

El acceso al recurso hídrico en la praxis judicial chilena: paradojas y malas prácticas

Fernando Ochoa* / Verónica Delgado** / Amaya Álvez*** / Diego Rivera****

RESUMEN: Estudio empírico relativo a los fallos dictados en materia de recursos hídricos en primera instancia entre los años 2013-2014. El trabajo reflexiona sobre los roles del Estado Legislador, Administrador (DGA) y sobre todo Juez en la configuración del régimen acceso al recurso.

Palabras clave: Recursos hídricos, Derecho de aguas, praxis judicial.

Introducción

Las tensiones existentes entre los aspectos jurídicos de derecho público y privado patrimonial en materia de aguas en Chile han sido relevadas desde hace largo tiempo por la doctrina nacional¹ y extranjera², además de organizaciones internacionales tales como el Banco Mundial³. Así por ejemplo, Alejandro Vergara ya el año 2002 destacaba la tensión entre el agua como bien “de todos” (los chilenos) y la posibilidad de acceder más o menos libremente a la “propiedad privada” (más bien, derechos de uso) sobre ella⁴. Para Nancy Yáñez “...la legislación chilena no establece mecanismos para corregir las inequidades estructurales que presenta el modelo de aprovechamiento de las aguas en orden a proteger a los sectores vulnerables de la población y a los ecosistemas”⁵.

La presente investigación aborda esta preocupación desde la práctica reciente (2013-2014) en la configuración judicial del derecho de aguas en Chile, especialmente en materias claves como el régimen legal de acceso, en el contexto de la preocupación por la distancia existente entre los títulos jurídicos

* Abogado, Investigador del Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería CRHIAM, Universidad de Concepción. Correo electrónico: fochoa@udec.cl

** Doctora en Derecho, Università Tor Vergata, Roma, Italia. Profesora Asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Correo electrónico: vedelgado@udec.cl

*** PhD in Law, York University, Canadá. Profesora Asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Correo electrónico: aalvez@udec.cl

**** Ingeniero Civil y Doctor en Ingeniería Agrícola, Profesor Asociado de la Facultad de Ingeniería Agrícola, Universidad de Concepción, Chile. Correo electrónico: dirivera@udec.cl

¹ VERGARA 2002; AYLWIN *et al.* 2011.

² BAUER 1997 y 2004.

³ BANCO MUNDIAL 2011, 2013.

⁴ VERGARA 2002, 63.

⁵ AYLWIN *et al.* 2013, 201.

sobre recursos hídricos y la realidad, tanto hidrológica como de infraestructura, en la cual estos operan en nuestro país.

En el trabajo se presentarán los resultados de un estudio empírico de todos los fallos emanados de los Tribunales Civiles de primera instancia en Chile, durante los años 2013 y 2014, recopilados y analizados en el marco del proyecto FONDAP que creó el Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería (CRHIAM) en la Universidad de Concepción. Esta labor de sistematización hizo posible identificar algunas prácticas de cada uno de los Tribunales del país en particular, las cuales contribuyen a la configuración del derecho de aguas a nivel local, pero también a su reconfiguración por medio de la aplicación casuística que de él efectúan los tribunales.

Este estudio, además, permite georreferenciar, por comunas, los conflictos en la primera instancia judicial a nivel nacional, complementando así los resultados obtenidos en otro estudio anterior realizado igualmente por el CRHIAM, pero centrado en las decisiones emitidas por los Tribunales superiores de justicia, en el período 1981-2013, en que, usando como unidad territorial las provincias del país, concentró su análisis en la relación entre actividades productivas y conflictos por el agua⁶.

I. Las responsabilidades que impone al Estado la condición de los recursos hídricos como bienes nacionales de uso público

No existe duda alguna que jurídicamente el agua es un bien nacional de uso público⁷. Lo que no queda tan prístinamente claro e intentamos demostrar a través de este estudio empírico, es si, en la práctica, y en relación a los procedimientos de saneamiento de títulos, dichos recursos se protegen (o no) en aras del interés general que subyace a su condición de bienes nacionales de uso público.

Para un sector importante de la doctrina se debe reconocer la existencia de un dominio público sobre las aguas⁸, el que se ha justificado en algunos casos –en el ámbito comparado– por las finalidades a las que sirve: uso público, servicio público y fomento de la riqueza nacional (por ej.: art. 339 del Código Civil español) o, por los derechos fundamentales con los cuales está en conexión⁹. Significa, asimismo, que los recursos hídricos están supeditados a una función pública, conocida como *publicatio*, la que, como proponen Atria y Salgado¹⁰, “es la declaración de que ciertas actividades y bienes sirven al interés de todos y por eso se publican: su régimen ya no depende de las decisiones espontáneas de individuos particulares que buscan su interés privado, sino de la decisión de todos manifestada en la ley en referencia a ciertas necesidades públicas compartidas”.

Esta circunstancia ha sido por lo demás, reconocida en materia de un requerimiento de inconstitucionalidad del numeral 1 del artículo 459 del Código Penal sobre

⁶ RIVERA SALAZAR et al. 2016.

⁷ Constitución Política 1980, Art. 19 N° 23; Código Civil 1856, Art. 595; Código de Aguas 1982, Art. 5°.

⁸ Sostenida por la doctrina especializada: PENAILILLO 1979, 51; la siguieron la CS, *Arriagada Sagar-dia, Orlando con Fisco de Chile* (2005); y la Contraloría General de la República, Dictamen N° 5.813 (1988) y Dictamen N° 32.706 (2002). Es, sin embargo, puesta en duda por VERGARA 2001, 369-389.

⁹ A modo ilustrativo, la Constitución de Ecuador regula el agua en conexión con el derecho humano al agua, derecho a la salud, derecho a la vida digna y derecho a un ambiente sano (Constitución de Ecuador 2008, arts. 12, 14, 32 y 66).

¹⁰ ATRIA y SALGADO 2016, 24.

usurpación de aguas subterráneas, por el juez constitucional, en causa rol N° 1281 del año 2009 al señalar expresamente que “el interés público de la reserva implica que, a pesar de que se entregue el uso privativo del bien, la administración conserva potestades para asegurar la titularidad pública; del otro lado implica salvaguardar la función pública expresado en el uso eficiente del bien. Para esto último la legislación vincula los derechos de uso o aprovechamiento a finalidades concretas o a condiciones o requisitos específicos, que no pueden ser modificados por los beneficiarios de los títulos habilitantes”¹¹.

Y dado el carácter de bien nacional de uso público –calificación que reciben los recursos hídricos– el sistema de tutela administrativa y judicial debe reflejar dicha calidad. Por ejemplo: para la protección judicial de los bienes nacionales de uso público, Andrés Bello consideró en el art. 948 del Código Civil un sistema mixto de tutela, donde pueden ejercer acciones preventivas y reparatorias tanto las municipalidades como “cualquiera del pueblo”, justamente por tratarse de bienes que pertenecen a la Nación. Así lo ha resuelto recientemente la Corte Suprema en un caso de contaminación de aguas¹².

La caracterización de los recursos hídricos como un bien nacional de uso público impone obligaciones al Estado, en palabras de Tatiana Celume: “cualquier fórmula de uso que se cree (privativa o no) deberá siempre ajustarse, ya en clave constitucional, al interés general que ha justificado la publicación”¹³. Por ello, con mayor razón el Estado de Chile a través de los diversos órganos integrantes de la Administración del Estado, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, debe ejercer una tutela sobre los recursos hídricos para asegurar el logro de los fines públicos perseguidos. Es posible reconocer usos privativos mediante el otorgamiento de un derecho de aprovechamiento de aguas, pero a su vez en estos casos es necesario conciliar la tensión que se produce entre un fin individual y el interés general.

1. Estado-Legislador

Más allá de la profunda reforma constitucional y legal que el Estado de Chile debe asumir en materia de recursos naturales, con especial mención a los recursos hídricos, parece relevante destacar algunos ejemplos –aislados por cierto– en que se ha legislado para preservar el interés general en materia de recursos hídricos.

En el año 2005 la ley 20.017, tras 12 años de tramitación en el Congreso Nacional, intentó promover el uso del agua evitando la constitución especulativa de volúmenes en las adquisiciones originarias, siendo el ejemplo más representativo la consagración de la institución denominada “patente por no uso de las aguas”¹⁴. En

¹¹ TC Rol N° 1281-08 (2009), considerando 34.

¹² Esta acción popular fue ejercida con éxito recientemente para la protección de las aguas del estero Pupío frente al tranque de relave “El Mauro”, al darle la Corte Suprema una interpretación amplia, comprensiva de problemáticas ambientales. Para la tesis de la aplicación de esta norma en materia ambiental, ver DELGADO 2005.

¹³ CELUME 2013, 136.

¹⁴ En la Historia de la Ley N° 20.017 (2005), y más concretamente en el *Oficio con Indicaciones del Ejecutivo* de fecha 4 de julio de 1996, se dejó expresa constancia de que “con el objeto de corregir dicha deficiencia legal y lograr una mayor fluidez de las transacciones y evitar la acumulación de derechos de agua en forma desmesurada, sin que exista un aprovechamiento actual y futuro previsible por parte de quienes los detentan, se hace necesario establecer e implementar un sistema de patentes que grave los derechos de aprovechamiento de agua no utilizados”. Historia de la Ley N° 20.017 (2005) 23.

materia ambiental la misma ley incorporó el concepto de *caudal mínimo ecológico* para que la autoridad pueda negar el otorgamiento de nuevos derechos de agua, fundada en la protección del recurso¹⁵, de una manera ecosistémica¹⁶; así como establecer prioridades en épocas de sequía¹⁷.

