

Entre el mercado y el Derecho Humano: la regulación de las aguas desde la autogestión y desde el proceso administrativo en Chile
Between Market and Human Right: Water Resources Regulation from the perspective of Self-Management and Chilean Administrative Process

Submitido(submitted): 10/12/2015

Parecer(revised): 10/01/2016

Aceito(accepted): 11/01/2016

Jorge Aranda Ortega *

Resumen

Propósito – El presente trabajo pretende revisar la regulación del mercado de las aguas en Chile, el cual está basado en un mercado de compra y venta de derechos de aprovechamiento, junto a las críticas que se le han efectuado recientemente.

Metodología – En ese sentido, se estudiarán las posiciones pro mercado que buscan cambios moderados, versus las más reformistas, efectuadas desde el activismo ciudadano, que buscan cambios más profundos al mercado de las aguas, procurando puntos en común entre ambas posiciones. Para poder buscar esas similitudes, se usarán las ideas de Ostrom sobre autogestión de bienes comunes y de Croley sobre su teoría procesal administrativa.

Hallazgos – Desde esas aproximaciones teóricas, se llegará a la conclusión que hay puntos de convergencia en la mejora institucional de la Dirección General de Aguas y en la regulación de las organizaciones, sin perjuicio de las representaciones ideales del mercado de las aguas y del Derecho Humano al agua.

Palabras clave: mercado de las aguas, derecho humano al agua, Ostrom, Croley, derecho de aguas de Chile.

Abstract

Purpose – This paper aims to review the regulation of the water market in Chile, which is based on a market for buying and selling water rights, together with the criticisms that have recently been made on that matter.

Methodology/approach/design – The pro market positions seeking moderate transformations will be studied on par with the more reformist ones flourishing in social activism. This paper compares these two strands. In order to find similarities among them, this paper tackles Ostrom's ideas about self-management of common goods and Croley's administrative process theory.

Findings – From these theoretical approaches, it is drawn the conclusion that they converge in the institutional improvement of the Directorate General of Water and the regulation of legal bodies, alongside ideal representations of waters rights market and the human right to water.

Keywords: Water rights market, human right to water, Ostrom, Croley, water resources law.

* Profesor asistente, Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Abogado. Email: joaranda@ug.uchile.cl.

Introducción

La regulación de las aguas en Chile ha sido una cuestión polémica desde el regreso a la democracia en la historia reciente, esto es, desde comienzos de la década de los noventa del siglo pasado. La adopción de un modelo de propiedad privada impuesto por los militares, y en buena medida reafirmado por los gobiernos democráticos que les sucedieron, sin perjuicio de las reformas del año 2005 al Código de Aguas, han dividido opiniones, y propiciado una agenda activista en favor de regular sus usos con mayor profusión. Una muestra de ello es que, en menos de una semana en el año 2015, por una parte, hubo una multitudinaria marcha ciudadana en Santiago, convocada por diversos actores sociales, bajo la consigna de detener un proyecto hidroeléctrico, cuestionado por poner en riesgo el suministro de agua potable en la capital de Chile en caso de realizarse.¹ Por otra parte, en una declaración emitida por los decanos de las cuatro facultades de economía más prestigiosas de Chile, y anticipándose ante un proceso constituyente en gestación, éstos aseveraron cuales aspectos del actual orden constitucional (y subsecuentemente legal), no deberían modificarse, mirando al resguardo de la certeza de las inversiones en el país; así, entre los aspectos que estiman intocables, está el esquema de propiedad privada de las aguas en Chile².

Ante estas opciones contradictorias, de cambio y mantención del orden de las cosas, cabe preguntarse ¿Cómo puede haber, por una parte de la población, una exigencia, al menos contingente, para evitar el daño al suministro de agua potable, y, por la otra, actores que prefieren mantener un esquema de gestión privada del vital elemento, pidiendo como máximo reformas menores a su funcionamiento? En un escenario de eventuales y futuras reformas, pretendo, en esta entrega, explicar cómo estos relatos, basados en posturas ideales y que no dialogan entre sí, pueden llegar a hacer en razón de buscar puntos en común, desde una perspectiva de metalenguajes de regulación de autogestión de bienes comunes por una parte, y desde la teoría administrativa-procesal por la otra. Así, primero, y brevemente, explicaré cómo está estructurado, a nivel normativo, el sistema de propiedad de las aguas en Chile **(I)**, para luego analizar las críticas más comunes que se le efectúan, desde tanto desde una aproximación

¹La Tercera. 5 de diciembre de 2015. [en línea]
<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/12/680-658907-9-revisa-las-imagenes-que-dejo-la-marcha-en-contra-de-alto-maipo.shtml>

²Diario Financiero. 7 de diciembre de 2015. [en línea]
<https://www.df.cl/noticias/economia-y-politica/actualidad/decanos-de-economia-ponen-en-la-mesa-los-temas-intocables-en-la-nueva/2015-12-06/185310.html>

conservadora pro mercado, como desde la agenda activista de reformas (2). A continuación, expondré cómo las ideas de Ostrom (3) y Croley (4) sirven para entender buena parte de los cuestionamientos, y cómo, de alguna manera, desde una perspectiva de metalenguajes regulatorios, hay ciertos puntos de convergencia en las demandas ciudadanas y en las posturas más conservadoras. Finalmente, expondré que, posiblemente, las razones del porqué no existe un diálogo entre reformistas y conservadores del sistema de las aguas es en razón de ciertos supuestos y metas idealizadas, las que son superadas por las propuestas de Ostrom y Croley, pues, pese a ser muy diferentes, parten de analizar hechos demostrables por sobre suposiciones dogmáticas (5).

