

Revista de Derecho Ambiental. Año IV N° 6.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

La *Revista de Derecho Ambiental*, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, constituye un espacio de exposición y análisis en el plano académico del Derecho Ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y recensiones, abordando diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. En sus páginas se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

Director Responsable

Prof. Sergio Montenegro Arriagada

Editor Responsable

Jorge Ossandón Rosales

Comité Editorial

Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción
Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso
Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile
Dra. Pilar Moraga Sario, Universidad de Chile
Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad Católica de Temuco
Dr. Jaime Tijmes, Universidad de La Frontera

Revista de Derecho Ambiental (en línea)
Centro de Derecho Ambiental
Facultad de Derecho. Universidad de Chile
Pío Nono 1, 4° Piso, Providencia, Santiago de Chile
+562 29785354
cda@derecho.uchile.cl
<http://www.derecho.uchile.cl/cda>

ISSN 0718-0101

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons
atribución - compartir igual 4.0 internacional



**Resolución de disputas en el contexto de los conflictos en torno al agua en Chile:
Una respuesta institucional múltiple**

*Dispute resolution in the context of water-related conflicts in Chile: Multiple
institutional response*

Felipe Guerra

Abogado, Observatorio Ciudadano

Mg. en Derecho, UACH

felipe.guerra.schleef@gmail.com

Resumen: Este trabajo analiza la respuesta institucional múltiple para el desempeño de la función de procesar y resolver las disputas en el contexto de los conflictos que surgen por el agua en Chile que resulta de un esquema que combina órganos jurisdiccionales, agencias administrativas, organizaciones de usuarios y mecanismos arbitrales. En este sentido, se sostendrá que la elección institucional de mecanismos de mercado para coordinar, ordenar y arreglar los múltiples y conflictivos usos de las aguas, ha impactado directamente en la elección de los mecanismos institucionales para procesar las disputas y los conflictos que esta opción genera. Esto se evidencia en la existencia de variados mecanismos arbitrales y vías jurisdiccionales privilegiadas, que tienen como único o principal objetivo la resolución de disputas entre propietarios de derechos de aguas o entre estos y la Administración del Estado. Sin perjuicio de esto, junto a estos mecanismos no jurisdiccionales o jurisdiccionales especializados para la resolución de disputas, existen otros mecanismos generales, derivados de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, que, dada las condiciones de su diseño y objetivos, se encuentran en principio siempre disponibles para que aquellos sectores excluidos puedan discutir y acceder a soluciones a sus demandas.

Palabras clave: Resolución de disputas, conflictos, agua.

Abstract: *This paper analyses the multiple institutional response to perform the task of processing and resolving disputes, in the context of conflicts regarding water in Chile. It involves a scheme that combines jurisdictional bodies, administrative agencies, users' organizations, and adjudicative mechanisms, all of which configure a single scheme. In this sense, it will be affirmed that the institutional choice of market mechanisms to coordinate, order, and arrange the multiple and conflictive uses of water has had a direct impact over the selection of institutional mechanisms to process disputes and conflicts that this choice produces. This is evidenced by the existence of several adjudicative mechanisms and privileged legal channels, which have as their single or main objective the resolution of disputes among owners of water rights, or between them and the State. This notwithstanding, along with non-judicial mechanisms or specialized jurisdictional ones for*

the resolution of disputes, there are other general mechanisms, derived from the structure of our legal system, which, given the conditions of their design and objectives, are always available to allow that the excluded sectors can discuss and access solutions to their demands.

Keywords: *Dispute resolution, conflicts, water.*

Introducción

Una de las cuestiones más difíciles de resolver en relación a la gestión de los bienes de uso común es cómo coordinar, ordenar y administrar sus múltiples funciones, usos y valores asociados, los que en muchos casos resultan conflictivos. En el caso del agua, este problema se observa con claridad cuando contemplamos el fenómeno al nivel de cuenca hidrográfica¹. Ofrecer una solución a lo anterior implica determinar a cuál de los diferentes procesos institucionales disponibles se le reconocerá la autoridad para decidir sobre un tema en particular².