Más aún, en algunos casos el legislador ha establecido discriminaciones positivas para lograr el acceso al recurso hídrico de grupos vulnerables, tales como las comunidades indígenas y la llamada agricultura de subsistencia, mediante la ley 20.411 del año 2009¹⁸. Esta política pública de prohibir la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en determinadas zonas –salvo para grupos “desaventajados”– fue debatida y declarada constitucional por el Tribunal Constitucional en la causa rol N° 2512-2013¹⁹, considerando que era posible establecer diferencias en el acceso al recurso hídrico sobre la base de un interés público.

2. Estado-Administrador

En el contexto de esta investigación, se examinan las obligaciones que caben al Estado-administrador y que se traducen en el juego más o menos armonioso de las atribuciones y cargas que surgen entre el ente –la Dirección General de Aguas (en adelante, DGA)–, el objeto de su función administrativa –el agua–, y de los derechos y cargas del titular de los derechos de aprovechamiento de aguas legalmente constituidos y/o reconocidos.

Una primera función es la de administrar el recurso, conservándolo. Al respecto se ha sostenido que “la administración como titular de los bienes afectos al servicio público no es un ‘propietario’ común, ni dispone de una plena libertad de actuación en el uso de estos bienes. Por el contrario, además de todas las obligaciones que le impone el hecho que tales bienes sean de dominio público como ya se ha explicado precedentemente, se encuentra fuertemente vinculada por dos principios básicos: a) el deber de conservación y uso racional de estos bienes... b) la sujeción a las reglas del servicio”²⁰. En términos más sintéticos, se debe hacer presente que “en cuanto a las aguas, sobre estas existe la tutela y supervigilancia del Estado, la que se hace efectiva por medio de la Dirección General de Aguas”²¹.

En cuanto a la función pública ambiental y deberes constitucionales en relación a los recursos naturales, el Estado tiene obligaciones precisas. El art. 19 N° 8 de la Constitución Política, como es sabido, no solo consagra el derecho fundamental a

¹⁵ Código de Aguas, art. 141.

¹⁶ El D.S. N° 14 de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, permite al Ministerio de Obras Públicas fijar un caudal mínimo ecológico en casos calificados, entre los cuales se considera “la existencia de impactos significativos que alteren factores bióticos y abióticos, físicos, químicos y biológicos, que aseguran el resguardo de la estructura, dinámica y funcionamiento de los ecosistemas asociados a la fuente de agua superficial, con el fin de mantener los servicios ambientales que prestan”. Mediante el Decreto 71 del año 2014, se reemplazó la expresión “ambientales” por “ecosistémicos”, admitiendo que en realidad la norma debe atender a los problemas en el funcionamiento ecosistémico del curso de agua en cuestión. Antes de la reforma, en DELGADO 2014, 523-553; y después de la reforma, DELGADO 2016, 51-64.

¹⁷ Código de Aguas, art. 314.

¹⁸ Ley 20.411 de 2009.

¹⁹ Sentencia TC Rol N° 2512-2013 (2013), considerando 2.

²⁰ MONTT 2009, 305.

²¹ PARADA 2000, 130.

vivir en un medioambiente libre de contaminación, sino que, en su inciso segundo, además consagra como deber del Estado –sin distinción de poderes, funciones o grados– tutelar la preservación de la naturaleza. En lo concreto, como administrador del bien nacional de uso público denominado agua, es menester señalar que a la Administración del Estado le corresponde ejecutar:

a) *Actuaciones jurídicas no normativas*. “el deber constitucional impone a la administración una actuación, principalmente preventiva frente a fenómenos que atenten contra la preservación de la naturaleza... la administración, interpretando el deber constitucional que sobre ella recae, deberá al menos reaccionar frente a episodios que atenten contra la preservación de la naturaleza”.

b) *Actuaciones materiales*. Ha sido entendido por la doctrina como el deber de “no atentar contra la preservación de la naturaleza”²².

Esencial además es que la DGA debe inventariar el recurso hídrico mediante información fidedigna, actualizada y de acceso público²³, debe catastrar los derechos de aprovechamiento de aguas (para lo cual faltan muchos derechos que deben ser saneados o perfeccionados) y contribuir a la gobernanza del recurso, en conjunto con las organizaciones de usuarios. Y como es sabido, la legislación vigente no permite al ente administrador controlar la enajenación de estos derechos, de tal manera que, luego de su constitución, el Estado pierde buena parte de su poder en el mercado en que circulan estos derechos - con la limitada excepción del remate por no pago de patente.

Esta investigación empírica, se centrará específicamente en el rol de la DGA en los procesos de saneamiento de los derechos de agua, unido al que además juegan los Tribunales de Justicia.

3. Estado - Juez

En el mismo sentido, cabe preguntarse de qué modo el Estado, a través del juez vela por este interés público en la substanciación de los procedimientos de regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas para el acceso al recurso hídrico.

Para los fines del presente estudio, entenderemos por judicialización el sometimiento de una cuestión –sea contenciosa o voluntaria– de relevancia jurídica a la decisión de un tercero imparcial, el juez. La judicialización constituye un fenómeno que es común a todos aquellos –bienes, derechos, relaciones jurídicas y un extenso etcétera– donde esta decisión preste o pueda prestar una utilidad para el hombre y sus organizaciones. En el caso de los recursos hídricos, el interés público o general a resguardar, abarca no solo consolidar el acceso y disponibilidad del agua para fines productivos, sino por el contrario, considerar y resguardar los diversos usos de este recurso, incluyendo su función ecosistémica y aquella necesaria para mantener la propia vida humana.

Una de las preguntas de investigación se refiere a la correlación que se puede inferir entre los conflictos judiciales y los mecanismos de acceso al recurso, entendiendo por tal los procedimientos de perfeccionamiento, regularización e inscripciones que los particulares solicitan para el adecuado registro de sus derechos, en sede administrativa y judicial. Al respecto, debemos hacer presente que el Código de Aguas (en adelante, CA) en sus artículos 1° y 2° transitorios utilizan indistintamente el

²² PÜSCHEL 2010, 137 y ss.

²³ MOP-DGA 2016.

término “regularizarse”, mientras que el Decreto Supremo N° 1220 del Reglamento del Catastro Público de Aguas, en su título segundo, introduce el término “perfeccionamiento”. Ahora bien, de los fallos analizados se distingue claramente el uso de dos términos distintos: perfeccionamiento para aquel procedimiento de que trata el Artículo 1° transitorio del Código y regularización para el tratado en el Artículo 2° transitorio.

El perfeccionamiento es un procedimiento de carácter especial, cuyo objetivo es la normalización de aquellos derechos de aprovechamiento que fueron inscritos en algún momento, pero donde la cadena de inscripciones se rompió por el hecho de no haberse efectuado la o las inscripciones correspondientes a transferencias y transmisiones ocurridas con posterioridad, sumado a los sucesivos cambios legislativos en materia de registro de los derechos sobre las aguas. Está regulado en el art. 1° transitorio del CA como un procedimiento de “regularización” de derechos, y considera una etapa judicial solo en el caso que el Conservador de Bienes Raíces se rehúse a practicar las nuevas inscripciones solicitadas, para que el juez de letras competente ordene dicha inscripción, si lo estima procedente.

La regularización es asimismo un procedimiento de carácter especial y mixto, contemplado en el artículo 2° transitorio, que permite “regularizar” dos situaciones: sanear derechos de aprovechamiento de aguas que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrada en vigencia del CA (1981), y también a derechos no inscritos. En ambos casos se exige una serie de requisitos, tales como que el usuario logre acreditar 5 años de uso ininterrumpido, y que dicha utilización esté libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno. Se trata de un procedimiento mixto, pues a la etapa administrativa –que consiste en presentar solicitud a la DGA– le sucede una etapa judicial obligatoria, donde habiéndose presentado o no oposición, la autoridad remitirá los antecedentes al juez de letras competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este código, es decir, juicio sumario.

Finalmente, bajo la expresión “Inscripciones”, agrupamos los diversos procedimientos que tienen por objeto la práctica, modificación, o cancelación de inscripciones conservatorias en el registro del Conservador de Aguas.

Esta problemática será abordada desde una perspectiva empírica en el apartado siguiente.

II. Praxis judicial en los conflictos sobre recursos hídricos (2013-2014)

1. ¿Qué se discute judicialmente en Chile en torno a los recursos hídricos?

Cuando se propone como tema de análisis la judicialización de los conflictos sobre recursos hídricos, probablemente la percepción que existe se vincula a causas de gran impacto mediático, como las sucesivas apelaciones que se verificaron en relación al conflicto existente entre la comunidad de Caimanes²⁴ o los reclamos deducidos con motivo del otorgamiento de derechos de aguas destinados a con-

²⁴ Flores Tapia, Cristian y otros con Minera Los Pelambres (2014). En este fallo se condena a la Minera Los Pelambres S.A. por las obras efectuadas en el tranque de relaves El Mauro, ubicado en Caimanes, IV Región, que afecta al estero Pupío y el acceso al recurso de la población que vive en el lugar.

cretar el proyecto conocido como Hidroaysén²⁵. Aún más, si seguimos una reciente encuesta desarrollada por el CRHIAM durante el año 2015, podríamos concluir que, coincidentemente con lo expuesto, lo que se percibe como más debatido en Chile en relación a los recursos hídricos son cuestiones de relevancia ambiental²⁶.

