

**Discurso inaugural del Ministro de Obras Públicas
Don Ricardo Lagos Escobar.**

Señor decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, señor Director de la Fundación Facultad de Derecho, Honorables senadores, amigos y amigas.

Quiero, en primer lugar, agradecer vuestra invitación para participar en la inauguración de este seminario y felicitar a la Fundación Facultad de Derecho por esta importante iniciativa de debate en torno al tema de derechos de aguas.

15

No me cabe la menor duda que a futuro el tema del agua va a ser objeto de un profundo debate en la sociedad chilena y sólo me cabe esperar que ese debate se haga con altura de miras, sin prejuicios y ~~entendiéndose~~ buscando lo que es mejor para el país.

La situación actual y el desarrollo futuro de Chile nos indica que nos enfrentamos a un escenario del uso de aguas intensivo y, a lo mejor, a ratos conflictivo. ¿Agua para beber, para regar, para producir energía?, son muchas las opciones y el agua será crecientemente escasa.

Los antecedentes nos indican que en los próximos 40 años el uso de los recursos hídricos sólo en el sector hidroeléctrico se va a sextuplicar con la incorporación de unas 100 hidrocentrales adicionales. El uso agrícola se va a incrementar fuertemente y la demanda industrial, minera y doméstica se va a lo menos duplicar. Todo lo anterior se presenta en un contexto de creciente complejidad y sofisticación del aparato productivo, que lo hace ser más vulnerable a restricciones en el abastecimiento y en donde el agua va a tener crecientemente una mayor valoración social y ambiental.

Conjuntamente con lo anterior, nos encontramos con una normativa sobre el uso del derecho de agua muy especial, que se contrapone, reconocamoslo, a la mayor parte de las legislaciones en uso a nivel internacional, legislación que está fundada fuertemente en la teoría de libre mercado, en que el bien pierde prácticamente la naturaleza jurídica de bien de uso público por un lado y en donde el Estado se le ve restringida su capacidad de salvaguardar el interés colectivo y el aprovechamiento efectivo beneficioso del recurso.

Hoy, el Estado sólo debe constatar ante una petición si esa cantidad de recurso existe y, si es así, otorgarla. Normalmente, los sistemas de derechos de agua no constituyen bloques legales que reflejen posiciones ideológicas absolutas. La necesidad de lidiar con problemas concretos ha llevado a las legislaciones a adoptar medidas requeridas por la situación concreta, buscando conciliar y vincular el bienestar con la ética pública. Así, por ejemplo, todos los sistemas excepto algunos muy escasos, reconocen derechos privados al uso de las aguas, pero esos derechos privados al uso de las aguas, se les sujeta a ciertas condiciones, tales como el pago de derechos, el uso conforme a ciertos permisos, restricciones en función de elementos ambientales o sociales, etc.

En algunos sistemas se autoriza la comercialización de derechos de agua, pero en todos ellos se exige que el uso de las aguas involucrada sea efectivo y beneficioso, con el propósito de evitar monopolios y especulaciones, incluso, se requiere que las transferencias sean autorizadas por autoridades administrativas o judiciales, se sujeten a publicidad, se registren y, eventualmente se sometan a condiciones que el derecho originario no tenía.

Cuando uno ve, por ejemplo, otras legislaciones. La legislación de la costa oeste de Estados Unidos, la legislación alemana, la legislación española, observa que tienen un elemento fundamental, una vez otorgado el derecho, para preservarlo es necesario hacer un uso efectivo y beneficioso, en caso contrario, caduca el derecho.

Siendo el agua, un recurso escaso, no existe razón alguna para permitir que un particular adquiera derechos de agua gratuitamente del Estado y no los use. Esta posibilidad permite la especulación y posibilidad de obtener un enriquecimiento por mero paso del tiempo, a costa de un bien de dominio público escaso y de demanda ecológica, social, y económica.