1. Generalidades sobre el Código de Aguas de 1981

En medio de la dictadura, en el año 1981, en Chile se dictaba un nuevo Código de Aguas, bajo el Decreto con Fuerza de Ley 1122. Este código es considerado como un caso famoso de derechos de propiedad privatizados, de mercados hídricos sin regulaciones y de autoridad gubernamental debilitada (Bauer, 2014, 637). ¿Qué es lo que propicia este modelo tan peculiar, y que lo convierte en este ejemplo paradigmático de privatización? Los militares en Chile, a diferencia de los otros regímenes similares en Latinoamérica, desde temprano contaron con la asesoría de un grupo de economistas, formados al alero de un convenio entre la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad de Chicago desde el año 1956, los cuales se vieron fuertemente influidos por las nacientes ideas llamadas neoliberales. Éstos, a su vez, tuvieron una fuerte influencia en el recién instaurado gobierno autoritario (Castro *et al*, 1992, 7-12). En ese orden de cosas, este grupo de economistas propuso una agenda liberalizadora de la economía en todos los sentidos, y particularmente, proponían una liberalización de la compra y venta de tierras cultivables, y generar un mercado de aguas, cobrando por su uso, pues así, habría un reasignación del recurso, utilizando los propietarios sólo cuanto les fuera conveniente (Castro *et al*, 1992, 179-180).

La agenda liberalizadora no se hizo esperar y tuvo, sobre las aguas, un doble proceso. Respecto de las aguas para consumo humano, se impulsó la privatización de las empresas sanitarias que suministran agua potable a la par de la expansión inmobiliaria, lo que fue continuado durante los gobiernos democráticos posteriores, sujetos a la fiscalización de una superintendencia de Servicios Sanitarios (Pflieger, 2008, 144-145) y, respecto de finalidades productivas, se impulsó la liberalización de los derechos de las aguas, en un mercado privado de compra y venta de derechos de acceso (Bauer, 2013, 131). Así, se ha señalado, en adhesión a esta idea, que los “derechos de propiedad” son fuente de eficiencia económica, insistiendo en la necesidad jurídica de que

todos los sistemas legislativos definan con gran manto protector, y con libertad de transferencia, tales derechos en aquellas áreas en las que éstos no existen o no están suficientemente definidos (Vergara, 1998, 261). No en vano, esta protección se encuentra, en Chile, a nivel constitucional, dictaminando que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos (Constitución, 1980, Artículo 19, N° 24, inciso final).

En relación a la regulación legal, si bien en Chile las aguas son un bien nacional de uso público (Código de Aguas, artículo 5°, 1981), la figura jurídica que permite el desarrollo de este mercado de las aguas es el derecho de aprovechamiento de aguas, a saber, un derecho real (Código de Aguas, 1981, artículo 6°), que se constituye por un acto de la autoridad competente, que en este caso es la Dirección General de aguas, dependiente del Ministerio de Obras Públicas (Código de Aguas, 1981, artículo 140 y siguientes). Esta propiedad se registra en el conservador de bienes raíces (Código de aguas, 1981, artículo 121), la cual podrá transferirse, gravarse, y en general, ser susceptible de cualquier negocio jurídico que no contravenga los límites impuestos por la ley. El Código establece una diferencia entre derechos de aguas consuntivos y no consuntivos, esto es, consuntivos son aquellos usos que son consumidos por su uso, como podría ser el regadío, y no consuntivos aquellos que no son consumidos por su uso, como podría ser el caso de la generación de energía hidroeléctrica (artículo 12 y siguientes).

La autoridad encargada de la gestión de las aguas en Chile es la Dirección General de Aguas, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, que tiene atribuciones, de modo general, para la planificación del desarrollo, investigación y medición del recurso agua, ejercer la policía y vigilancia en las hipótesis que la ley determine, y supervigilar las organizaciones de usuarios (Código de Aguas, 1981, artículo 299).

Respecto de las organizaciones de usuarios, éstas tienen una amplia preponderancia en la ley, bajo el supuesto de que un mercado de las aguas, bajo derechos privatizados, tendería a regular mejor que una dirección estatal. En ese sentido, las asociaciones de canalistas tienen atribuciones para distribuir las aguas según los derechos establecidos por ley, y son la primera instancia de resolución de conflictos. A su vez, las juntas de vigilancia tienen facultad prioritaria para fiscalizar y hacer cumplir los derechos de aprovechamiento (Código de Aguas, 1981, artículos 257 y siguientes). En ese orden de cosas, si bien existe un organismo público encargado de constituir derechos de aguas, de policía y vigilancia del recurso, de autorizarlas construcciones de obras, de supervigilar a las organizaciones de usuarios y de planificar el recurso, sus facultades son más bien limitadas (Vergara, 1998-2, 164).

Una particularidad a tener en cuenta es que, en una cuenca hidrográfica, los derechos de aprovechamiento no están considerados unos de otros en razón de la tierra a la cual sirven, ni tampoco existe una destinación preferente para ciertos usos, a diferencia del Código de 1951, que establecía preferencias para el agua potable en primer lugar, y luego para el saneamiento básico (Código de aguas, 1951, artículo 30; también Ugarte, 2003, 95). Así, pese a poder existir hoy en día diversos grupos de interés con finalidades e usos incompatibles, nada les impediría, en principio, efectuar usos incompatibles en perjuicio de los demás.