Sin embargo, debemos dejar establecido que, contrariamente a lo que podría pensarse, este tipo de causas constituye una fracción menor dentro de un amplio universo de contiendas entre particulares, entre estos y el Estado, y numerosas otras variantes sobre las cuales haremos referencia de manera sucinta. Esta investigación constató que durante los años 2013 y 2014, las principales causas de judicialización consistieron en cuestiones relativas a los mecanismos de saneamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas. En otras palabras, la mayor cantidad de casos que llegaron a Tribunales durante el periodo de estudio, dijeron relación con la necesidad de los particulares de tener acceso al recurso mediante la consolidación de situaciones de hecho y que se traduce en la tríada perfeccionamiento –regularizaciones– inscripciones, referidas precedentemente²⁷.

En efecto, de los 1.853 fallos de los tribunales chilenos en primera instancia de jurisdicción común o civil, revisados para los años 2013-2014²⁸, las temáticas discutidas en materia de recursos hídricos en Chile son principalmente el amparo de aguas, los procedimientos sancionatorios y, sin duda alguna, la tríada perfeccionamientos, regularizaciones e inscripciones de derechos, como da cuenta la siguiente tabla:

²⁵ Si bien existen varias causas en relación al referido proyecto, destacan en la materia: *Antonio Horvath y otros contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén* (2011), recurso de protección deducido contra la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén por haber dictado la Resolución Exenta N° 225, de fecha 13 de mayo de 2011, que calificó favorablemente el proyecto "Hidroeléctrico de Aysén"; *Antonio Horvath y otros contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén* (2012), apelación del recurso anterior; y especialmente *Schindele, Ma. Elizabeth y otra contra DGA Región de Aysén* (2011), reclamación del artículo 137 del Código de Aguas deducido en contra de la Resolución Exenta D.G.A. número 410, del 13 de mayo del año 2011, en virtud de la cual se rechazó la oposición la solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento no consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, sobre aguas corrientes y superficiales del río Baker, hecha por Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. y su apelación, *Schindele, Ma. Elizabeth y otra contra DGA Región de Aysén* (2011) (inadmisible).

²⁶ La encuesta "Percepción y prácticas ciudadanas del valor del agua como bien natural y social: el consumo humano, agrícola, minero y energético en Chile en tiempos de cambio climático", se llevó a cabo en 4 regiones –Coquimbo, Metropolitana, O'Higgins y Biobío– durante los meses de abril a agosto de 2015, y tuvo por objetivo general estudiar y analizar las percepciones y prácticas de los ciudadanos sobre el valor, derechos, multiusos, conflictos sociales y judiciales, disponibilidad presente y futura del agua y, en particular estudiar el uso y tensiones en torno al uso del agua en la agricultura y minería en contextos de desregulación institucional e impactos del cambio climático.

²⁷ Desde la perspectiva del mercado ver HEARNE y DONOSO 2014, 103-126.

²⁸ Para desarrollar el proyecto, se utilizaron bases de datos de jurisprudencia de acceso público, como es el caso de aquella elaborada por el Poder Judicial. En función de un criterio de búsqueda uniforme, se obtuvo un primer conjunto de fallos que constituyeron la "base de datos 0". Con esta base 0, se procedió a realizar una depuración en función de criterios jurídicos y de pertinencia. Así fue posible obtener una base de datos depurada en forma definitiva, procediéndose luego a extraer los datos jurídicos más relevantes de manera uniforme a todas las sentencias analizadas con el fin de evitar sesgos. La relevancia de quien extrae información es de alta importancia en análisis y minería de datos, y para ello en el presente estudio se consideraron todas las sentencias dictadas en los años respectivos cualquiera sea la decisión adoptada y el estándar utilizado.

Tabla N° 1. Causas sobre recursos hídricos Tribunales Civiles de primera instancia (2013-2014)²⁹

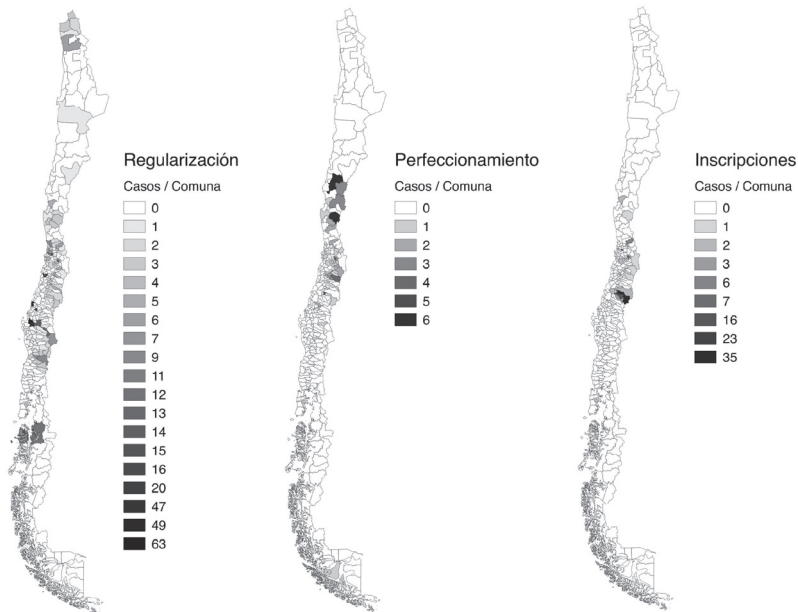
Materia	2013	2014	Totales
Acción de petición de herencia	0	1	1
Acción Innominada	1	0	1
Acción por daño ambiental	1	2	3
Acción posesoria de aguas	2	1	3
Acción posesoria de derecho común	2	1	3
Acción reivindicatoria	1	2	3
Amparo de Aguas	52	57	109
Contratos	6	8	14
Cumplimiento de resoluciones	1	0	1
Expropiación	1	0	1
Impugnación de acto administrativos	2	3	5
Indemnización de perjuicios	2	8	10
Inscripciones	134	125	259
Jactancia	0	1	1
Juicios de Hacienda	1	0	1
Nulidad de Derecho Público	1	3	4
Perfeccionamientos	401	81	482
Procedimiento sancionatorio	48	52	100
Reconocimiento de derechos	1	1	2
Regularizaciones	351	499	850
Total	1008	845	1853

De esta manera se comprueba que el 86% de las sentencias judiciales de primera instancia en materia de recursos hídricos en Chile, para los años 2013-2014, versaron sobre el acceso al recurso, a través de procesos de regularización, perfeccionamiento e inscripciones, amparados al alero del régimen transitorio del CA vigente.

²⁹ Elaboración propia.

En la siguiente figura, se presenta el mapa de Chile, considerando las comunas en las cuales fueron dictadas estas sentencias:

Fig. N° 1³⁰ Procedimiento de saneamiento en primera instancia por comunas 2013-2014



Es relevante destacar además que el 46% corresponde a causas tramitadas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2° transitorio, procedimiento de regularización que la actual reforma al Código propone terminar y que, en su tiempo, obedeció "al propósito del legislador de que todos los derechos de aprovechamiento de aguas existentes queden, en definitiva, inscritos en los Registros de Propiedad de Aguas de los respectivos Conservadores de Bienes Raíces; y que, además tal inscripción quede hecha a nombre de quien es, efectivamente, el actual titular de tales derechos"³¹. Este objetivo legislativo persiguió establecer una reordenación de los títulos jurídicos, reconociendo el uso efectivo y los derechos preexistentes a la dictación del CA³².

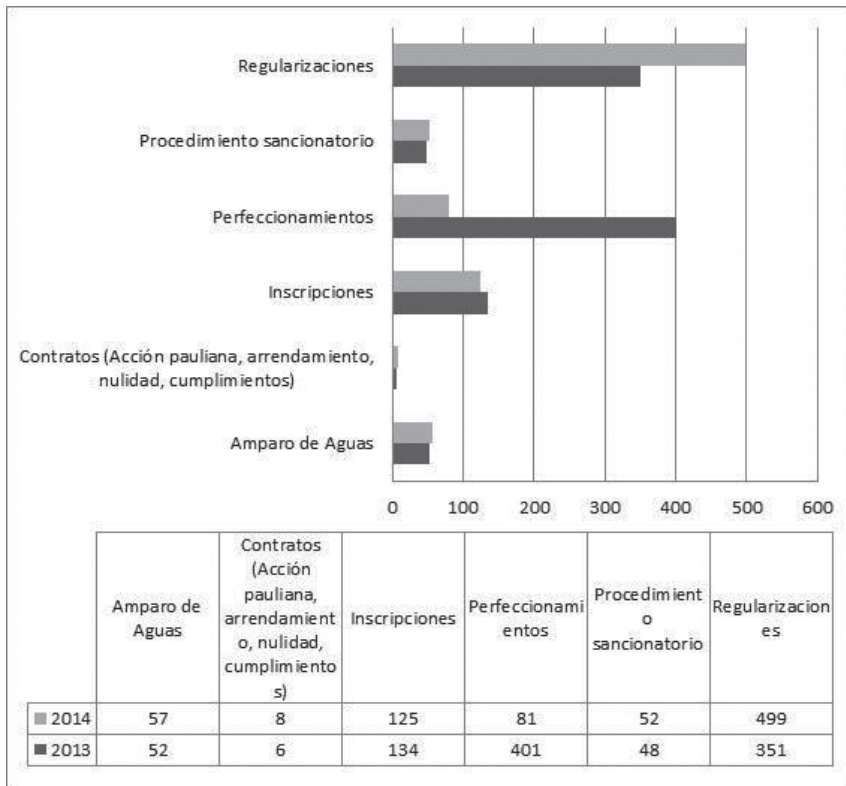
Estos elevados números confirman que, en materia de recursos hídricos, el rol de la justicia civil de primera instancia se limita básicamente a conocer y resolver procedimientos de saneamiento de títulos; especialmente del art. 2° transitorio, lo que en algunas jurisdicciones constituye una carga que se ve incrementada con las políticas públicas en la materia según se describirá en el siguiente apartado.