El no requerimiento de un uso beneficioso y efectivo de las favorece una situación monopólica y el manejo del recurso como un instrumento de competencia económica a lo menos imperfecta. Es así que, bloqueando el acceso el recurso, se impide el ingreso de nuevos competidores y la expansión de la oferta de bienes y servicios. Esto es particularmente cierto en el caso de la minería en zonas áridas y en la propia generación de energía.

Uno de los desafíos mayores que tenemos en la sociedad chilena es cómo se relaciona la disponibilidad de recursos hídricos en la cantidad y calidad necesarias para el desarrollo del país.

A nuestro entender, la legislación actual sobre el derecho de aguas presenta los siguientes problemas:

1. Es una legislación absolutamente permisiva, que no permite al Estado jugar ningún rol regulador en el otorgamiento de los derechos de agua, sólo se constata la existencia del agua o no.
2. Permite un acaparamiento por tiempo indefinido de los derechos de agua confines que pueden ser especulativos, sin que exista por parte del tenedor de esos derechos la obligación de un aprovechamiento actual y futuro previsible.
3. No se garantiza ni incentiva el uso beneficioso y efectivo de las aguas.
4. No considera importantes elementos de protección ambiental.

Digámoslo derechamente, el derecho de propiedad sobre las aguas es el único derecho cuya mantención no implica costo alguno para el titular, cualquier derecho de propiedad en la legislación chilena implica un costo. No es el caso del derecho de agua y eso hace particularmente complejo el tema cuando hablamos de derechos consuntivos y no consuntivos, que es la espina dorsal de todo el sistema legislativo chileno. Porque efectivamente, tratándose de derechos no consuntivos, hay una tendencia natural a permitir o pensar con una mayor liberalidad. Si se otorga un derecho, pero que en definitiva no consume las aguas, ¿cuál es el problema para no otorgarlo?

En nuestro concepto sin embargo, la distinción de derechos consuntivos y no consuntivos técnicamente no es una discusión muy acotada, ¿derecho consuntivo es aquél que se consume cien por ciento?. No, si usted tiene derechos de riego y riega a tajo abierto, usted no consume más del 30% del agua, el otro 70% se le va para adentro y vuelve. Si usted tiene un derecho de riego y lo hace efectivo por un sistema de regadío gota a gota, consume un 70%, pero un 30% vuelve a la tierra. Derecho consuntivo para fines mineros a lo mejor es consuntivo cien por ciento, porque se produce una contaminación tal de las aguas que se hace tremendamente caro su reutilización para otros fines.

Son no consuntivos los derechos aguas abajo porque se entregan las aguas. Si, es así, es no consuntivo aguas abajo, lo único claro es que aguas abajo los momentos de utilización de las aguas son distintos según los fines para los cuales se deseen las aguas. Un embalse construido con fines con fines hidroeléctricos normalmente va a tener la máxima rentabilidad cuando las aguas las devuelve al curso natural en los meses de invierno, y un embalse construido para fines de riego, obviamente que se requiere utilizar en los meses de febrero a marzo.

Hay un caso actual, de una empresa que está por privatizarse, y donde el tema de los momentos de utilización de los derechos de agua es clave, si el embalse utiliza las aguas embalsadas en los meses de invierno o los de verano, significa un 30% más o menos en la utilidad de la empresa. Esas aguas ¿son consuntivas o no consuntivas aguas abajo?, devolver las aguas en julio o agosto para un agricultor deber tener poco sentido probablemente.

Tenemos casos ahora, de peticiones de aguas no consuntivas en la desembocadura de ríos, hay peticiones cerca de donde termina el río Baker, el más grande y caudaloso de Chile, para aguas no consuntivas. ¿Cómo se procesa eso?

Todo esto, hace entonces que el primer elemento que nos parece muy importante tocar, es si estamos dispuestos a abordar el tema de lo consuntivo y no consuntivo, que es un tema para el legislador que me parece de la máxima importancia.