En el caso de Chile, la elección institucional para dar respuesta a la coordinación de los diversos usos de las aguas ha transitado desde un modelo concesional sujeto a reglas de caducidad para resguardar su función pública y el interés común (Código de Aguas de 1951 y 1967), a uno en que la asignación y redistribución de los recursos hídricos se entrega principalmente al mercado, cuyas bases fueron establecidas, primero, en el Decreto Ley N° 2.603, de 1979³, para luego pasar a la Constitución Política de 1980 y al Código de Aguas de 1981. En términos generales, y como ha sido suficientemente destacado, se trata de un modelo que, si bien reconoce las aguas como bienes nacionales de uso público, establece un sistema por medio del cual la autoridad puede otorgar concesiones de derechos de aprovechamiento de aguas a los particulares que lo soliciten⁴. La concesión de derechos de

¹ En este sentido, BAUER, C. 2002. *Contra la Corriente. Privatización, mercados de agua y el Estado en Chile*. Santiago de Chile, LOM. pp. 117 y ss. Así mismo, ver BAUER, C. 2004. *Canto de Sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales*. Santiago de Chile, Bakeaz. pp. 149 y ss.

² Ver KOMESAR, N. 1994. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Estados Unidos. University of Chicago Press.

³ El año 1979, durante la dictadura militar, se dicta el D.L. N° 2.603, que “modifica y complementa el Acta Constitucional N° 3; establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y faculta al presidente de la República para que establezca el régimen jurídico de las aguas”. Según se desprende de sus considerandos, el objetivo de dicha normativa era “iniciar el proceso de normalización de todo cuanto se relaciona con las aguas y sus diferentes formas de aprovechamiento”. Esto, dado que “la legislación vigente sobre esta materia no corresponde a los principios que inspiran al Supremo Gobierno en el proceso de institucionalidad del país”. Con este propósito, se comenzó por reforzar el estatuto de garantías de los derechos de aguas, otorgándole a sus titulares la “propiedad sobre los mismos”. Ver VERGARA, A. 2015. *Crisis institucional del agua. Descripción del modelo, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales*. Santiago de Chile, Ediciones UC. p. 46.

⁴ El artículo 5° del Código de Aguas, en concordancia con el artículo 595 del Código Civil, señala que “[l]as aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas”. El artículo 6° del Código de Aguas, refiriéndose al derecho de aprovechamiento, especifica que este es un “derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas”. Si bien, la fórmula empleada

agua tiene la característica de ser un derecho real de aprovechamiento perpetuo, que puede transarse libremente en el mercado y que es otorgado gratuitamente por el Estado, salvo que el titular no haga aprovechamiento productivo del recurso, caso en el cual debe pagar una patente por el no uso. Esto ha supuesto un debilitamiento del poder regulatorio del Estado, perdiendo la Administración sus facultades de incidir a futuro en dicho proceso de asignación. Lo anterior vacía de todo contenido sustantivo la condición de bien nacional de uso público de las aguas, al mismo tiempo que nos demuestra que el marco jurídico e institucional es crucial para el funcionamiento del mercado⁵.

Sin embargo, la opción por un modelo de mercado para la gestión de las aguas es una elección altamente conflictiva, no solo debido a las inevitables disputas que entraña el propio funcionamiento del sistema de titulación de derechos de aguas para aquellos actores privados interesados en el mercado que este funda, y a la necesidad de contar con mecanismos de gestión de las disputas entre usuarios titulares de derechos de aguas “reconocidos” o “constituidos”. Sino que además, porque dicho sistema, al permitir que cualquier persona pueda constituir un derecho de aprovechamiento independiente de los derechos de propiedad sobre el suelo y subsuelo por donde escurren las aguas, ha permitido la concentración de derechos del recurso hídrico en manos de particulares para fines extractivos y especulativos. De esto deriva el alto precio de estos bienes en el mercado y, por consiguiente, situaciones de extrema desigualdad para usuarios tradicionales y grupos vulnerables que han sido excluidos del acceso al vital elemento o a los recursos hídricos existentes en sus espacios territoriales⁶.

por el Código de Aguas parece ser consistente con el “uso público” que le corresponde a las aguas como bienes nacionales, el mismo artículo 6° especifica luego que “[e]l derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”. Esto último supone un derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, que el artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución amplía no solo a los derechos “reconocidos” o “constituidos”, vaciando de contenido la consideración de las aguas como bienes nacionales de uso público. Para una exposición histórica sobre la confusión entre propiedad y usos de las aguas en el Derecho ver GAZZANIGA, J. 1992. ¿A quién pertenece el agua? Derecho de Minas y Aguas. Santiago Chile 3: 167-173.