En ese orden de cosas, también existe un limitado repertorio, en el actual Código de Aguas, de instrumentos, tanto para formular políticas públicas como para la gestión de las aguas, como podrían ser la gestión integrada de cuencas, o esquemas de pagos por servicios ambientales. A lo sumo, el Código descansa en la autorregulación de los usuarios. En el Código encontramos algunos instrumentos puntuales, a saber, la declaración de zona de escasez (Código de aguas, 1981, artículo 314), que permite a la autoridad establecer limitaciones en la distribución de las aguas a falta de acuerdo en una organización de usuarios, hasta por un periodo de seis meses, la determinación de un caudal ecológico mínimo, que en ningún caso podrá ser superior al 40% del caudal medio anual, ni inferior al 20% (Código de aguas, 1981, artículo 129 bis 1), y el pago por no uso del recurso, como un medio de evitar la especulación y el acaparamiento (Código de aguas, 1981, artículo 129 bis 4). En ese sentido, la Dirección General de Aguas se ve limitada incluso por la falta de instrumentos establecidos por la ley para poder actuar, por lo que no es de extrañar que este orden de cosas sea caracterizado como detentor de un único instrumento de mercado (mercado de las aguas), fuertemente desbalanceado en favor de la protección de derechos de propiedad sobre la concesión del uso del agua, que, por la forma de otorgamiento que se hace de dicha concesión, se convierte en la práctica en un derecho de propiedad del agua, en perjuicio de las normas regulatorias (Dourojeanni y Jouravlev, 1999, 10).

Entonces, y a modo de suma de esta primera parte, podemos concluir que la actual regulación de las aguas en Chile puede ser caracterizada de la siguiente manera: Se basa en un “mercado de las aguas”, en las que si bien las aguas son un bien nacional de uso público, su disfrute está sólo asegurado mediante el derecho real de aprovechamiento. En la práctica, este derecho actúa como un equivalente al dominio sobre ese bien nacional de uso público.

Respecto de esos derechos, existe una libre transferibilidad, sin mayores limitaciones de las que la ley pueda establecer. El resguardo de estos derechos, a nivel constitucional y legal permite una certeza a sus propietarios para sostener este mercado.

La institucionalidad pública encargada de velar por la aplicación de la ley es la Dirección General de Aguas, que depende del Ministerio de Obras Públicas, por lo que no es una entidad con un alto grado de independencia, dado que está sujeta a las decisiones políticas de su órgano superior. Además, en varias situaciones actúa en subsidio de la institucionalidad privada, a saber las organizaciones de usuarios.

Más allá del llamado mercado de las aguas, no existen instrumentos de política o de gestión de las aguas. A lo sumo, existen algunos instrumentos menores, que están llamados a actuar en situaciones excepcionales para evitar situaciones de escasez o de especulación y acaparamiento.

El sustento normativo de este orden de este mercado basado en esta propiedad privada fuerte, en esta institucionalidad pública leve, y en esta limitación de instrumentos, descansa en la Constitución de la República y en el Código de Aguas.

Considerando el contexto autoritario de ambas normas, y los problemas que han ocurrido en el aprovechamiento de las aguas de varios ciudadanos, el activismo en Chile ha logrado crecer y posicionarse, consiguiendo de alguna manera impulsar, en sede legislativa, una agenda de reformas. En la próxima sección estudiaremos el contexto, los fundamentos, y en qué consiste esa agenda de reformas.

2. Críticas al Código de Aguas de 1981

No en vano, y pese a las reformas menores que han ocurrido desde el año 2005, los conflictos sobre el uso del agua son crecientes. Así, al menos pueden contarse, a diciembre de 2015, veintisiete conflictos sociales, involucrando en ella a la administración del Estado y al poder judicial (CDAyV, 2015). Estos conflictos pueden tipificarse en al menos cuatro categorías: 1. Unos determinados por la presión de usos múltiples de aguas superficiales, generados por la producción hidroeléctrica; 2. Casos de sobreexplotación de aguas subterráneas, generados por presiones de proyectos mineros de gran escala, agricultura y crecimiento urbano; 3. Conflictos socio-ambientales relativos a aspectos más amplios que las aguas, y en los que pese a estar envueltas, las aguas no son un punto central; 4. Conflictos sobre las leyes, políticas e ideologías tras las aguas en Chile. (Bauer, 2015, 154). En los tres primeros casos, vemos evidentemente que existen conflictos en razón de la multiplicidad de usos, mientras que en el número 4 el factor a discutir es más complejo, de orden político, en observancia a los fundamentos de la propiedad de las aguas en Chile.

Los conflictos por el agua en Chile, en razón de periodos de sequía prolongados, han llegado en casos a ser dramáticos. Un buen ejemplo de ello es

el conflicto del valle Petorca-La Ligua, donde se ha verificado escasez de tal magnitud, que hacia el periodo 2010-2011, en la Municipalidad de Petorca, se abastecía a más de tres mil personas, mediante camiones aljibes, con mil o quinientos litros de agua cada dos o tres días, verificándose también un aumento en la prevalencia de diarreas en la población infantil de un 100% en la comuna de Cabildo (UDP, 2013, 266). Cabe señalar que, para efectos de los estándares de la OMS, menos de 5 litros diarios per cápita o menos, se considera equivalente a un no acceso al agua (OMS, 2003, 3). También, desde el Instituto Nacional de Derechos Humanos, se ha señalado el problema (INDH, 2014, 10-17).