³⁰ Elaboración propia.

³¹ MUÑOZ ESCUDERO 2011, 1165.

³² Un ejemplo de estos derechos preexistentes son los derechos ancestrales sobre las aguas de los Pueblos Originarios Aimara y Atacameño, reconocidos en el artículo 64 de la ley 19.253 de 1993.

Figura 2. Número de sentencias por materia y año para las mayorías registradas³³



Ahora bien, si se comparan las seis materias más discutidas en los años examinados, se comprueba que en general los números se mantienen estables, salvo el caso de los perfeccionamientos y regularizaciones de título que –como se verá–, obedeció a la implementación de programas estatales en algunas localidades del país.

2. Paradojas y malas prácticas detectadas en los procesos de saneamiento de derechos de aprovechamiento en Chile

Junto con demostrar que estos procedimientos de saneamiento y consolidación de situaciones jurídicas imperfectas son los mayores en número en ambos años del estudio, la investigación reveló que estas causas se caracterizan por un conjunto de paradojas y malas prácticas procesales que ameritan ser relevadas.

a) Todos los “actores” o “solicitantes” concurren en pie de igualdad

Quizá en primer término, debemos advertir que la norma jurídica no establece reglas diferentes respecto a los actores que regularizan sus derechos, sea que se trate de personas naturales, o jurídicas de derecho privado o público (sean Municipalidades, Comunidades Indígenas, Juntas de Vecinos, etc.); y sin importar el uso de las

³³ Elaboración propia.

aguas que se solicitan (para consumo humano, agricultura de subsistencia, riego de la agroindustria, uso hidroeléctrico, uso minero, entre otros). Así como el CA vigente no reconoce prioridades en los usos del agua³⁴, tampoco los procesos de regularización distinguen utilizando la nomenclatura general de "personas" en el artículo 2° del CA. Todas ellas, concurren en un pie de igualdad –al menos aparente– a la sede jurisdiccional.

b) Incertidumbre respecto al "demandado"

Por otra parte, el adversario es –irónicamente– un ente incierto y cuya identidad varía no solo por las circunstancias del caso, sino especialmente por la costumbre del tribunal ante el cual se sustancia la causa. En otras palabras, cuando la DGA remite el expediente de las respectivas solicitudes de perfeccionamiento o regularización al Tribunal respectivo, este es el ente que determina finalmente quién es el sujeto que efectivamente detentará la calidad de adversario dentro de la etapa jurisdiccional del procedimiento a quien se deberá notificar, lo cual ha derivado en resultados disímiles a lo largo de los distintos Tribunales del país.

Tabla N° 2: Síntesis de sujetos que ocupan la situación jurídica de adversarios en las causas sobre regularizaciones y perfeccionamientos para el periodo 2013-2014.³⁵

Adversario	2013	2014	Totales
DGA	396	338	734
MOP	1	4	5
OUA	0	8	8
Personas Jurídicas	2	13	15
Personas Naturales	2	9	11
Sanitarias	0	4	4
Otros Servicios Públicos	0	12	12
Ausencia de Adversario	351	192	543
Total	752	580	1.332

De acuerdo a la tabla N° 2 durante los años 2013-2014, en los procesos de regularización y perfeccionamiento de derechos los "demandados" fueron organismos del Estado (DGA, MOP, otros servicios públicos); organizaciones de usuarios y otras personas naturales o jurídicas (incluyendo empresas sanitarias).

Esta diversidad de sujetos pasivos dentro del procedimiento se debe básicamente a que el CA no señaló con precisión quién debe ejercer la función de oposición, velando por los intereses públicos comprometidos. De hecho, de las 1.332 causas falladas en este tipo de procedimientos de saneamiento de derechos, en 543

³⁴ Sobre usos prioritarios, SANDOVAL 2015, 133 y ss. Este texto se basa en la Memoria de prueba realizada en el marco del proyecto CRHIAM, bajo la dirección de Verónica Delgado.

³⁵ Elaboración propia.

casos, es decir, en el 41% de las causas, las solicitudes se tramitaron sin considerar contradictor alguno.

Por otro lado, e igualmente relevante, es que en el 55% de las causas analizadas (734 sentencias de 1332), el “demandado” es la DGA, ente que se percibe como el natural destinatario de las solicitudes que tienen por objeto regularizar los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, en su rol de administrador de estos bienes nacionales de uso público.

Esta práctica ha sido criticada por parte de la doctrina, quienes amparándose en el tenor literal de las normas, señalan que a la autoridad solo corresponde enviar al Tribunal la solicitud con su informe técnico, sin perjuicio que en la vía judicial se solicite un nuevo pronunciamiento³⁶. La opinión contraria señala que es justamente la DGA, el órgano administrativo que debe velar por el interés que el titular del dominio público, el Estado, tiene en los recursos hídricos³⁷.

c) La frecuente inactividad del “demandado” (DGA) y el tercero opositor ha derivado en la “creación” de procedimientos y trámites por los Tribunales.

A mayor abundamiento, siendo el sujeto procesal que se considera como “demandado” la DGA, en la casi totalidad de los procedimientos no comparece a las audiencias, ni tampoco participa activamente en la substanciación de los respectivos procedimientos³⁸, teniéndose trámites tan importantes como la contestación por evacuados en su rebeldía, continuando así el juicio sin actividad procesal.

Esto, como una suerte de cadena de sucesos, determina que prácticamente la totalidad de los casos de regularizaciones y perfeccionamientos se substancien en rebeldía de este organismo público y, por ende, con amplias libertades para los peticionarios de llevar el procedimiento a su ritmo y con la libertad que implica no tener a una contraparte; lo que no parece acertado, si esta contraparte –DGA– debe velar por la condición de bien nacional de uso público del recurso.

Por eso resulta paradójico que en los casos en que comparece un tercero denominado “opositor” (es decir, un tercero que no desea la consolidación del derecho por interferir con un interés propio y que, por lo tanto, se apersona en el juicio), el procedimiento adquiere mayor formalidad, y restringe la libertad de los solicitantes en su pretensión sobre el recurso. Pero este tercero, a diferencia de la DGA, generalmente no cautelará los intereses nacionales de mejor gestión del recurso, sino los intereses propios. Esta es una gran diferencia que marca notablemente la substanciación de estos procedimientos.

Es asimismo importante precisar qué ocurre en otros casos, en que la DGA no es “demandado” ni tampoco un tercero se apersona al juicio. Específicamente en el procedimiento de regularizaciones del art. 2° transitorio del CA, donde el legislador no previó tampoco una regla para el caso en que no exista oposición, la doctrina –cuestionando incluso la existencia de una contienda–, ha detectado que los Tribunales han adoptado diversos procedimientos para dar una solución práctica al problema. Estos procedimientos, identificados por Muñoz, en la praxis judicial, son:

³⁶ Ver argumentos y doctrina en tal sentido en VERGARA 2014, 373-376, y en RIVERA BRAVO 2013, 326 y ss.

³⁷ ATRIA y SALGADO 2016, 49.

³⁸ Esto ya ha sido relevado previamente en la publicación del CRHIAM: RIVERA et al. 2016.

i) Examinar los antecedentes enviados por DGA, y comprobada que no hay oposición, dar lugar a la solicitud de regularización, siempre que del mérito de los antecedentes, aparezca que se cumplen los requisitos;

ii) Citar a comparendo dentro del 5° día contado desde la “última notificación”, ordenando notificar a la organización de usuarios cuyas obras son utilizadas para captar las aguas relacionadas al derecho de aprovechamiento de aguas, o si están inscritos a nombre de una persona distinta al regularizador, a esa persona;

iii) Ordenar una nueva publicación en los diarios, para que terceros que se sientan afectados puedan hacer valer sus derechos³⁹.

En todo caso y por cuestionable que sea esta “creación” o “innovación” en los procedimientos, la práctica de notificar al menos a las organizaciones de usuarios sería para algunos, positiva, y debería legislarse en dicho sentido, pues el fallo efectivamente podría afectarles⁴⁰; y al ser notificados, podrían aportar relevantes antecedentes⁴¹.

Pues bien, el estudio empírico realizado permite comprobar la disparidad de criterios con que son abordadas estas causas en la praxis judicial, cuando no hay oposición de terceros. Los tribunales han decidido saltarse las reglas dadas por el CA –que señalan como procedimiento aplicable a estos juicios el sumario descrito en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil– y darles, sin mayor fundamentación en sus sentencias, tramitación de cuestión no contenciosa. Aunque debemos hacer presente que también, en algunas ocasiones, los Tribunales han optado por tramitarlos como cuestiones contenciosas en que solo existe un actor, pero sin demandado.