⁵ Sin perjuicio de esto, en nuestro modelo regulatorio para los usos de las aguas existe una mistura de sistemas, toda vez que no solo se reconocen aquellos usos que cuentan con títulos concesionales otorgados por alguna autoridad (derechos “constituidos” o concesionales), sino que también aquellos consuetudinarios que, si bien no cuentan con títulos concesionales, han sido reconocidos por la ley (derechos “reconocidos” o consuetudinarios). De esta forma, como señala Bauer “[...] en muchas zonas hay un número desconocido de derechos legalmente válidos que en teora podrían ser activados en cualquier momento. En: BAUER. 2002. Op. Cit., p. 99. Para Vergara, esto ha sido una de las principales fuentes de conflictividad judicial de los derechos de aguas, toda vez que dicho diseño institucional no permitiría darle claridad a los derechos en medio de un sistema que propicia ampliamente el mercado de estos derechos. VERGARA, A. 1997. Conflictividad judicial sobre recursos hídricos en un sistema de mercado de derechos de aguas. Derecho de Aguas. Chile 7: 35-40.

⁶ En este sentido, ver BANCO MUNDIAL. 2011. Chile: Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. [en línea] http://www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile_Banco%20Mundial.pdf. Si bien este informe valora las reformas al Código de Aguas aprobadas en 2005, evidencia los graves problemas que persisten en nuestro régimen jurídico y política hídrica, entre los que destacan: proteger los derechos de aguas 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

Además, dado que el sistema define los usos relevantes del agua (consuntivos y no consuntivos) en relación a su utilización exclusivamente productiva, quedan fuera de esta definición todos los valores culturales y espirituales, así como las funciones ambientales asociadas al agua. Los efectos que esta exclusión genera se evidencian en las dificultades por canalizar institucionalmente las demandas de aquellos usuarios y grupos o sectores que han sido excluidos del acceso a los recursos hídricos existentes en sus territorios⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, llaman la atención las diversas técnicas e instituciones concurrentes en nuestro sistema para la resolución de las disputas, una vez que fallan los mecanismos de mercado existentes para la gestión y coordinación de los diversos usos de las aguas. Se trata de un esquema que se caracteriza por la existencia de múltiples mecanismos para procesar disputas, que combinan procedimientos ante la propia Administración Pública, distintos procesos y órganos jurisdiccionales, y un sistema de arbitraje, a lo que se suman las competencias para resolver disputas entre propietarios de derechos de aprovechamiento radicadas en las organizaciones de usuarios. Se trata de un modelo institucional de foros múltiples y concurrentes para dar respuesta a la conflictividad por el agua en Chile, que, como se verá, cuenta con escasos e incómodos arreglos de coordinación.

Este trabajo analiza el desempeño de la función de resolver o procesar las disputas que surgen en torno al agua, ya sea entre propietarios, entre un propietario o un grupo de propietarios y la Administración del Estado, o entre un propietario o la Administración y una comunidad indígena, local o un grupo de ciudadanos. El propósito es adoptar una perspectiva funcional, que permita una aproximación a la compleja interacción entre las múltiples instituciones o contextos institucionales que realizan la misma función de resolución de disputas⁸.

agua subterránea más sostenible; profundizar las medidas ya tomadas para asegurar la calidad del agua; mejorar el registro público de los derechos de aguas; fortalecer la DGA; fortalecer las organizaciones de usuarios; mejorar los sistemas de información y comunicación; mejorar la coordinación intra e inter sectorial; integrar la gestión de cuencas y fomentar la participación de los grupos interesados; mejorar la resolución de los conflictos.