Ante esta conflictividad, y anticipando un escenario de reformas, la Dirección General de Aguas, solicitando ayuda técnica al Banco Mundial, logró que éste elabore el año 2011 un informe titulado “Chile: diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos”, que, a modo de resumen, efectúa las siguientes recomendaciones: Proteger los derechos de agua de los grupos vulnerables; mejorar la protección de los requerimientos hídricos para los ecosistemas y servicios asociados; mejorar los mercados de aguas; mantener la seguridad hidráulica de los derechos de aguas; seguir avanzando en el uso efectivo de los derechos de aguas; hacer la gestión del agua subterránea más sostenible; profundización en las medidas ya tomadas para asegurar la calidad del agua; mejora del registro público de los derechos de agua; fortalecer la Dirección General de Aguas; fortalecer las organizaciones de usuarios; mejorar los sistemas de información y comunicación; coordinar intra e inter sectorialmente; integrar la gestión de cuencas y fomentar la participación de los grupos interesados; mejorar la resolución de conflictos. (Banco Mundial, 2011, vii-xiv).

Es interesante notar que el Banco Mundial, si bien no ofrece ninguna solución en particular, si se posiciona a favor de mantener un esquema pro mercado. Así, es posible leer el siguiente extracto:

“...Se habrá de poner atención en cómo tratar la resistencia de los grupos interesados que temen la pérdida de autonomía o el coste potencial. Incluso cuando las reformas benefician a la sociedad como conjunto, muchas veces imponen costes de transición en algunos grupos. Se tendrá que explorar medidas que puedan reducir el coste de la reforma. En este punto puede convenir promover foros de discusión para colaboración con expertos de países o regiones que también confían en una gestión del agua basada en títulos de propiedad seguros y mercados de agua...” (Banco Mundial, 2011, xiv).

La pregunta obvia es, entonces: ¿Cómo alguien podría resistirse a un elenco de mejoras que apuntan a beneficiar a todos en general? El informe del Banco Mundial hace caso omiso a lo que se ha convertido en una verdadera bandera de lucha de diferentes sectores sociales que están en busca de reformas que, al menos, permitan reestablecer algunos usos prioritarios y organizar usos

múltiples. Este elemento aglutinante de intereses sociales es el llamado Derecho Humano al Agua.

El acceso al agua, en su faz de Derecho Humano, podemos datarlo en el año 2002, a propósito de la Observación General 15, E/C.12/2002/11, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a propósito de los artículos 11 y 12 del Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Estos dos artículos se refieren, respectivamente, al derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. La referida observación señala que no se pueden concebir ambos derechos sin un acceso al agua, debiendo contar la población con un nivel mínimo de disponibilidad, calidad, acceso, tanto físico como económico, sin discriminación, y habiendo acceso a la información relativa al Agua. Igualmente, la Iglesia Católica, en el año 2009, en la encíclica *Caritas et Veritate*, hace referencia al acceso al agua, haciendo un llamado a la conciencia solidaria que considere la alimentación y el acceso al agua como derechos universales de todos los seres humanos, sin distinciones ni discriminaciones (Ratzinger, 2009, par. 27). Ya hacia el año 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la resolución A/RES/64/292, reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.

En Chile, ante la situación, desde el año 2009, diversos actores sociales, indígenas, sindicales, de la iglesia, agricultores, consumidores, comités de agua potable rural y comunidades afectadas, se reúnen en la Coordinadora de Defensa del Agua y de la Vida (en adelante, la Coordinadora), contribuyendo, desde el activismo social, a visibilizar el problema del acceso al agua potable (Larraín, 2014, p. 7-8). La Coordinadora ha logrado, de forma persistente, sostener una agenda de reformas a la regulación de las aguas en Chile desde 2010, pudiendo resumir y destacar sus demandas en los siguientes puntos: 1) cambios constitucionales para establecer soberanía sobre las aguas, en especial de comunidades locales, impidiendo su enajenación y mercantilización; 2) exigir el derecho humano al agua y al saneamiento de la población; 3) establecer legalmente priorización de usos para la bebida y servicios sanitarios, producción de alimentos, actividades económicas locales y mantención de fuentes y ecosistemas por sobre usos competitivos con fines de lucro; 4) proteger los glaciares; 5) Establecer en cada cuenca caudales ecológicos y normas de calidad de las aguas; 6) generar información pública sobre el estado de las aguas superficiales y subterráneas, e integrar a los ciudadanos en las decisiones sobre gestión del agua; 7) implementar el manejo integrado de cuencas, con participación vinculante de las organizaciones ciudadanas y usuarios tradicionales. (Larrain, 2014, 7-8). El mismo movimiento, afirma tener seis

asuntos prioritarios a realizar, los cuales son: 1) fin al lucro; 2) propiedad colectiva; 3) gestión comunitaria; 4) derogación de instrumentos privatizadores; 5) ley para la vida y protección de ecosistemas; 6) reestructuración institucional al servicio de las comunidades (Larraín, 2014, 9). Si bien en su propuesta, la Coordinadora hace referencias a algunas modificaciones y propuestas legislativas de modificación al Código de Aguas, la coronación de sus intenciones es promover una reforma constitucional al artículo 19 N° 24 para que este contemple un derecho fundamental al acceso al agua y al saneamiento, considerar un dominio del Estado de las Aguas, gestionar las aguas bajo los criterios de equidad, sustentabilidad y proporcionalidad, bajo derechos que no sean perpetuos, determinando una reserva de caudal para fines de consumo humano y ecológico, debiendo proceder para esos fines a una expropiación (Larraín, 2014, 11-12). En razón de las medidas más específicas, rescato, para efectos de este texto, facilitar y fomentar la constitución de comités de aguas rurales, que estos puedan aguas subterráneas para fines de bebida sin fines de lucro, exceptuar del pago de no uso a comunidades indígenas, y retomar una antigua ley en tramitación para regular los servicios sanitarios rurales. (Larraín, 2014, 17-24).