Tenemos, hasta el momento, que unas mismas instituciones –todas regidas en su manifestación procesal por las reglas del procedimiento sumario y las disposiciones comunes del libro primero del CPC– pueden recibir, en el hecho, diversas tramitaciones y así ha venido aconteciendo en los años analizados. Entonces, judicializada una misma cuestión puede recibir distinto tratamiento.

Dicho lo anterior, es posible exponer otra paradoja del sistema: en la mayoría de las causas estudiadas para la primera instancia –que corresponden a los casos de regularizaciones, perfeccionamientos e inscripciones– no existe un real conflicto procedimental entre partes, pues se desarrollan en el silencio de una –el “demandado”– o de varias –el “demandado” y el opositor ausente–. Además de darse la grave circunstancia de no existir una contraparte que vele por el interés público de lo debatido, se observa cómo la falta del control de una contraparte, unida al principio de pasividad de los tribunales, flexibiliza en forma extrema el procedimiento de consolidación a los derechos de aprovechamiento de aguas a los cuales resulten aplicables las normas transitorias del CA, hasta el punto de generar procedimientos totalmente distintos a los previstos por el legislador.

³⁹ MUÑOZ ESCUDERO 2011.

⁴⁰ VERGARA 2014, 373-376.

⁴¹ De hecho, se ha propuesto que una reforma considere solicitarles un informe dentro de determinado plazo, pero no en calidad de demandada, pues esta organización podría aportar relevantes antecedentes en la causa, al conocer realmente cómo son usadas las aguas en la fuente en cuestión. Ver RIVERA BRAVO 2013, 325-326.

Incluso más, en un mismo Tribunal, en el caso del Juzgado de Letras de Curacautín, durante el año 2013 se tramitaron 24 regularizaciones, 3 como contenciosas y 21 como no contenciosas⁴².

d) Tribunal "a la carta"

La frecuente inactividad del sujeto señalado por el Tribunal como sujeto pasivo (DGA) y el tercero opositor han permitido además, que sea el propio solicitante quien decida el Tribunal que "más convenga" a sus intereses. Este estudio empírico determinó que en 63 casos durante los años 2013 y 2014, los procedimientos de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas fueron originalmente conocidos en el juzgado de letras naturalmente competente –en el caso que comentamos, Juzgado de Letras de Santa Juana–, retirados por el solicitante antes de notificación, para luego presentarla, como si fuera una demanda, en el Juzgado de Letras de Tomé. La DGA fue debidamente notificada pero –como ya ha sido revelado es una "práctica habitual"–, no compareció a la audiencia de contestación y conciliación propia del procedimiento sumario, disponiéndose que debiera continuarse la tramitación en su "rebeldía".

El solicitante, quien en la práctica seleccionó el tribunal competente aplicando la denominada "prórroga tácita de competencia", solicitó a su vez que en "la rebeldía de su adversario", se omitiera el período probatorio y se cite a las partes a oír sentencia.

El juez titular de Tomé se declaró incompetente para conocer estas causas –fundado entre otros argumentos en tratarse de normas de orden público– lo que fue apelado ante la I. Corte de Apelaciones de Concepción. La decisión de la Corte dio cuenta de otros datos acerca de la libertad con que actuó el solicitante y su abogado, incorporando justificaciones para la prórroga que la Corte denominó "extrajudiciales e impertinentes" tales como haber retirado la solicitud por saber que el criterio del juez era recibir la causa a prueba⁴³. La decisión de la Corte en definitiva, en las 63 causas, fue obligar al Juez de Letras de Tomé a conocer, retro trayéndolas al estado de recibir la causa a prueba y continuar con la tramitación de la misma hasta dictar sentencia definitiva.

En estas numerosas causas en materia de acceso al recurso hídrico mediante el procedimiento de regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas, el solicitante a total voluntad, y a pesar de la ubicación geográfica de los mismos en la comuna de Santa Juana, decidió tramitar los procedimientos ante el Juez Letrado de Tomé –contra la voluntad del propio juez– por razones que conocemos solo parcialmente.

⁴² Así, se tramitaron en el Juzgado de Letras de Curacautín, como juicios sumarios; *Sucesión Alejo Cayo Tazcon con Tascon García* (2012), *Rodríguez con Coulon* (2013), *Inversiones Santa Sofía* (2013); por su parte se tramitaron como gestiones voluntarias los roles *Turismo Agua Nieve* (2013), *Montoya Aburto Félix Mery* (2013), *Zárate Hermosilla Pedro Juan* (2013), *Vergara Paredes Eufemia R.* (2013), *Cayuqueo* (2013), *Morales* (2013), *Sucesión Alejo Tascon* (2013), *Benavides Benítez Gilberto* (2013), *Cañumir* (2013), *Acuña* (2013), *Cerda Leiva Miguel Andrés* (2013), *Patrio Soto Soto* (2013), *Nehuen* (2013), *Lemunao* (2013), *Turismo Agua Nieve* (2013), *Lagos* (2013), *Rivas* (2013), *Figueroa* (2013), *Inversiones Santa Sofía* (2013), *Inversiones Santa Sofía* (2013), *Marihuan* (2013).

⁴³ *Uribe Fuentes, Carlos, con DGA Región del Biobío* (2014), considerando 4°.

e) *Las “sentencias tipo” y la “justicia express”*

Otra manifestación de estas malas prácticas, se expresa en la existencia a lo largo del país de distintas sentencias “tipo” propias de cada Tribunal, en las cuales las consideraciones permanecen idénticas en cada una de ellas, variando solo los datos particulares del derecho que se sanea (medida del derecho, fechas, lugares, coordenadas, etc.). En algunos tribunales del país, las sentencias se reducen al mínimo indispensable para singularizar el derecho, sin razonamiento alguno sobre las cuestiones expuestas por las partes, las consideraciones que la DGA pudiere haber realizado en protección del interés público o la fundamentación de las medidas especiales decretadas (o no) por el juez de la causa dispuestas en el artículo 179 del CA. La enunciación del cumplimiento de los requisitos legales es el único contenido de estas sentencias, haciéndose abstracción de cualquier otro elemento, lo que confirma la conclusión del Banco Mundial en relación a que en Chile existe una baja calidad técnica de las resoluciones dictadas en tema de aguas⁴⁴.

De esa manera, por ejemplo, el Juzgado de Letras de Putaendo, pudo dictar en el año 2013, 325 sentencias en procedimientos de perfeccionamiento, sobre un total de 1.008 de nuestro estudio y 586 terminadas por sentencia definitiva según el Poder Judicial⁴⁵.

Todo el sistema se estructura entonces de tal manera que, como una suerte de continuación del procedimiento administrativo, la regularización y el perfeccionamiento de derechos de aguas pasa a ser una gestión “express” simplificada hasta extremos de configurar procedimientos nuevos en los cuales, los afectados probablemente se enterarán cuando ya sea muy tarde y en que los jueces, probablemente carentes de formación especializada, forman y deforman instituciones básicas; con omisión absoluta a las consideraciones de interés público que debiera determinar la suerte de los recursos hídricos solicitados.

III. La incidencia de las políticas públicas en la judicialización en materia de recursos hídricos

El Estado-administrador de los recursos hídricos continentales, principalmente a través de la labor de la DGA, debe velar por la conservación y uso racional de estos bienes, lo que implica reaccionar oportunamente frente a episodios que atenten contra la preservación de la naturaleza, y abstenerse obviamente de realizar dichos actos⁴⁶. Además, debe inventariar el recurso hídrico⁴⁷ y catastrar los derechos de aprovechamiento de aguas; contribuyendo a la gobernanza del recurso hacia fines extractivos y no extractivos.

⁴⁴ BANCO MUNDIAL 2011, párr. 232.

⁴⁵ En este punto hacemos presente que según las estadísticas publicadas por el Poder Judicial para el año 2013, el ítem “Aguas, derecho aprovechamiento, aguas” correspondiente al código de ingreso D06, registra un total de 586 causas falladas para el referido ingreso. Para nuestro estudio, sin embargo el número de sentencias consideradas es mayor, pues se han considerado además otras cuestiones contenciosas y voluntarias en que el debate se centra en cuestiones relativas a derechos de aprovechamiento de aguas, pero que no corresponden al código de ingreso D06, como sería el caso de las cuestiones relativas a la inscripción de derechos de aprovechamiento ya constituidos en el conservador de bienes raíces respectivo.

⁴⁶ PÜSCHEL 2010, 139.

⁴⁷ Un aporte en este sentido es el recientemente publicado *Primer Atlas del Agua*, ver MOP-DGA 2016.

En este sentido se explica que existan numerosas políticas públicas que tengan por objetivo perfeccionar los títulos y regularizar los derechos de aprovechamiento de aguas. Así por ejemplo destaca el Clúster de asociatividad DGA, INDAP y CNR “para mejorar la eficiencia del riego como objetivo de sustentabilidad y la diversificación de acciones para disminuir el impacto del cambio climático”⁴⁸.

En esta investigación se constató que el MINAGRI, con apoyo de la División de Estudios y Desarrollo de la Comisión Nacional de Riego, ejecutó al año 2013, catorce programas para regularizar y perfeccionar más de nueve mil derechos de aprovechamiento de aguas a nivel nacional⁴⁹, a través de Programas especiales que generalmente benefician a agricultores regantes. Esto significa que la política pública está dirigida a perfeccionar títulos sobre las aguas para el beneficio de la agricultura, a través de una asesoría con costos bastante menores al de precio de mercado. Y debe considerarse además, aunque a escala menor, el beneficio que otorga el SAG al mismo sector, mediante el llamado “Bono legal del Agua”, incentivo que también permite constituir, regularizar, trasladar derechos de aprovechamiento de aguas o costear otras gestiones judiciales.