⁷ Ver: AYLWIN, José; MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías y YAÑEZ, Nancy. 2013. Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago de Chile, LOM. pp. 175 y ss.; YAÑEZ, Nancy y MOLINA, Raúl (compiladores). 2011. Las aguas indígenas en Chile. Santiago de Chile. LOM. pp. 183 y ss.

⁸ Adoptar una perspectiva funcional para emprender el análisis de nuestras instituciones nos permitirá examinar la disposición y la interacción de las instituciones pertinentes que desempeñan la misma función, iluminando factores interinstitucionales. Estos últimos difícilmente pueden ser aprehendidos desde el enfoque institucional dominante y más familiar en los trabajos jurídicos tradicionales, cuya unidad de análisis es una institución (tribunal, corte, órgano administrativo) y la descripción de la gama de funciones que desempeña. Desde un punto de vista sociológico, cualquier institución existente, mirada de forma aislada -ya sean cortes, órganos administrativos o grupos de personas organizadas-, constituye solo una manera de desempeñar una función (Ver: TREVES, R. 1988. La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas. Barcelona, Ariel. pp. 192 y ss.). De esta forma, el análisis aquí propuesto no hace hincapié en la compleja interacción entre las muchas funciones que desempeña una institución, sino en la compleja interacción entre las múltiples instituciones que realizan la misma función. Esto, dado que, del mismo modo en que el punto de vista formal de la institución ilumina factores "interfuncionales", una perspectiva funcional ilumina factores "interinstitucionales". Ver: COVER, R. 1979. Dispute Resolution: A Foreword. Faculty Scholarship Series. Paper 2700.

En efecto, en un contexto institucional concurrente para el desempeño de una misma función, donde además las reglas de coordinación entre instituciones son incómodas, las interacciones entre estas se vuelven complejas. El resultado más evidente de este tipo de esquemas institucionales múltiples dispuestos para el conflicto son las amplias posibilidades para el desarrollo de conductas y usos estratégicos por parte de los actores y usuarios. Sin embargo, esto sería imposible si las diversas instituciones que se conjugan fueran idénticas, lo que supone confrontar a cada una con el hecho incómodo de que poseen sesgos evidentes y reconocibles, tanto en sus elementos procesales como sustantivos.

En este sentido, se sostendrá que la elección institucional de mecanismos de mercado para coordinar, ordenar y arreglar los múltiples y conflictivos usos de las aguas, ha impactado directamente en la elección de los mecanismos institucionales para procesar las disputas y los conflictos que esta opción genera. Esto se evidencia en la existencia de varios mecanismos arbitrales y vías jurisdiccionales privilegiadas, que tienen como único o principal objetivo la resolución de disputas entre propietarios de derechos de aguas o entre estos y la Administración del Estado. Estos mecanismos muestran una preferencia estructural por aquellos titulares de derechos de aprovechamiento y tienden a excluir reclamos que provengan de grupos o sectores cuyos usos de las aguas no se encuentran formalizados. Sin perjuicio de esto, junto a estos mecanismos no jurisdiccionales o jurisdiccionales especializados para la resolución de disputas, existen otros mecanismos generales, derivados de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, que, dada las condiciones de su diseño y objetivos, se encuentran en principio siempre disponibles para que aquellos sectores excluidos puedan discutir y acceder a soluciones a sus demandas.

En lo que sigue, se describirán algunas de las principales instituciones y contextos procesales que concurren para el desempeño de la función de resolver los conflictos que surgen en torno al agua. Se pondrá énfasis sobre los principales procesos especializados regulados en el Código de Aguas y aquellos procesos generales que se derivan de la estructura de nuestra regulación constitucional, y que involucran a los tribunales ordinarios y a las Cortes. Además, se describirá brevemente el mecanismo arbitral que considera el Código de Aguas y el rol de las organizaciones de usuarios de aguas en la resolución de conflictos, con particular énfasis en las Organizaciones de Usuarios de Aguas⁹. Finalmente, se expondrán algunas consideraciones finales.

