los DAA, de redistribución de las aguas y la constitución de reservas. Así, este proyecto se sumó, tal como mencionamos al inicio, al conjunto de proyectos que pretendieron, desde las mociones parlamentarias, modificar el esquema vigente, pero, tal como todos ellos, mostró un avance casi nulo, lo cual cambió a partir

del segundo gobierno de Michelle Bachelet. A partir de la campaña que la llevó a la Presidencia de la República por segunda vez, se acogió al diagnóstico crítico visibilizado por las movilizaciones de 2013, en razón de lo cual acopló su oferta programática en la materia (Bachelet, 2017), lo que finalmente redundó en el patrocinio otorgado al proyecto en 2014, a partir de lo cual el Boletín 7543-12 comenzó una trayectoria excepcional a la de las demás mociones sobre la materia, posicionándola en la actualidad el proyecto de reforma de mayor avance en el Congreso (García y Riquelme, 2019; Viveros, 2019).

4. Contenido Esencial del Proyecto

En términos generales, el patrocinio otorgado por las indicaciones señaladas por la Presidenta Michelle Bachelet, a partir de 2014, se tradujo en la viabilidad y consolidación de contenidos que desde la presentación del proyecto han buscado cambiar la esencia del esquema normativo. En primer lugar, en cuanto apuntan a cambiar el carácter de los DAA, ahora concibiéndolos como una concesión que otorga a su titular uso y goce, de temporalidad definida (30 años, prorrogables) y bajo ciertas condiciones, lo cual se manifiesta a lo largo del proyecto al incorporar el concepto titular, en reemplazo de la noción dominio. Esto no quita la posibilidad de transferir la titularidad, sin embargo, esta transferencia debe conservar las condiciones y restricciones otorgadas en la constitución original del DAA.

En complemento de lo anterior, dentro de las condiciones para el otorgamiento de los DAA bajo esta nueva naturaleza, es posible encontrar los usos prioritarios orientados para el saneamiento y el uso. En lo concreto, esto se manifiesta en los beneficios que se otorgan a los comités de aguas potable rural; en la prolongación de los efectos de la declaración de zonas de escasez por situación extraordinaria de sequía, ampliando los ámbitos de intervención de la DGA en la distribución de las aguas (incluso imponiéndose a lo dispuestos por las OUA) y extendiendo la temporalidad de los efectos, de 6 meses a 1 año; y, en términos generales, persiguiendo un equilibrio entre interés público (englobándose dentro de este concepto, consumo humano, preservación ecosistémica, preservación acuífera), eficiencia y seguridad para los usos productivos.

En orden a las condiciones a las que se deben atener los titulares de los DAA, y en consideración a que estos se plantean como los objetivos centrales del proyecto de reforma, el boletín, como vimos, busca otorgar un rol protagónico a la DGA. Previamente, en 2018, se publicó la Ley N° 20.084, que otorgó mayores facultades de fiscalización de la DGA, dentro de lo cual destaca el carácter de ministro de fe que se le otorga a los funcionarios fiscalizadores de la Dirección, respecto de las declaraciones que efectúen sobre hechos que constaten en las actas de inspección; mientras, en lo que refiere a este boletín particular, tal pretensión se extiende a facultades orientadas a la protección ambiental, como la potestad para constituir reservas de agua sobre los cauces, lo que permitiría constituir DAA exclusivamente orientados a funciones de subsistencia, y establecer en los nuevos DAA un periodo de otorgamiento menor a los 30 años que, por regla general, dispondría el CA reformado.

Junto con lo anterior, existen otros aspectos en los cuales la reforma pretende cambiar el esquema, por cuanto pretende eliminar la especulación generada en torno a los DAA, a través del endurecimiento de las normas relativas al pago de patentes por no uso, aumentando el valor de los factores de determinación; además de la redefinir los términos del caudal ecológico mínimo, incorporado en 2005, que en la actualidad establece limitaciones para la constitución de nuevos DAA, situación que cambiaría con la reforma, extendiendo los efectos ahora a todos quienes sean titulares de DAA, sean nuevos o antiguos, con excepción de quienes ejerzan la pequeña agricultura.

5. Trayectoria y Últimas Indicaciones

Tras las indicaciones de 2014, las que consolidaron los contenidos esenciales del proyecto de reforma, se generó un ambiente de incertidumbre para quienes ya poseían DAA. Esto fue alimentado en cuanto la coalición de gobierno que impulsó este proyecto, poseía mayoría en ambas Cámaras del Congreso, al mismo tiempo que al inicio del segundo periodo presidencial de Michelle Bachelet, aún mantenían fuerza los movimientos sociales que originaron el impulso reformista.