También existen iniciativas similares en los Gobiernos Regionales en programas que complementan los de la Comisión Nacional de Riego o bien, que son independientes, más bien asociados al agua para consumo humano, ya sea para regularizar derechos o construir plantas o instalaciones de Agua Potable Rural, o para mejorarlas, entre otras finalidades. De hecho, existe una Glosa especial para los Gobiernos Regionales del país, llamada “Derechos de Aprovechamientos de Aguas”⁵⁰ que, al menos en la Región del Biobío, ha sido usada para regularizar derechos de agua en muchas localidades, como se verá.

Revisados los programas terminados y en ejecución de la Comisión Nacional de Riego y los Gobiernos Regionales, se demuestra que en la mayoría de las comunas con números más elevados de sentencias en materia de regularización, inscripciones y perfeccionamientos, en los años 2013 y 2014 el Estado (en sentido amplio) fue el que promovió –tres o dos años antes– programas de regularización o perfeccionamiento de derechos de agua.

Por ejemplo, durante el año 2013, en perfeccionamientos, las comunas con más causas resueltas por Tribunales fueron Putaendo (325), San Felipe (23), Chillán (6) y Linares (4). Y el año 2011 inició el Programa de Saneamiento, regularización y perfeccionamiento para la cuenca de Putaendo, que abarcó 1.430 Derechos de Aprovechamiento de Aguas, beneficiando a 37 organizaciones de usuarios, quienes recibieron sus títulos a fines de 2013. El mismo programa explica seguramente que también sean Putaendo (16) y Linares (61) las comunas con más sentencias falladas en materia de inscripciones de derechos de aprovechamiento de aguas ese año.

Durante al año 2014, en perfeccionamientos, las comunas con más causas fueron Santa Juana (63), Nacimiento (47) y Cobquecura (49), desarrollándose en todas ellas iniciativas del Gobierno Regional del Biobío que según las glosas presupuestarias beneficiarían a 128, 61 y 103 personas respectivamente, aunque aquí la finalidad era apoyar a Comités o Cooperativas de Agua Potable Rural⁵¹.

⁴⁸ RETAMAL et al. 2012, 277.

⁴⁹ Diario *Vivimos la Noticia* (2016): “Bajan costos de derechos de aguas para los agricultores”.

⁵⁰ Ver GLOSA GORES 2016.

⁵¹ Ídem. subtítulo 29.3.5).

En otras palabras, en las comunas en que existieron mayor número de causas relacionadas al recurso hídrico ellas lo fueron en materia de regularización y saneamiento de los derechos, donde como se ha dicho un verdadero conflicto no existe; y donde resulta ser el Estado el que principalmente financia y fomenta que los usuarios saneen y regularicen sus títulos, de acuerdo a prioridades de políticas públicas sujetas a variación de acuerdo al gobierno de turno.

El sistema legal vigente de mercado para las aguas, claramente no ha sido capaz de lograr que los propios interesados gestionen el contar con derechos otorgados o reconocidos de manera completa y/o debidamente regularizados. Ha debido el Estado implementar programas de fomento. Y seguramente, ello se explica en que sin estos derechos ciertos, los usuarios para fines productivos puedan seguir disfrutando en los hechos del recurso hídrico como siempre lo han hecho e incluso, puedan seguir recibiendo beneficios como los considerados en la Ley de Riego⁵².

Tal como sintetiza el informe del Banco Mundial del año 2011, la falta de regularización e inscripción se explica en que no existen incentivos suficientes o penalizaciones adecuadas para que los titulares de Derechos de Aprovechamiento de Aguas regularicen. Se trata de un procedimiento facultativo, sin plazo, donde el derecho no nace con la regularización, sino con el uso. No hay penalidades fiscales por no regularizar y es posible para un usuario tener acciones de una asociación de canalistas o Junta de Vigilancia sin tener título regularizado. La tercera razón estaría en que si bien el trámite ante la DGA es gratuito (salvo si la DGA estima necesario realizar inspección ocular), los interesados deben costear la publicación y difusión de las solicitudes; lo que explica la existencia de programas de apoyo estatales⁵³.

Muchos critican el hecho que desde hace 30 años los Derechos de Aprovechamiento de Aguas en Chile se regularicen mediante una norma meramente transitoria, que al no considerar un plazo o incentivos o castigos a los titulares, no ha logrado su objetivo de mejorar en un plazo razonable la certeza del sistema de Registro de los derechos de aprovechamiento de aguas⁵⁴. La actual reforma al Código pretende subsanar esta situación, proponiendo como plazo máximo para regularizar un año contado desde que se publique la modificación al CA.

Además, con este procedimiento implementado hace 30 años, hay una creciente dificultad para verificar la validez de los pedidos de formalización de los usuarios y en 9 cuencas del país, el artículo 2º transitorio "se ha prestado para muchos abusos", porque se han regularizado en su nombre muchos usos (especialmente de aguas subterráneas) que no se registran en los catastros de usuarios realizados por la DGA entre 1981 y 1987 para aguas superficiales y en 1976 para aguas subterráneas⁵⁵.

Por lo demás, esta investigación empírica permitió detectar otro fenómeno que no se ha advertido adecuadamente y que puede complicar el proceso de saneamiento de títulos. En efecto, la prolongada sequía que afecta a parte importante del país

⁵² En el Informe del Banco Mundial (2011) se explica: "Cabe mencionar que fue necesario suspender el incentivo introducido en la reforma de 2005 para estimular la inscripción de DAA agrícolas, porque impedía que muchos pequeños productores se beneficiaran de los subsidios para riego, pero desde 2007 el Indap implementó el programa "Bono Legal de Aguas con el objetivo de apoyar a dichos productores en su proceso de perfeccionamiento, regularización e inscripción de su DAA en el CPA.", v. BANCO MUNDIAL 2011, párr. 178.

⁵³ BANCO MUNDIAL 2011, párr. 86.

⁵⁴ VERGARA 2014, 371 y ss.

⁵⁵ BANCO MUNDIAL 2011, párr. 87.

puede complicar los procesos de regularización y saneamiento del CA, donde se exige por el art. 2° transitorio acreditar 5 años de uso ininterrumpido, contados desde que se haya comenzado a utilizar. En efecto, en un Programa de la Comisión Nacional de Riego para el saneamiento y/o regularización de 1551 derechos de aprovechamiento de aguas y el perfeccionamiento de otros 1.000, ejecutado el año 2011 en la provincia de Limarí, se informó que en varios casos “la regularización se hizo imposible” por no poder cumplirse el requisito mínimo de 5 años de uso “ininterrumpido”⁵⁶.

Lo anterior es relevante pues, si bien en el periodo 2013 y 2014 el artículo 2° transitorio fue la norma que más aumentó en número de causas resueltas por los Tribunales en Chile, podríamos estar frente a una norma anacrónica que –aun cuando la reforma propone mantener solo por un año más– caiga en desuso por razones externas, relacionadas más bien con aspectos de indisponibilidad real del recurso, situación que se presume será prolongada. Según un estudio reciente, se estima que dos terceras partes de la actual megasequía son atribuibles a la variabilidad climática y un tercio al cambio climático, lo cual significa que hay una tendencia casi irreversible a la disminución de la disponibilidad de agua en nuestro país⁵⁷. Lo anterior de hecho, obligaría al legislador a incluir aspectos de variabilidad y cambio del clima en la asignación y entrega de derechos.

Pues bien, hasta que el sistema continúe vigente y sin plazo para regularizar, el modelo –anclado paradójicamente en el mercado y la propiedad privada de los derechos de agua– requiere que sea el Estado el que promueva las regularizaciones de los derechos de agua que abultan las cifras en relación a los conflictos por el agua en Tribunales.

El Estado aquí, en la práctica, induce a la judicialización en relación al recurso hídrico, mediante procedimientos recién cuestionados y que además, no necesariamente reflejan una adecuada tutela del agua como cosa común. Las normas transitorias que permiten estos procedimientos de regularización están ancladas –en la lógica de la Constitución y del CA vigente– en lograr la propiedad sobre un derecho de aprovechamiento de las aguas debidamente registrado. Tanto así, que si se trata de justificar la inversión pública en estos programas (salvo en aquellos de agua potable rural), se razona siempre en base a la propiedad de los derechos y el fortalecimiento de las organizaciones de usuarios; y, con ello, finalmente, la mejora del mercado de las aguas, sin alusión alguna a la protección del recurso como tal. En el río Putaendo, las bases de licitación del programa de saneamiento indicaban como objetivo “contribuir al fortalecimiento de las Organizaciones de Usuarios del Agua de la subcuenca del río Putaendo a través del mejoramiento de sus capacidades en la gestión del agua y el saneamiento, regularización y perfeccionamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas de sus usuarios”⁵⁸. Y en Limarí, el objetivo general del Programa fue “contribuir al fortalecimiento de las organizaciones de usuarios del agua de la Región de Coquimbo, provincia del Limarí, a través del uso eficiente de los recursos hídricos y de la dinamización del mercado del agua”⁵⁹. Para Vergara también la falta de regularización en los títulos impide el funcionamiento efectivo del mercado, por falta de certeza⁶⁰.

⁵⁶ CIREN 2013.

⁵⁷ BOISIER *et al.* 2016.

⁵⁸ Ver Bases de Licitación del Programa CNR río Putaendo.