⁹ Esto supone dejar fuera otras instituciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales que, sin lugar a dudas, concurren en el desempeño de la unidad de análisis que he definido, tales como la Contraloría General de la República, los tribunales ambientales, el Tribunal de la Libre Competencia o, incluso, el Sistema Regional Interamericano de Derechos Humanos. Sin embargo, y dada la extensión de este trabajo, no se hará referencia a ellas, sin perjuicio de que su examen es necesario en cualquier análisis que pretenda complejizar más el esquema institucional múltiple para dar respuesta a los conflictos que surgen en relación al agua, dado que, evidentemente, participarán de la multiplicación de usos posibles que la concurrencia tolera.

1. La respuesta institucional múltiple para la resolución de disputas en torno al agua

1.1 Concurrencia jurisdiccional para la resolución de conflictos por el agua

En relación al desempeño de nuestro modelo jurisdiccional en la resolución de conflictos que emergen en torno al agua, es evidente la combinación de distintos procesos y órganos jurisdiccionales competentes para conocer de estos asuntos¹⁰, y que bajo las reglas sobre el acceso a la jurisdicción aplicables, un mismo conflicto puede ser conocido por medio de diversos procesos y ante varios tribunales u órganos jurisdiccionales. Así, en este ámbito, nuestra matriz jurisdiccional corresponde a una forma de “conurrencia compleja de jurisdicciones”¹¹.

1.1.1 Concurrencia de procesos ante los juzgados civiles

Los juzgados civiles cuentan con importantes competencias para conocer de diversos procesos especiales y generales para la resolución de variados conflictos que puedan surgir a partir del uso del agua y ejercicio de los derechos de agua. Este es el caso de la competencia general de los tribunales ordinarios de justicia para resolver, mediante un procedimiento sumario, todas las disputas que se susciten respecto de la constitución, ejercicio y extinción de los derechos de agua (artículos 177 y 178 del Código de Aguas) cuando no haya un proceso especial; las acciones posesorias sobre aguas contempladas en los artículos 123 a 128 del Código de Aguas¹²; y el amparo judicial de aguas, que es definido como una acción posesoria de carácter especial, establecida en el artículo 181 del Código de Aguas, destinada a proteger el ejercicio material del derecho de aguas cuando es afectado por obra de terceros.

Sin perjuicio de esto, junto a estos procesos especiales existe otro proceso de carácter general, mediante el cual los tribunales ordinarios de justicia se han involucrado en diversos conflictos surgidos por la constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas: la denominada “acción de Nulidad de Derecho Público”.

En lo que sigue, analizaré brevemente la competencia general de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de todas las cuestiones relacionadas con los derechos de aprovechamiento de aguas, el amparo judicial de aguas y la acción de nulidad de derecho público.

¹⁰ Ver FERRADA, J. C. 2011. Los procesos administrativos en el Derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. XXXVI (1er Semestre 2011): 251-277.

¹¹ La expresión “conurrencia compleja de jurisdicciones” la tomo del autor estadounidense Robert Cover. Ver: COVER, R. 1981. The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation. William & Mary Law Review. Estados Unidos 22 (639).

¹² El uso de las acciones posesorias como un mecanismo efectivo para garantizar el uso y aprovechamiento de las aguas es bastante antiguo en nuestro ordenamiento jurídico y se apoya en una idea, igualmente antigua, de que a pesar de que las aguas son bienes nacionales de uso público, pueden ser objeto de apropiación por particulares. En este sentido ver: CLARO SOLAR, L. 1992. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Chile. Editorial Jurídica de Chile. Vol. IV. pp. 494-496.

1.1.1.1 Competencia general de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de todas las cuestiones relacionadas con los derechos de aprovechamiento de aguas

El artículo 177 del Código de Aguas consagra la competencia general de los tribunales ordinarios de justicia para conocer, conforme al procedimiento sumario establecido del Código de Procedimiento Civil, de todos “[l]os juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial”. Señalando el artículo 179, que: “[e]n estos juicios se podrá decretar de oficio la inspección personal del Tribunal, el nombramiento de peritos y el informe de la Dirección General de Aguas”. La competencia general de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de todas las cuestiones relacionadas con los derechos de aprovechamiento de aguas, ha entrañado un amplio involucramiento de estos tribunales en estos asuntos, lo que no ha estado exento de críticas¹³.