De un breve examen de las propuestas que podríamos llamar como conservadoras, a saber, informe del Banco Mundial, en contraste de las proposiciones de la Coordinadora, claramente, y en la superficie, es posible constatar una disonancia evidente entre ambas propuestas. El Banco Mundial es explícito en señalar que las reformas no deben alterar el sistema de mercado de las aguas, apuntando a su perfeccionamiento. En cambio, en las medidas de la coordinadora hay un evidente afán estatista en la propiedad de las aguas, oponiéndose al lucro y sugiriendo una nacionalización del recurso para abastecer, al menos, finalidades de subsistencia ambiental y humana.

Con todo, un examen más atento nos hace ver que ambas posturas tienen algunas cosas en común. Ambas, desde sus diferentes esquinas, apuntan a fortalecer a las organizaciones de usuarios, y ambas hacen un llamado a fortalecer la institucionalidad de las aguas. Es decir, ambas quieren más autonomía y autoridad para la autogestión comunitaria y al mismo tiempo más y mejor Estado y regulación ... ¿No serán, en el fondo, ambas propuestas tan contradictorias? ¿Será que, ya fuere desde un discurso pro mercado, o de un discurso de Derechos Humanos, no habría una incongruencia en pedir un Estado con más independencia, competencias y atribuciones, a la vez que se desea comunidades más empoderadas capaces de autorregularse? Al menos desde la intuitiva generalidad, no es raro pensar que una mayor actividad y burocracia estatal deja menos espacio a la auto-organización en la política y gestión de cualquier actividad. En ese sentido, me interesa sostener que ambas opciones están hermanadas en esa contradicción. Para poder develarla, intentaré una

aproximación teórica, desde lo que podríamos llamar dos metalenguajes de regulación: por una parte, veremos cómo se justifica la autorregulación desde los aportes de Ostrom, mientras que, por la otra, veremos cómo la ideas de Croley, a propósito de la teoría procesal administrativa, proponen una mayor actividad por parte de los reguladores, requiriendo tanto participación ciudadana como independencia del regulador.

3. **Las reformas desde la perspectiva de la gestión de bienes comunes de Ostrom**

Respecto de la gestión de los bienes comunes, esto es, de los bienes en los que existe una propiedad comunitaria que, con mucha dificultad o imposibilidad, se pueden llegar separar en distintas unidades para el beneficio exclusivo de cada propietario, muy influyentes han sido en los últimos años las ideas de la premio nobel de economía Elinor Ostrom. Ella, en su obra, *Governing de Commons* de 1990, ha generado una crítica interesante a lo que ella llama modelos metafóricos de gestión para abordar estos bienes. Señala como modelos metafóricos a la tragedia de los bienes comunes de Hardin, el dilema del prisionero en un sentido de dilema social de Dawes, y la teoría de la acción colectiva de Olson (Ostrom, 1990, 7). Estas metáforas pretenden generalizar modos de actuar de los sujetos, asumiéndose cada uno como maximizador de beneficios en perjuicio de los otros, y en perjuicio de la proyección de sus propios beneficios en el largo plazo. Dicho de otra manera, comportándose como un participante codicioso y desalmado.

En el caso de Hardin, y su ejemplo de los ovejeros, la codicia individual de cada miembro de la comunidad de pastoreo, los lleva a adicionar más ganado del que la pradera podría soportar, hasta agotarla (Hardin, 1968). En la lógica del dilema del prisionero, propia juegos no cooperativos, lleva a que, en estructuras en los que cada participante tiene información incompleta y en que éstos sean incapaces de comunicarse entre sí, cada participante tomará la decisión que más le favorezca, sin perjuicio de los daños que pueda realizar a los otros participantes, e incluso a sí mismo, pues sería un daño menor a un escenario en el que éste desee cooperar y sus contrapartes no, lo que, ciertamente, es complementario a la tragedia de los bienes comunes (Ostrom, 1990, 4). En Olson, aun existiendo intereses colectivos en cualquier organización, y existiendo beneficios colectivos para todos, nada obsta a que existan intereses individuales de cada participante (Olson, 1999, 19), los que, en casos, maximizando su interés individual, pueden llegar a disfrutar de beneficios públicos sin pagar ni aportar por ellos (Olson, 1999, 27). En estas tres metáforas, la cuestión central sería el problema del *free rider*, esto es, de quien consume

más unidades de un bien común sin pagar por ello, en detrimento del resto. (Ostrom, 1990, 6).

Las soluciones tradicionales a estos problemas pasan por modelos antitéticos de gestión: o establecer un sistema de control y regulación estatal fuerte (Ostrom, 1990, 9), o establecer sistema de privatización de acceso al bien común, a modo de dividir la propiedad comunitaria del recurso (Ostrom, 1990, 12). La propuesta de Ostrom parte de dos premisas: las generalizaciones metafóricas son sólo eso: generalizaciones. La vida cotidiana es más compleja que una presunción dogmática tal, en la que los miembros de las organizaciones no conversan ni cooperan entre sí. La segunda, es que pocas de esas metáforas generalizadoras buscan recabar evidencias sobre los modelos que proponen, operando, en mi opinión, más bien como dogmas. Así, la propuesta de Ostrom (y prácticamente el trabajo que desempeñó a lo largo de su vida), fue recabar evidencia para sostener, de forma empírica y coherente, que diversos bienes comunes pueden ser auto gestionados y gobernados desde esquema cooperativos. La clave es, entonces, el estudio empírico de casos de actuación cooperativa (Ostrom, 1990, 17).