⁵⁹ CIREN 2013.

⁶⁰ VERGARA 2014, 417.

El matiz es diferente cuando el Banco Mundial, considera que estos procesos de regularización son un desafío pendiente para el país pues la falta de inscripciones de los derechos de agua "puede afectar la seguridad de su uso, porque no se puede proteger (ni manejar) lo que no está definido"⁶¹.

Si la lógica se ancla solo en la propiedad privada y en el funcionamiento del mercado, no asombra que en estos procedimientos, desde hace 30 años, la tutela del recurso como cosa común no exista por parte de la autoridad. Anclada en solo verificar el uso ininterrumpido del agua, la DGA permite en sede administrativa la regularización de estos derechos sin realizar un examen de disponibilidad real de agua ni fija el caudal mínimo ecológico, como sí debe realizar respecto a un nuevo derecho de aprovechamiento de aguas solicitado. Y luego, en sede judicial –que así las cosas, se hace casi innecesaria–, la indefensión se hace doble, cuando ni siquiera comparece la autoridad.

Ya se ha revelado además que la forma en que se realizan los procesos de regularización en Chile, que convierte los derechos anteriores al Código desde sus unidades originales a derechos con un caudal fijo que en caso de no poder ser abastecido pasa a ser una parte alícuota de las aguas disponibles en el río, han contribuido al sobreotorgamiento de los derechos. La práctica de asignar un solo derecho consuntivo a los usos históricos sin considerar que muchos usuarios aguas abajo dependen de los flujos de retorno ha llevado al sobreotorgamiento en algunos ríos del país⁶².

Se comparte sin duda que la regularización de derechos tiene por finalidad primordial reconocer usos consuetudinarios o ancestrales, pero yerra el Estado cuando subsidia y fomenta estos procesos de regularización de derechos, sin previamente considerar garantías mínimas de protección al recurso propiamente tal, más aún si ya existe el sobreotorgamiento de derechos en muchísimas cuencas del país y estos procedimientos pueden seguir contribuyendo a él, justamente en años descritos como de prolongada escasez hídrica⁶³.

Conclusiones

Esta investigación constató, contrario a la percepción ciudadana, que la mayoría de los conflictos por el agua en Tribunales son los ambientales, que durante los años 2013 y 2014, el 86% de las sentencias judiciales de primera instancia en materia de recursos hídricos (de un total de casi 2.000 fallos revisados) consistieron en cuestiones relativas a los mecanismos de saneamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas (sea que se trate del perfeccionamiento, regularización e inscripción) amparados al alero del régimen transitorio del CA vigente; es decir, con el acceso al recurso.

Estos elevados números confirman que, en materia de recursos hídricos, el rol de la justicia civil de primera instancia se limita básicamente a conocer y resolver procedimientos de saneamiento de títulos; especialmente del art. 2° transitorio, lo que en algunas jurisdicciones constituye una carga que se ve incrementada con las políticas públicas en la materia, específicamente la implementación de programas estatales en algunas localidades del país.

⁶¹ BANCO MUNDIAL 2011, párr. 85.

⁶² BANCO MUNDIAL 2011, párr. 117.

⁶³ GARREAUD *et al.* 2015.

Por otra parte, revisados los programas terminados y en ejecución de la Comisión Nacional de Riego y los Gobiernos Regionales, se demuestra que en la mayoría de las comunas que mostraron números elevados de sentencias en materia de regularización, inscripciones y perfeccionamientos, el Estado (en sentido amplio) fue el que promovió –tres o dos años antes– programas de regularización o perfeccionamiento de derechos de agua; intervención que solo se explica en que el modelo vigente no ha sido capaz de lograr que sean los particulares los que gestionen el saneamiento de sus derechos y títulos.

El presente trabajo se inicia con las consecuencias jurídicas que derivan de la condición de bien nacional de uso público del agua para todos los poderes del Estado. Por ello creemos que una falencia grave de la labor que desempeña la DGA, de cara a reformas de la legislación en materia de aguas, es que en estos procedimientos dicho organismo (en sede administrativa o judicial) no considera la “disponibilidad” real del recurso, basándose solo en la prueba del uso efectivo e ininterrumpido del agua por quien o quienes solicitan un derecho. Ello puede causar o agravar el sobreotorgamiento existente en varias cuencas del país. Si bien la actual reforma propone terminar con estos procedimientos en breve plazo, esta investigación reveló que en un caso, Limarí, no se pudieron regularizar todos los derechos de aprovechamientos de agua considerados en un Programa del Estado, pues por la sequía prolongada en la zona, no se pudo acreditar el requisito de 5 años de uso “ininterrumpido”. Podríamos entonces, estar frente a una norma anacrónica que si no es derogada (como la reforma propone) podría caer en desuso por indisponibilidad real del recurso.

Por otra parte el Estado-Juez también tiene una responsabilidad respecto de la conservación y sustentabilidad de los recursos hídricos⁶⁴. El estudio reveló que existen paradojas y malas prácticas procesales detectadas en los procesos de saneamiento de derechos de aprovechamiento en Chile que ameritan ser relevadas. Una es que el adversario en estas causas es incierto y depende de a quien decide notificar cada Tribunal, tras recibir el expediente que le envía la DGA; con la solicitud, su informe técnico y la oposición de un tercero, si la hubo. Incluso, en el 41% de las causas las solicitudes se tramitaron por los tribunales sin considerar contradictor alguno. Y en el 55% de las sentencias, el “demandado” fue la Dirección General de Aguas, ente que se percibe pues como el natural destinatario de las solicitudes que tienen por objeto regularizar los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, en su rol de administrador de estos bienes nacionales de uso público.

Además, como la ley no previó qué debe hacer el Tribunal cuando no hubo oposición de un tercero, muchos de ellos resuelven si se reúnen los requisitos legales, o notifican a la organización de usuarios cuyas obras son utilizadas para captar las aguas relacionadas al derecho de aprovechamiento de aguas, o si están inscritos a nombre de una persona distinta al regularizador, a esa persona; o bien, ordenan una nueva publicación en los diarios, para que terceros que se sientan afectados puedan hacer valer sus derechos.

Se observa cómo la falta del control de una contraparte, unida al principio de pasividad de los tribunales, flexibiliza de forma extrema el procedimiento de consolidación a los derechos de aprovechamiento de aguas a los cuales resulten aplicables las normas transitorias del CA, hasta el punto de generar procedimientos totalmente distintos a los previstos por el legislador. Ello ha permitido afirmar que cada solicitante

⁶⁴ Así por ejemplo, el art. 179 del Código de Aguas, establece que, de oficio, se puede decretar la inspección personal del tribunal, el nombramiento de peritos y el informe de la DGA.

te pueda hipotéticamente elegir el Tribunal que resuelva su solicitud según “conveniga” a sus intereses (caso Tomé-Santa Juana). Otros tribunales, sin mayor fundamentación en sus sentencias, no aplican el juicio sumario (como ordena la ley) y consideran el asunto como no contencioso. Incluso más, un mismo Tribunal, en Curacautín, durante el año 2013 tramitó regularizaciones, algunas como contenciosas y otras como no contenciosas.

Finalmente en tanto malas prácticas, en algunas comunas, en que se han presentado un número importante de solicitudes, los procedimientos se tramitan de manera “express”, con distintas sentencias “tipo” propias de cada Tribunal, en las cuales las consideraciones permanecen idénticas en cada una de ellas, variando solo los datos particulares del derecho que se sanea, con omisión absoluta a las consideraciones de interés público que debiera determinar la suerte de los recursos hídricos solicitados.

El Estado promueve estos programas de saneamiento de derechos y con ello induce a la judicialización en materia hídrica, sin considerar que, como garante del interés general que el uso del agua reclama, debe velar por la protección del agua como cosa común más que a la “dinamización del mercado” como han señalado algunas convocatorias de las licitaciones, como la de Limarí. La DGA no hace un análisis adecuado de la disponibilidad del recurso en sede administrativa; luego en Tribunales generalmente no comparece y si tampoco hay oposición de terceros, la práctica revela que los asuntos se resuelven sin consideración al interés general involucrado en la resolución. Los investigadores del CRHIAM que realizamos este estudio empírico creemos que yerra el Estado cuando subsidia y fomenta estos procesos de regularización de derechos, sin previamente considerar garantías mínimas de protección al recurso hídrico.

Bibliografía citada

- AYLWIN OYARZÚN, José (coord.); MEZA-LOPEHANDÍA, Matías y YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy (2013): *Los Pueblos Indígenas y el Derecho* (Santiago: LOM Ediciones), 604 pp.
- BANCO MUNDIAL (2011): “Diagnóstico de la gestión para recursos hídricos”, *Documentos, Departamento de Medio Ambiente* (Santiago), 88 pp.
- BANCO MUNDIAL (2013): “Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua”, *Documentos, Departamento de Desarrollo Sostenible* (Santiago), 220 pp.
- BAUER, Carl J. (1997): “Bringing Water Markets Down to Earth: The Political Economy of Water Rights in Chile, 1976-95”, en: *Journal of World Development*, Vol. 25, N° 5, pp. 639-656.
- BAUER, Carl J. (2004): “Results of Chilean water markets: Empirical Research since 1990”, en: *Water Resources Research*, N° 40, pp. 1-11.
- BOISIER, J. P.; RONDANELLI, R.; GARREAUD, R.D. y MUÑOZ, F. (2016): “Anthropogenic and natural contributions to the Southeast Pacific precipitation decline and recent megadrought in central Chile”, en: *Geophysical Research Letters*, Vol. 43, pp. 413-421.
- CELUME, Tatiana (2013): *Régimen Público de las Aguas* (Santiago, LegalPublishing), 420 pp.
- CIREN 2013: Centro de Información de Recursos Naturales (2013): “Programa saneamiento, regularización y perfeccionamiento de derechos de aprovechamiento de aguas en la Provincia de Limarí, Región de Coquimbo. Informe Final”. Dis-

ponible en: <http://bibliotecadigital.ciren.cl/handle/123456789/10170?show=full> [fecha consulta: 20 agosto 2016].