Hoy día, los derechos en ejercicio del uso de aguas no consuntivas corresponden a 1.699 metros cúbicos por segundo, los derechos constituidos que no se usan son 11.200 metros cúbicos por segundo, y los solicitados en trámite que están en la dirección de aguas son 38.000 metros cúbicos por segundo.

Tres empresas, tienen constituido el 73% del total de aguas ya constituidos y esas tres empresas utilizan sólo el 13,9% de sus actuales derechos.

Ahora, del punto de vista de los derechos consuntivos, la actividad agrícola es la que a futuro va a presentar la mayor demanda. Hay algunos estudios que apuntan a determinar la demanda de agua consuntiva para los próximos años, que indican que no obstante la mayor parte del agua consuntiva tendrá un fin agrícola, será la demanda industrial la que va a tener un mayor aumento, prácticamente se va a duplicar.

La estimación nuestra, es que desde el punto de vista de las aguas consuntivas, un 76% se va a destinar a actividades agrícolas, un 12% a la industria, un 6% a la minería y un 5% a agua potable.

Ahora bien, algo muy importante es lo planteado por el decano en su introducción: La necesidad de distinguir, dadas las características, de la peculiaridad de lo que es Chile, en tanto de la zona central al norte las demandas actuales consuntivas sólo son satisfechas en un año medio en la I y VI región, existiendo un cierto equilibrio en la V, normalmente, el 85% de probabilidades de satisfacer la demanda sólo se da en la VI región, en las demás hay derechos consuntivos ya otorgados que hace difícil poder satisfacer lo que ya ha otorgado el Estado desde la zona central al norte.

A partir de la VI región es distinto y ahí las demandas consuntivas pueden ser satisfechas con los recursos disponibles tanto para un año medio como para una seguridad de un 85%. Situación similar se observa para las no consuntivas, con excepción de la VII región, la cual no puede ser satisfecha para una seguridad del 85%.

En otras palabras, tenemos una situación inquietante en materia de las aguas, reducido todo esto por ahora a lo que son los derechos superficiales.

Es a partir de esta realidad, que el Gobierno planteó un conjunto de modificaciones al código y en donde en verdad hemos buscado regularizar y esclarecer el tema de los derechos de agua y lo que yo quisiera explicar acá es que lo que nos mueve, es la posibilidad de compatibilizar la necesidad de tener un desarrollo importante desde el punto de vista energético e hidroeléctrico y que esto sea compatible con el normal desarrollo de la actividad agrícola.

Lo que estamos buscando con estas modificaciones, es cumplir con ciertos principios básicos que son:

1. Establecer un cierto rol para el Estado. En esta materia se trata de un recurso escaso, de características vitales para la vida humana, y al estado le corresponde fundamentalmente velar por el bien común, a través de una legislación que le permita cumplir con su rol regulador.
2. Coherencia con otras políticas, particularmente con aquellas que se refieren a la protección del medio ambiente y las que promueven la inversión productiva.
3. Que exista un desarrollo armónico entre los distintos usos de las aguas y el desarrollo productivo del país.
4. Poder establecer un sistema que sea y que introduzca una eficiencia económica global y, tal como se indica en otras regulaciones, el estado debe tener herramientas que le permitan garantizar un uso efectivo y beneficioso de las aguas y que no se produzcan situaciones monopólicas producto de la especulación por la posesión de este recurso sin que su mantenimiento implique costo alguno para su propietario.

Con este propósito se han señalado las siguientes modificaciones básicas al código de aguas:

En primer lugar, el establecimiento del pago de una patente por la no utilización de las aguas en donde se propone el establecimiento de normas que sometan a los titulares de los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no estén siendo utilizadas en todo o parte al pago de una patente, cuyo monto, en el caso de los derechos consuntivos, difiere entre las cuencas hidrográficas del norte, centro y sur del país, en razón de la mayor y menor escasez de aguas.