Sin embargo, tal impulso inicial no fue suficiente, ya que el decaimiento de los movimientos sociales al momento de iniciarse la discusión parlamentaria, la progresiva disgregación de la coalición política gobernante, la intensa presión de los gremios empresariales en la discusión técnica-parlamentaria y la adopción de estas posturas por parte de la oposición política, determinaron su ralentización (Viveros, 2019).

A lo anterior se suma el hecho que, desde la perspectiva académica, el foco de atención del boletín y el cambio de orientación propuesto nunca han tenido pleno consenso, ya que estudios sobre la materia identifican que el objeto de las políticas sobre aguas no se circunscribe solo al CA, lo que, de alguna manera, pone en entredicho el fin perseguido por el proyecto. A modo de ejemplo, se ha señalado que la eficiencia perseguida se encuentra principalmente en políticas públicas de incremento de subsidios a obras privadas de riego, tales como las promovidas por la Ley 18.450 (Donoso, 2017), por otro lado, también han surgido estudios empíricos de caso que buscan demostrar la eficiencia del mercado de aguas inserto en el esquema normativo actual (Molinos-Senante et al, 2017), y, por último, el señalamiento de un intento de expropiación larvada que se habría impulsado por algunos parlamentarios, aprovechando el debate parlamentario en torno al proyecto, para declarar la utilidad pública de todos los DAA (Vergara, 2016). A partir de todo lo anterior, se configuró una crítica más robusta al proyecto, que, en definitiva, generó la imposibilidad de aprobarlo dentro del periodo presidencial que concluyó en 2018.

Esta confluencia de elementos, determinó que el proyecto fuese tratado en la campaña de cara al actual periodo presidencial, puesto que dentro de los objetivos trazados por el entonces candidato Piñera (2017) fue la revisión del proyecto de ley de reforma al CA y reestablecer la certeza jurídica. A partir de ello, tras su triunfo, se intentó revertir ciertos elementos transgresores, particularmente aquel que apuntaba a la limitación, así como al cambio de naturaleza de los DAA, lo cual se manifestó concretamente en febrero de 2019, cuando ingresó una nueva indicación sustitutiva orientada a intentar revertir la situación, aunque sin demasiado éxito a la fecha, toda vez que las respectivas comisiones del Parlamento, respaldaron los contenidos esenciales del proyecto de Bachelet, que para entonces ya habían sido aprobados por la Cámara de Diputados.

Más allá de lo anterior, cabe señalar que algunas de las últimas indicaciones ingresadas por el Presidente Sebastián Piñera, han incorporado elementos que perfeccionarían el proyecto aprobado por la Cámara durante el gobierno anterior. Desde la perspectiva institucional vale la pena destacar la propuesta de intensificación del carácter técnico, en cuanto propone la creación de un Panel de Expertos con funciones de carácter consultivo, además de una Comisión Interministerial permanente dedicada al monitoreo de las políticas en aguas, y el fortalecimiento del rol de las OUA, en orden a la construcción de un Plan Estratégico para cada cuenca. Mientras que, en el plano procedimental, se introduce un apartado detallado sobre los alcances de la declaración de zonas de escasez y extracción de aguas para uso doméstico; y en el regulatorio, eleva a rango legal las normas sobre aguas subterráneas incluidas en reglamentos y resoluciones de la Dirección.

Asimismo, cabe destacar que tras la confirmación de los contenidos esenciales del proyecto, puesto que, en julio de 2019, se presentaron nuevas indicaciones que, a diferencia de la incorporaciones de febrero de 2019, no apuntaban a sostener el esquema vigente, sino que a realizar algunos alcances menores, confirmando la priorización del proyecto de reforma hacia el consumo humano, saneamiento y subsistencia.

6. Conclusiones: Algunas Evaluaciones sobre las Reformas

En la actualidad, el boletín 7543-12 ha mantenido en su esencia la intención de cambiar el esquema regulatorio vigente de las aguas, planteada al momento de ingresar a trámite parlamentario como moción en marzo de 2011. En la actualidad el proyecto se encuentra en segundo trámite constitucional, posición adquirida gracias al importante impulso recibido por el gobierno de Michelle Bachelet. Durante su periodo presidencial se configuró de manera más detallada los alcances del proyecto, determinando el estado de avance en el que se encuentra en la actualidad, aunque esto no haya significado materializarlo finalmente en una ley aprobada.

A pesar de las condicionantes que confluyeron, algunas de las cuales han buscado detener el impulso reformista, esta solo se la han ralentizado. A pesar de llevar más de ocho años de debate, el contenido del proyecto sigue manteniéndose en orden de modificar los términos de los DAA, su naturaleza jurídica, sus limitaciones, y la mayor fiscalización de los objetivos de equilibrio de intereses declarados por los promotores del proyecto.