Para que una autorregulación sea exitosa, de acuerdo a la experiencia empírica de Ostrom, se deben verificar los siguientes principios, que pueden ser expresados así: 1) Los límites de extracción deben ser claros; 2. Debe haber congruencia, tanto entre: A) El costo de aplicar e imponer las reglas respecto de los beneficios esperados y, entre B) Las normas que restringen el tiempo, lugar, tecnología y cantidad de los recursos extraíbles respecto de las condiciones locales; 3. Debe haber acuerdos de acción colectiva, donde la mayoría de los participantes sean capaces de modificar las normas de funcionamiento; 4. Monitoreo, donde los fiscalizadores efectivamente fiscalicen el bien común, además de ser responsables ante los usuarios de este: 5. Sanciones graduadas conforme al contenido y seriedad de la infracción; 6. Mecanismos de resolución de conflictos, que sean efectivos, de acceso sencillo, y a bajo costo; 7. Derechos mínimos a que sean reconocidas las capacidades de auto-organización por parte del Estado; 8. Adicionalmente, agrega un octavo principio –sólo para casos de recursos comunes que forman parte de sistemas más grandes-: cuando existen empresas u organizaciones anidadas, deben mantenerse la apropiación, provisión, fiscalización y cumplimiento de los mecanismos para resolver conflictos y la gobernabilidad a diferentes niveles. (Ostrom, 2002, 11).

Sobre el punto particular de las reglas, Ostrom las define como un conjunto de instrucciones para crear una situación de acción en un entorno particular. Así, de alguna manera, las reglas desempeñan un papel análogo al de los genes. Los genes se combinan para construir un fenotipo, mientras que las reglas se combinan para construir una estructura de acción (Ostrom, 2013, 52). Esa definición es relevante para efectos de nuestro estudio, pues el papel del

derecho, en cuanto ciencia social que estudia la aplicación de normas jurídicas, las reglas para la gestión y gobierno de un bien, en cuanto tengan un origen válido, además de su validez formal, serán verdaderos lineamientos para situaciones de actuación cooperativa.

Desde el punto de vista de los estudios jurídico, la influencia de Ostrom ha sido notable. Así, en una revisión de sus citas y su influencia en el ámbito jurídico de los Estados Unidos, se puede señalar que sus ideas sobre los bienes comunes han sido recibidas para abordar tres tópicos: teoría de la propiedad, derecho ambiental y de los recursos naturales (Rose, 2011, 32). Luego, y fuera de esa cultura jurídica, es imposible desconocer el atractivo de esas ideas para estudiar las reformas generales propuestas a la normativa de aguas en Chile.

Si revisamos las propuestas del Banco Mundial y del activismo ciudadano, veremos algunos puntos de convergencia que dialogan muy bien con el marco de análisis de Ostrom. Por una parte, las recomendaciones del Banco Mundial sugieren que fortalecer las organizaciones de usuarios, mejorar los sistemas de información y comunicación, coordinar intra e intersectorialmente, integrar la gestión de cuencas, fomentar la participación de los grupos interesados, y mejorar la resolución de conflictos, se corresponden con los principios de Ostrom antes reseñados para evaluar el éxito de la gestión comunitaria. Igualmente, la Coordinadora sugiere establecer soberanía de las comunidades locales mediante cambios constitucionales, generar información pública sobre el estado de las aguas superficiales y subterráneas, e integrar a los ciudadanos en las decisiones sobre gestión del agua, implementar el manejo integrado de cuencas, con participación vinculante de las organizaciones ciudadanas y usuarios tradicionales. *Lato sensu*, y buscando las convergencias, ambas reformas apuntan a fortalecer los canales de comunicación e información de los participantes, mejorar su autogestión, y propiciar un marco de creación de reglas propias, lo que en apariencia, aproxima ambas propuestas, pese a ser disímiles.

Con todo, la postura de la Coordinadora en mayor medida, y de forma más tímida el informe del Banco Mundial, proponen una mayor injerencia estatal. Esta situación parece, en principio, incompatible con la solución cooperativa de Ostrom. Es más, no olvidemos que Ostrom es, de una u otra forma, una versión más sofisticada y crítica de las posturas dogmáticas de la teoría de la elección pública, que desconfía de la actuación reguladora del Estado. Ante esto cabe preguntarse si es posible conjugar participación de los actores para una autogestión del gobierno con una mayor actividad estatal. La clave podemos encontrarla en el metalenguaje regulatorio usado por Croley, que enfatiza la respuesta a la cuestión de la gestión de las aguas en el procedimiento administrativo, en pro del interés público.

4. Las reformas desde la perspectiva de la teoría procesal administrativa de Croley

Normalmente, un abordaje desde la teoría de la elección pública al fenómeno regulatorio parte de la base que las decisiones políticas operan como un verdadero “mercado” de toma de decisiones. En la medida que el regulador se ve apoyado por un grupo de interés, éste, en el ejercicio de sus funciones tenderá a favorecer a quien lo ha apoyado en el pasado. La consecuencia medular de este presupuesto es que un Estado regulador, cuanto más pequeño sea, menor propensión tendrá a favorecer intereses especiales de esos grupos que lo capturan. Dicho de otro modo, más Estado es más favores para el regulado que lo capture, mientras que menos Estado es menos favores. Entonces, cada reforma regulatoria apuntaría a disminuir al regulador (Croley, 2008, 16-19).

Entonces... ¿Podría el Estado, entonces, proteger de alguna manera el interés público? La respuesta de Croley es que sí es posible, atendiendo, más que a pensamientos e idealizaciones sobre los mercados, a la actuación de agencias reguladoras independientes que enfatizan en el procedimiento administrativo como mecanismo de inclusión de la mayor cantidad de intereses involucrados en la actuación del regulador (Croley, 2008, 23-25).