Esta iniciativa, se sustenta en el hecho que la actual legislación al no contemplar costos para la conservación indefinida de derecho de aprovechamiento, incentiva la especulación y mal uso del recurso, lo que implica por ejemplo, que la posesión de estos derechos distorsionen gravemente el mercado de la energía del país al introducir una variable importante para la entrada de nuevos competidores.

En el caso de los derechos no consuntivos, hay empresas que tienen actualmente el 60% de los derechos no consuntivos constituidos en el país, y esto indudablemente que constituye una barrera a la entrada de nuevos y potenciales competidores. Si sumamos el total de los derechos constituidos y en trámite, prácticamente un par de empresas tienen el 80% de ellos. Es la más imponente de las barreras de entradas a este mercado en Chile.

Aquí se trata de incentivar que los derechos de agua sean solicitados cuando existe verdaderamente un propósito de aprovecharlos, de manera que el resto del tiempo estén disponibles para que cualquiera pueda evaluar su utilización sin que existan barreras legales o fácticas.

Entendemos que respecto de un número importante de inversiones hasta que se concreten se requiere un período largo y, en consecuencia, se establece que estas patentes se pueden devolver una vez que se genera la inversión respectiva correspondiente a los últimos cinco años anteriores a la utilización del recurso.

En segundo lugar, se plantea un conjunto de facultades de la autoridad para la concesión de nuevos derechos de aprovechamiento y se propone establecer límites razonables a la concesión de los derechos de aprovechamiento de las aguas, los que en definitiva se traducen en la justificación de la necesidad del agua solicitada para los derechos que se constituyan con posterioridad a la vigencia de la ley.

Hoy no se requiere dar explicación alguna, si se pide derecho de agua para regar, aquél que tiene una hectárea puede pedir 10 metros cúbicos por segundo y se concede si existen los 10 metros cúbicos por segundo.

Esto implica otorgarle el Estado una normativa que le permita llevar a cabo una gestión planificada del recurso en consideración a su rol tutelar y de gestor de un bien común como lo es el agua.

Tercero, normas sobre la conservación y protección de las aguas y cauces, y esto fundamentalmente a partir de lo que establece la Ley de Bases del Medio Ambiente, que establece la necesidad de conservar ecosistemas acuáticos, recursos escénicos y recreacionales. Al respecto, hay un conjunto de cuencas que si no hay un mínimo de carácter ecológico para preservar, teóricamente se puede seguir pidiendo derechos de agua hasta la extinción completa.

Cuarto, consideración de la interacción de las aguas superficiales y subterráneas en el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento en que se impone a la Dirección de Aguas el análisis y cuantificación de todos los recursos de la cuenca para determinar si existe disponibilidad correspondiente en el lugar indicado en la solicitud. De este manera, los usuarios se evitan futuros conflictos en el caso que existan explotaciones de aguas superficiales y subterráneas de la misma cuenca u hoya hidrográfica.

Quinto, normas que permitan perfeccionar el procedimiento de regularización contenido en el artículo primero transitorio del código de aguas y que establecen obligaciones a las que están afectos los conservadores de bienes raíces en relación al catastro público de aguas. Todo esto con el propósito de garantizar a los dueños de una concesión sobre la base de una información objetiva.

Por último, está planteada en las modificaciones a la ley, la extensión de la personalidad jurídica a las comunidades de aguas. Esta indicación pretende corregir una situación que en la actualidad no garantiza la igualdad de oportunidades a aquellas comunidades de aguas legalmente organizadas en relación a las asociaciones de canalistas. Cabe destacar que existen registradas alrededor de 2.300 comunidades de aguas, las cuales sin personalidad jurídica, ven limitadas sus posibilidades de desarrollo.

Espero, que este primer seminario sobre el derecho de aguas, contribuya a la generación del conocimiento académico e intelectual, frente a este tema de interés nacional, como lo es el manejo y conservación de este vital elemento, el agua.

Muchas Gracias.