Uno de los asuntos que es de conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia por medio del procedimiento sumario regulado en los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas, ha sido la regularización de títulos de derechos de aguas, ya que la aplicación de los Artículos Transitorios de este cuerpo legal depende de la cooperación entre los tribunales locales y la Dirección General de Aguas¹⁴.

En este sentido, destaca la jurisprudencia de los tribunales y Cortes en la aplicación del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, que establece un procedimiento reglado para formalizar determinados usos de las aguas libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno. Se trata de un artículo, que si bien es transitorio, sigue plenamente vigente hasta el día de hoy.

Tal como ha sostenido la Corte Suprema, al realizar una interpretación sistemática del artículo 7° del D.L. N° 2.603, en relación con el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, el propósito de esta normativa “[...] es que los usos de aguas que cumplan determinados requisitos constituyan derechos y, por otro lado, conforme a los principios recogidos en el Código de Aguas de 1981 y, especialmente, en virtud de lo preceptuado en el artículo 2° transitorio del mismo cuerpo legal, se advierte que la intención del legislador

¹³ Las principales críticas al involucramiento de los tribunales ordinarios de justicia en la resolución de conflictos en torno al agua se encuentran bien resumidas en el Informe del Banco Mundial, citado anteriormente. Como se señala en dicho informe: “232. En lo relativo a los Tribunales de Justicia, y debido a la falta de tribunal especializado, un gran número de conflictos no resueltos llegan a instancias de los tribunales ordinarios de justicia, los cuales no poseen el grado de especialización adecuado para interpretar técnicamente las causas de los mismos (Peña, 2001). En los casos en que las decisiones judiciales se recurren, dicho recurso acaba en la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual se puede decir que, en la práctica, se ha convertido en el principal tribunal de aguas del país sin estar especialmente capacitado para ello. Finalmente, existe una baja calidad técnica en las resoluciones judiciales dictadas en asuntos de aguas, no sólo debido al desconocimiento técnico en el tema del agua, sino también a los bajos estándares procesales que se dan en los recursos especiales de aguas (falta de observancia de los principios del debido proceso, o bilateralidad de la audiencia, entre otros)”. En BANCO MUNDIAL. Op. Cit., 2011. p. 63.

¹⁴ BAUER. 2002. Op. Cit., pp. 97 y ss.

es que tales derechos se regularicen a través de su inscripción en el Registro Conservatorio respectivo”¹⁵.

De esta forma, los derechos de aprovechamiento “reconocidos” surgen como tales cuando el ordenamiento jurídico admite la legitimidad del uso consuetudinario de las aguas o de las que se encuentran en una situación especial¹⁶. Así, un uso que se inicia *de facto*, una vez reconocido por la legislación, pasa a tener la categoría de derecho, ocupando, en palabras de la Corte Suprema, “un lugar equivalente a los derechos de aprovechamiento constituidos”¹⁷. Por consiguiente, un derecho de los llamados “reconocidos” existe y goza de protección, pero debe ser formalizado o regularizado, no para nacer a la vida del derecho, sino con el objeto de alcanzar la certeza jurídica que la actual normativa pretende respecto de los derechos de usar las aguas.

De esta forma, a medida que se han diversificado las bases jurídicas para proteger los derechos indígenas al agua, con la dictación de la Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y la aplicación del Convenio N° 169 y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Chile, se ha podido proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas a las aguas que existen en sus territorios.

De esta forma, a medida que se han diversificado las bases jurídicas para el reconocimiento de usos antiguos de las aguas, la aplicación en concreto del procedimiento de regulación del artículo 2° ha permitido ir protegiendo los derechos de grupos especialmente vulnerables en el contexto institucional establecido por el Código de Aguas de 1981.