El punto de partida de esta idea es que, a diferencia de lo que tradicionalmente propone la teoría de elección pública, se debe ser pragmático y observar la experiencia antes que los supuestos teóricos. Bajo los supuestos tradicionales de la teoría de la elección pública, si bien cada vez que interviene el Estado, lo hace influenciado o capturado por grupos de intereses especiales que atentan contra el interés público, también es posible que grupos de interés público menores, en defensa de intereses generales y propios, puedan unirse y custodiar el interés público a ser afectado por la intervención de los grupos de interés especial (Croley, 2008, 25). Para que la actuación de interesados fragmentados pueda ser efectiva, debe hacerse en el marco de un procedimiento administrativo que permita un amplio grado de participación ciudadana, que no sea meramente nominal. Dicho de otra manera, y apelando al viejo recurso de medición de la escala de Arnstein de la participación ciudadana, debe por lo menos garantizar acceso a la información de los interesados, la posibilidad que estos formulen cuestionamientos o indicaciones a la futura resolución administrativa, y que estas sean de alguna manera consideradas (Arnstein, 1969, 271).

Con todo, la participación ciudadana por sí sola no es garantía. Un elemento importante para que la participación ciudadana sea considerada es la independencia de la agencia reguladora. En la medida que logre tener un mayor grado de independencia, ésta podrá considerar de mejor manera la participación e información aportada por los grupos que, unidos, logren generar una defensa

del interés público, contrarrestando la injerencia de los grupos de interés privado especial.

Una reforma relativamente basada en las ideas reseñadas ya es posible vislumbrarla en Chile, a propósito de la reforma a la institucionalidad ambiental, en la que se enfatizó fuertemente en la participación ciudadana y en el procedimiento administrativo, al menos, para el funcionamiento de instrumentos de gestión ambiental, especialmente en la generación de normas de calidad, normas de emisión, y en el sistema de evaluación de impacto ambiental. Con todo, es posible estimar que la independencia del Servicio de Evaluación Ambiental es limitada, en la medida que depende del Ministerio de Medio Ambiente.

Si revisamos estos dos aportes, a saber participación e independencia, de la teoría procesal administrativa en resguardo del interés público, veremos que las reformas sugeridas tanto por el Banco Mundial como por la Coordinadora también tienen puntos de convergencia, pese a obedecer a posturas que en lo político son bien distintas. El informe del Banco Mundial propone fortalecer la Dirección General de Aguas, para que pueda ejercer de mejor manera sus atribuciones, con un mayor grado de independencia. En tanto, la Coordinadora propone una reestructuración institucional al servicio de las comunidades. Ambos coinciden en que la reestructuración es necesaria, más la cuestión en duda es para qué y para quienes. Alguien, con mayor o menor grado de sospecha, podría advertir que las reformas a la institucionalidad están enfocadas en generar un órgano capturable, ya sea tanto a quienes son propietarios de la mayor parte de los derechos de aguas, o ya fuere por parte de los activistas.

Una reforma institucional a la Dirección General de Aguas, en principio, debería obedecer a dotarla de mayor independencia, restándole la injerencia que pueda tener directa o indirectamente el Ministerio de Obras Públicas por una parte, y los diversos grupos de interés por la otra. Además, se requiere pensar en formulaciones de instrumentos y políticas que impliquen una amplia participación ciudadana, a modo de un ejercicio de experimentalismo democrático en la gestión de los recursos naturales.

5. A modo de conclusión: un problema, cuatro aproximaciones.

De lo que hasta acá he logrado exponer, todos concuerdan en que, en Chile, la gestión de las aguas detenta un problema grave y complejo, y que dados fenómenos tales como la expansión productiva del sector primario o el cambio climático, harán que la disposición del recurso agua sea cada vez más escaso. En el ojo de las críticas están la institucionalidad y las normas de aguas, heredadas de un contexto autoritario, y que son defendidas por quienes respaldan un esquema pro mercado, como sostienen los cuatro decanos de la

citada nota de prensa en la presentación, o rechazadas por la ciudadanía, aglomerada en torno a una causa noble, tal como es el derecho humano de acceso al agua. Hasta ahí, es posible ver dos discursos en principio, incompatibles.

Si nos preguntamos acerca de la incompatibilidad de ambos discursos, tanto las aproximaciones de Croley como las de Ostrom parecen tener una pertinencia necesaria: ambas parten del supuesto que existen “constructos ideales”, alejados de los hechos, que sustentan teorías que no obedecen a lugares y tiempos en particular, y que parecen axiomas atemporales que determinan, inexorablemente, un comportamiento humano que funciona como presupuesto del mercado de las aguas. De una forma similar, por muy loable que sea el discurso del derecho humano al agua como bandera de lucha y como factor aglutinante, por sí sólo no resuelve nada, y requiere de una implementación, ya sea por las organizaciones de usuarios, ya fuere mediante la formulación de políticas públicas y de instrumentos de gestión por parte del Estado, con una debida participación ciudadana y una correcta fiscalización, para concretar y asegurar el disfrute de ese derecho humano. En ese sentido, el derecho humano al agua, en cuanto constructo ideal, es una necesaria meta a realizar.

También, estos dos discursos, el de un dogmático mercado de las aguas y el de un derecho humano como consigna tienen algo en común: son constructos ideales, el primero como presupuesto, el segundo como aspiración social. Ante ello, los metalenguajes de regulación estudiados en este entrega se oponen a las idealizaciones, y lo que, en mi opinión, es clave el éxito de ambos abordajes del fenómeno regulatorio.