En paralelo, las indicaciones de 2019, si bien han buscado revertir el influjo reformista iniciado en 2011, lo cierto es que también han aportado complementos necesarios como el incremento del carácter técnico a nivel de institucionalidad, así como a dar mayores garantías a quienes puedan verse en algún grado de incerteza por la aplicación de las nuevas disposiciones.

Más allá de lo anterior, y de las expectativas respecto de esta demandada reforma, es necesario destacar que esta es solo una de las aristas relativas a la gestión de las aguas, las cuales no se agotan por la mera literalidad del texto del CA. Adicionalmente, se requieren de recursos necesarios para hacer efectivo el equilibrio entre el rol del Estado y los particulares perseguido por el legislador, así como para potenciar el carácter técnico por sobre el político de la DGA, mejorar sus procedimientos, herramientas, e independencia, y de paso permita a esta institución, y al propio CA, ser referentes frente a la ciudadanía ante un escenario de escasez creciente.

Referencias

- Atria, F. (2015). La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile. Santiago: Thomson Reuters, 146 pp.
- Bachelet, M. (2013). Chile de todos. Programa de gobierno. Michelle Bachelet 2014-2018. Recuperado de: http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/noticias/archivos/programamb_1_0.pdf
- Bauer, C. (2015). Canto de sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales. Santiago: Ediciones Eldesconcierto.cl, 320 pp.
- Donoso, G. (2017). Logros y perspectivas del régimen de fomento a la eficiencia hídrica en la agricultura chilena. En Pinto, M., Estrella, J.; Gennari, A. (eds.). Agua y sociedad. Buenos Aires: Lajouane, pp 433-455.
- Donoso, S. y Bülow, M. (Eds.) (2017). Social Movements in Chile: organization, trajectories & political consequences. New York: Palgrave Macmillan.
- García, L.F. y Riquelme, F. (2019). Derecho y gestión de aguas en Chile en el periodo 2006-2018. Un objeto entre dos horizontes: trayectoria y matices. En Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 30 (en prensa).
- Hunneus, C. (2016). El régimen de Pinochet. Santiago: Taurus. 838 pp.
- Jaeger, P. y Peña, H. (2015). Del orden neoliberal al régimen de lo público en materia de aguas. Actas de Derecho de Aguas, N°5, pp. 91 – 112.
- Lizana, A. (5 de octubre de 2019) Ministro Walker asegura que la sequía en Chile es “la más grande de la historia”. El Dinamo, recuperado de: <https://www.eldinamo.cl/nacional/2019/10/05/ministro-walker-asegura-que-la-sequia-en-chile-es-la-mas-grande-de-la-historia/>
- Macpherson, E. y O'Donnell, E. (2017). ¿Necesitan derechos los ríos? Comparando estructuras legales para la regularización de los ríos en Nueva Zelanda, Australia y Chile. Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 25, pp. 95-120.
- Maillet, A. (2015). Más allá del modelo. Pensar las relaciones Estado-Mercado a nivel sectorial. Revista de Sociología e Política. Vol. 23, N° 55
- Molinos-Senante, M., Donoso, G. y Sala-Garrido, R. (2016). Are participants in markets for water rights more efficient in the use of water than non-participants? A case study for Limarí Valley (Chile). Environmental Science and Pollution Research. Vol. 23, issue 11.
- Piñera, S. (2017). Programa de gobierno 2018-2022. Construyamos tiempos mejores para Chile. Recuperado de <http://www.sebastianpinera.cl/images/programa-SP.pdf>
- Prieto, M. (2015) La Ecología (a) política del modelo de aguas chileno. En Bustos, B., Prieto, M. & Barton, J. (eds.) Ecología Política en Chile: Naturaleza, propiedad, conocimiento y poder. Editorial Universitaria: Santiago, Chile.
- Prieto, M. y Bauer, C. (2012). Hydroelectric Power Generation in Chile: An Institutional Critique of the Neutrality of Market Mechanisms. Water International. Año 37 – File Attachments, N° 2, pp. 131 – 146
- Reforma al Código de Aguas, Boletín N° 7543-12, Cámara de Diputados de la República de Chile, Legislatura 359ª (2011)
- Vergara, A. (2015). Crisis institucional del agua. Santiago: Ediciones UC, 225 pp.
- Vergara, A. (22 de noviembre de 2017). “En este proyecto de ley se ve un intento de expropiación larvada”. [Entrevista de Luis Musquiz]. El Mercurio, p. B15
- Vergara, A. y Rivera, D. (2018). Legal and Institutional Framework of Water Resources. En: Donoso, G. (Ed.). Water Policy in Chile. Cham: Springer, pp. 67-86.

Viveros, K. (2019). Políticas públicas y poder empresarial: Un análisis sobre las reformas al Código de Aguas entre 1990-2018 (Tesis para optar al grado académico de Magister en Ciencia Política). Universidad de Chile, Santiago.