- DELGADO SCHNEIDER, Verónica (2005): "La protección del Medio Ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés BELLO: un estudio histórico-comparativo", en MARTINIC, Ma. Dora y TAPIA, Mauricio [Coord.], *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés BELLO. Pasado, presente y futuro de la codificación* (Santiago, Universidad de Chile, LexisNexis), Tomo II, pp. 907-937.
- DELGADO SCHNEIDER, Verónica (2014): "Servicios ecosistémicos y ambientales en la legislación chilena", en: ARANDA, Jorge; INSUNZA, Ximena; MONTENEGRO, Sergio; MORAGA S., PILAR; y URIARTE, Ana Lya [Coord.], *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental Universidad de Chile, Recursos Naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?* (Santiago, Thompson Reuters – La Ley), pp. 523-553.
- DELGADO SCHNEIDER, Verónica (2015): "Breves reflexiones sobre el daño ambiental en Chile al afectarse 'servicios ecosistémicos', con especial referencia a la legitimación activa de tales demandas", en BARRA, Ricardo.; ROJAS Jorge [Ed.], *Desarrollo Sustentable. Miradas Interdisciplinarias de experiencias en Chile y Brasil* (Concepción, Universidad de Concepción – VRIM), pp. 51-64.
- DOUROJEANNI, Axel y JOURAVLEV, Andrei (1999): "El Código de Aguas en Chile: entre la ideología y la realidad", en *Serie Recursos Naturales e Infraestructura 3* (Santiago: CEPAL), 84 pp.
- HEARNE, Roberty y DONOSO, Guillermo (2014): "Water Markets in Chile: Are They Meeting Needs?", en: Easter, William y Huang, Qiuqióng [Ed.] *Water markets for the 21st century* (Dordrecht, Springer Netherlands), pp. 103-126.
- GARREAUD, René (2015), "Informe a la Nación: La megasequía 2010-2015. Una lección para el futuro". Disponible en línea: <http://www.cr2.cl/megasequia/> [fecha de consulta 20 agosto 2016].
- MONTECINOS, Aldo (2012): "Cambio Climático en la Región del Biobío: recurso agua", en ROJAS HERNÁNDEZ, Jorge [Ed.], *Cambio Climático Global: vulnerabilidad, adaptación y sustentabilidad. Experiencias internacionales comparadas* (Concepción: Editorial Universidad de Concepción), pp. 319-328.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2002): *El Dominio Público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización* (Santiago: Editorial LegalPublishing-Chile), 456 pp.
- MOP-DGA (2016): *Atlas del Agua Chile 2016* (Santiago, Gobierno de Chile, MOP-DGA), 140 pp.
- MUÑOZ CASTILLO, Cristian (2009), "Variabilidad Interanual de la precipitación invernal en Chile central no asociada al ciclo El Niño-Oscilación Sur". Disponible en: http://www.dgeo.udec.cl/red-de-ex-alumnos/wp-content/uploads/2012/09/munoz-cristian_tesis.pdf [fecha de consulta: 27 mayo 2017].
- MUÑOZ ESCUDERO, Gonzalo (2011), "Regularización de Derechos de Aprovechamiento de Aguas", en: VERGARA BLANCO, Alejandro [Ed.], *Código de Aguas Comentado* (Santiago, LegalPublishing), pp. 1165-1188.
- OCDE, ECLAC (2005): *Environmental performance reviews - Chile* (Paris, OCDE), 246 pp.
- PARADA, Guillermo (2000): *El Derecho de Aprovechamiento de Aguas* (Santiago: Editorial El Congreso), 567 pp.
- PEÑAILILLO A., Daniel (1979): *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 604 pp.

- PÜSCHEL, Lorna (2010): *Deberes Constitucionales Estatales en Materia Ambiental* (Santiago, EditorialLegalPublishing), 168 pp.
- RETAMAL, Ma. Rafaela; ANDREOLI, Andrea; ARUMI, José L.; ROJAS, Jorge y PARRA, Óscar (2012): "¿Son la gestión de cuencas y el código de aguas herramientas sinérgicas para una gobernanza sustentable del agua en Chile?: primeras aproximaciones desde la escala local"; en: ROJAS HERNÁNDEZ, Jorge [Ed.], *Cambio climático global: vulnerabilidad, adaptación y sustentabilidad. Experiencias internacionales comparadas* (Concepción, Editorial Universidad de Concepción), 433 pp.
- RIVERA BRAVO, Daniela (2013): *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste* (Santiago, LegalPublishing), 445 pp.
- RIVERA, Diego; GODOY-FAÚNDEZ, Alex; LILLO, Mario; ÁLVEZ, Amaya; DELGADO, Verónica; GONZALO-MARTÍN, Consuelo; MENASALVAS, Ernestina; COSTUMERO, Roberto y GARCÍA-PEDRERO, Ángel (2016): "Legal disputes as a proxy for regional conflicts over water rights in Chile", en: *Journal of Hydrology*, Vol. 535, pp. 36-45.
- SANDOVAL MUÑOZ, María Ignacia (2015): "Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada", en: *Justicia Ambiental* (FIMA), n° 7, pp. 133-162.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2001): "La Summa Divisio de Bienes y Recursos Naturales en la Constitución de 1980", en NAVARRO, Enrique [ed.], *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001* (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda.), pp. 369-389.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2002): "Estatuto jurídico de la fijación de caudales mínimos o ecológicos", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N°1, pp. 63-79.
- VERGARA BLANCO Alejandro (2014): *Crisis Institucional del Agua* (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters), 508 pp.

Otros documentos citados

- Bases de Licitación del Programa CNR Río Putaendo SP-14832 (2011-2013), "Saneamiento, Regularización y Perfeccionamiento de Derechos de Agua en Cuenca Río Putaendo". Disponible en: <http://www.mercadopublico.cl>.
- Historia de la Ley N° 20.017 de 2005. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadela-ley/nc/historia-de-la-ley/5838/> [fecha consulta: 6 junio 2017].
- Glosa Gores 02-3-3.5 Disponible en: <http://www.subdere.gov.cl/información-al-congreso/glosa-gores-02-3-35-derechos-de-aprovechamiento-de-aguas> [fecha consulta: 13 agosto 2016].
- Diario *Vivimos la noticia* (2016), "Bajan costos de derechos de aguas para los agricultores", 16 de abril de 2016, publicada en línea: <http://www.vivimoslanoticia.cl/curico/bajan-costos-de-derechos-de-aguas-para-los-agricultores/> [fecha consulta: 20 agosto 2016].

Normativa citada

- Decreto N°100, fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Constitución Política de Chile. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.
- Constitución Política de la República del Ecuador, de 1998.
- Decreto con Fuerza de Ley N°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley n°4.808, sobre registro civil, de la Ley n° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley n° 16.618, ley de menores,

de la ley n° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley n°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. *Diario Oficial*, 30 mayo 2000.

Código Civil de España, de 1889.

Decreto con Fuerza de Ley N°1122, fija el texto del Código de Aguas. *Diario Oficial*, 29 octubre 1981.

Ley N° 20.017, modifica el Código de Aguas. *Diario Oficial*, 26 junio 2005.

Ley N° 20.411, impide la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas en virtud del artículo 4° transitorio de la ley 20.017 de 2005, en determinadas zonas o áreas. *Diario Oficial*, 29 diciembre 2009.

Decreto Supremo N° 14/2013, del Ministerio del Medio Ambiente, aprueba el Reglamento para la determinación del Caudal Ecológico Mínimo. *Diario Oficial*, 30 julio 2013.

Jurisprudencia judicial

Arriagada Sagardia, Orlando con Fisco de Chile (2005): Corte Suprema, 18 abril 2005.

Antonio Horvath y otros contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén (2011): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 6 octubre 2011.

Schindele, Ma. Elizabeth y otra contra DGA Región de Aysén (2011): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 6 octubre 2011.

Schindele, Ma. Elizabeth y otra contra DGA región de Aysén (2011): Corte Suprema, 26 octubre 2011.

Antonio Horvath y otros contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén (2012): Corte Suprema, 4 abril 2012.

Uribe Fuentes, Carlos, con DGA Región del Biobío (2014): Corte de Apelaciones de Concepción, 4 julio 2014.

Flores Tapia, Cristian y otros con Minera Los Pelambres (2014): Corte Suprema, 21 octubre 2014

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Sentencia TC Rol N° 1281-08 (2009): Tribunal Constitucional, 13 agosto 2009.

Sentencia TC Rol N° 2512-2013 (2013): Tribunal Constitucional, 30 diciembre 2013.

Jurisprudencia administrativa

Dictamen N° 5813 (1988); Contraloría General de la República, 8 de marzo de 1988.

Dictamen N° 32706 (2002); Contraloría General de la República, 23 de agosto de 2002.