Ese punto de partida alejado de las idealizaciones nos puede servir para abordar la experiencia chilena, y preguntarnos, primero desde Ostrom: Antes de reforzar las organizaciones de usuarios... ¿Cómo funcionan en la práctica? ¿Han logrado establecer esquemas cooperativos en cuencas hidrográficas donde la disyunción de usos múltiples sea más tenue? También cabe preguntarse, desde Croley: ¿Cómo garantizar una mayor independencia a la Dirección General de Aguas en una reforma al Código de Aguas? ¿Cómo garantizar procesos administrativos de formulación de políticas públicas para evitar la debilidad del órgano regulador, tal como las comunidades del valle de Petroca-La Ligua denuncian? Si bien la teoría procesal administrativa y la autogestión comunitaria de bienes comunes son metalenguajes ciertamente diferentes, pues Ostrom es un llamado a que el Estado “se retire” en caso que las comunidades funcionen bien, en el marco de un Estado democrático, mientras que Croley hace un llamado a perfeccionar el Estado, ambas dialogan bien entre sí al partir de revisar la evidencia y construir un abordaje regulador.

Finalmente, es imposible desconocer la urgente necesidad de solucionar la falta de acceso al agua de sectores de la población en Chile, cuestión que,

hasta hoy, el discurso del mercado de las aguas, desde sus supuestos abstractos y teóricos, parece cada día estar más lejano a hacer. Para el camino del activismo, pensando en un horizonte de largo plazo y más allá de la movilización ciudadana contingente, se hace necesario procurar la injerencia en la determinación de políticas públicas e instrumentos de gestión, que, como se revisó, son muy pobres hoy en día en la legislación chilena. Sólo así, más allá de las consignas conservadoras del sistema y de las barricadas, se podrá lograr el disfrute de un derecho humano de acceso al agua, que, hoy más que antes, nadie podría negar.

Referencias Bibliográficas

- ARNSTEIN, S. **A Ladder of Citizen Participation**" En: JAIP, Vol. 35, No. 4. EE.UU. 1969, pp. 216-224.
- BANCO MUNDIAL. **Chile: Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos**. Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe. 2011.
- BAUER, C. **"The experience of water markets and the market model in Chile,"** En: Josefina Maestu, ed., *Water Trading and Global Water Scarcity: International Experiences*, RFF Press. EE.UU. 2013. pp. 130-143.
- BAUER, C. **"¿Ley del péndulo? Conflictos de aguas y gobernanza en Chile desde 2005"** En: VII Jornadas de Derecho Ambiental. La Ley. Chile. 2014. pp. 637-673.
- BAUER, C. **"Water conflicts and entrenched governance problems in Chile's market model"** En: *Water Alternatives* Vol. 8, No. 2, pp. 147-172. 2015.
- CASTRO, S. de *et al.* **Bases de la política económica del gobierno militar chileno**. CEP. Chile. 1992.
- COORDINADORA POR LA DEFENSA DEL AGUA Y LA VIDA. **Mapa de conflictos**. [En línea] <http://www.derechoalagua.cl/mapa-de-conflictos/Chile>. 2015.
- CROLEY S.P. **Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government**. Princeton University Press. EE.UU. 2008.
- DOUROJEANNI A.; JOURAVLEV, A. **El Código de Aguas en Chile: entre la ideología y la realidad**. CEPAL. Chile. 1999
- HARDIN, G. "The tragedy of the commons". *Science*. EE.UU. 1968. [en línea] http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html

- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe misión de observación provincia de Petorca*. Julio-Octubre 2014. Chile. 2014
- LARRAÍN, S. *Acceso, protección y derecho humano al agua en Chile*. Chile *Sustentable*. 2014. [en línea] <http://www.chilesustentable.net/wp-content/uploads/2014/10/Acceso-Proteccion-y-Derecho-Humano-al-Agua-en-Chile.pdf>
- OLSON, M. *A lógica da ação coletiva*. Trad: Fernandez, F. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1999.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*. WHO Document Production Services. Suiza. 2003
- OSTROM, E. “*Reformulating the commons*” En: *Ambiente & Sociedade*. N° 10. ANPPAS. Brasil. 2002. pp. 1-22.
- OSTROM, E. *Comprender la diversidad institucional*. Trad: MORO VALLINA, M. KRK Ediciones. España. 2013
- OSTROM, E. *Governing the commons: the evolutions of institutions for collective action*. Cambridge University Press. EE.UU. 1990.
- PFLIEGER, G. “*Historia de la universalización del acceso al agua y alcantarillado en Santiago de Chile (1970-1995)*”. En: *EURE*. vol.34, n.103. Santiago. Chile. 2008. pp. 144-145.
- RATZINGER, J. *Caritas in Veritate*. Carta Encíclica. Libreria Editrice Vaticana . Vaticano. 2009
- ROSE, C. 2011. “*Ostrom and the lawyers: the impact of Governing the Commons on the American legal academy*”. En: *International Journal of the Commons*. Vol. 5, no 1 February. EE.UU. 2011
- UGARTE, P. *Derecho de Aprovechamiento de Aguas. Análisis Histórico, Extensión y Alcance en la Legislación Vigente*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile. Chile, 2003.
- UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. *Informe anual sobre Derechos Humanos de 2013*. Chile. 2013.
- VERGARA, A. *Derecho de Aguas*. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1998.
- VERGARA, A. “*Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas*”. En: *Estudios Públicos*. N° 69. Chile. 1998. pp. 155-205.