Este ha sido el caso de los pueblos indígenas Aymara, Lickanantai, Quechua, Coya y Diaguita del norte de Chile, a quienes se les ha reconocido un derecho colectivo y de propiedad ancestral sobre las aguas que existen en sus territorios y usan desde tiempos inmemoriales (artículos 64 y 3° transitorio de la Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas)¹⁸. Protección que se ha visto fortalecida con la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT, así como otros instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Chile. La importancia de estas disposiciones ha sido el reconocimiento de un derecho preferente a favor de las comunidades indígenas del norte, fundado en sus derechos ancestrales, lo que se ha traducido en una jurisprudencia consistente en orden a reconocer dicho derecho y revertir

¹⁵ CORTE SUPREMA. Rol N° 17.241-2013, considerando 7°.

¹⁶ Vergara clasifica los derechos de aprovechamiento de aguas “reconocidos” de la siguiente forma: 1) aquellos que pudieron haberse iniciado consuetudinariamente, pero una vez que son reconocidos por el legislador, pasan a tener la categoría de derechos, ocupando un lugar equivalente en cuanto a potencia, posibilidades y protección, a aquel que ocupan los derechos constituidos; 2) usos que la ley reconoce como derechos mínimos o limitados al cumplimiento de ciertos requisitos de hecho, fijados por ella misma; 3) otros derechos antiguos reconocidos por la legislación. Ver VERGARA, A. 2015. Crisis Institucional del Agua. Descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales. Santiago de Chile, Ediciones UC. pp. 69 y ss.

¹⁷ Corte Suprema, Rol N° 17.241-2013, considerando 6°.

¹⁸ Ver AYLWIN, José et al. Op. Cit., pp. 175 y ss.; YÁÑEZ, N. y MOLINA. Op. Cit., 183 y ss.

procesos de expropiación de derechos de aguas de comunidades indígenas, susceptibles de comprometer el hábitat de estas comunidades¹⁹.

1.1.1.2 Amparo judicial de aguas

El amparo judicial de aguas, mecanismo urgente para restablecer en forma rápida y expedita una situación fáctica -el uso del agua- afectada por obras o hechos recientes, es una innovación del Código de Aguas de 1981²⁰. Se trata de un mecanismo procesal especial y privilegiado, que vino a reemplazar el amparo administrativo del Código de Aguas anterior, que le entregaba a la DGA la competencia para la resolución de estos conflictos. Se trata de un procedimiento sencillo, desformalizado, que no requiere patrocinio de abogado en primera instancia y que se encuentra abierto a todo propietario o “dueño presunto”²¹ de derechos de agua, mediante el cual se le solicita al tribunal que adopte las medidas necesarias para poner fin a cualquier entorpecimiento o perjuicio en el aprovechamiento de las aguas²².

¹⁹ En este sentido CORTE SUPREMA. Rol N° 986-2003, 22 de marzo de 2015. Comunidad Atacameña Toconce con Essan S.A. En este caso, los sentenciadores regularizaron a favor de la Comunidad Atacameña Toconce, un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes, y de uso consuntivo en el río Toconce, en la II Región, sobre la base del reconocimiento de que, desde tiempos inmemoriales, los habitantes del Toconce han hecho uso ininterrumpido de las aguas del río. Lo anterior, a pesar de existir derechos de aprovechamiento inscritos a favor de terceros.

Lo que estuvo en disputa fue la protección que nuestro ordenamiento jurídico hace, no solo de los derechos “constituidos”, sino que también de los derechos “reconocidos”, esto es los usos consuetudinarios como fuente de derechos de aprovechamiento de aguas. De esta forma, los sentenciadores concluyen que resulta “imposible calificar como ilegal el uso de las aguas sin autorización, esto es, sin títulos concesionales, si esa utilización deriva de prácticas consuetudinarias” (Considerando Tercero). Ante esta realidad, agregaron, que para el caso de las comunidades indígenas “la autoridad ha optado por reconocer esos derechos ancestrales [...], exigiendo sólo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico” (Considerando Tercero). Para lo anterior, el procedimiento contemplado en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, para el caso del reconocimiento de los derechos ancestrales de las comunidades indígenas, “no tiene por finalidad constituir derechos de aprovechamiento, sino únicamente regularizarlos e inscribirlos”, ya que estas son dueñas ancestrales de los derechos de agua en virtud del texto expreso de ley, por así disponerlos los artículos 64 y 3° transitorio de la Ley N° 19.253.

En el mismo sentido ver: CORTE SUPREMA. Rol N° 2.840-2008, 25 de noviembre de 2009. En este caso, además, la Corte Suprema diversifica las bases jurídicas para el reconocimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades indígenas del norte de Chile, aplicando, entre otras normas, el Convenio 169 de la OIT.

²⁰ CORTE SUPREMA. Rol N° 32.361-2014, 13 de mayo de 2015, que acoge casación en el fondo respecto de sentencia que hizo lugar a un amparo de aguas,.

²¹ El artículo 7° del Decreto Ley N° 2.603 de 1979, señala que se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento “quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos” o “quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua”.

²² La única exigencia legal para presentar la solicitud de amparo es que la presentación cuente con las menciones a las que se refiere el artículo 182 del Código de Aguas. Tal como señala el artículo 183 del Código de Aguas, una vez presentada la solicitud de amparo, esta deberá ser proveída dentro de las veinticuatro horas de recibida para ser notificada al o los presuntos responsables, y a los representantes legales de las organizaciones de usuarios que correspondan, para que estos, dentro del plazo de cinco días, hagan sus descargos o formulen las observaciones que procedan según el caso. Además, el juez dispondrá una inspección en terreno y podrá solicitar un informe técnico a las oficinas provinciales o regionales de la DGA,

En este sentido, como ha sido destacado, el amparo es muy similar al recurso de protección de garantías constitucionales, el que se configura como un proceso sumario especial de discusión y conocimiento limitado, que permite dar efectividad urgente, aunque con un carácter provisional, a una pretensión concreta, otorgando a los tribunales amplias potestades y poco tiempo para dictar sentencias sobre conflictos inmediatos²³. Sin embargo, en la práctica, el amparo de aguas y el recurso de protección han funcionado para hacer declaraciones sustantivas en lugar de dar satisfacción urgente y provisional a una situación concreta, lo que ha sido fuertemente criticado por los especialistas, quienes consideran estos mecanismos inconsistentes en relación a su propósito y las garantías que el debido proceso impone²⁴. Lo anterior se debe a que, en estos casos, el procedimiento establecido no tendría una extensión y profundidad acorde con la naturaleza y gravedad de las cuestiones debatidas en juicio, las que por su complejidad requieren, en muchas ocasiones, un procedimiento de lato conocimiento.

1.1.1.3 Acción de Nulidad de Derecho Público como mecanismo general

La denominada “acción de Nulidad de Derecho Público” es un proceso de tipo contencioso administrativo invalidatorio, que ha sido considerado por la doctrina administrativista especializada como uno de los procesos generales y de aplicación común para el control de la actividad administrativa, junto al recurso de protección de garantías constitucionales. Lo anterior porque puede ser utilizado por los administrados “[...] para impugnar cualquier acto u omisión administrativa, siempre que se encuadre en alguna de las causales o presupuestos de admisión que establece el propio ordenamiento”²⁵. De esta forma, este proceso ordinario de carácter general, con fundamento directo en la propia Constitución (artículos 6 y 7) y cuyo desarrollo ha sido fruto de la construcción doctrinal y jurisprudencial²⁶, puede ser ampliamente utilizado cuando se vean involucrados aspectos de derecho administrativo en la discusión, lo que acontecerá en una gran cantidad de casos,

el que deberá ser evacuado en un plazo que no exceda los cinco días. El personal de la DGA prepara el informe en base a sus inspecciones en terreno y los antecedentes disponibles. El querellante debe pagar por las visitas a terreno, tanto judiciales como por aquellas de la DGA, aunque a veces estos costos pueden ser suspendidos. El juez puede declarar un amparo inmediato para el querellante, pero en principio no puede hacer un juicio más definitivo, dada la naturaleza urgente y de emergencia de este procedimiento. Ver: BAUER. 2002. Op. Cit. p. 120.

²³ Para una crítica de la doctrina al recurso de protección ver PIERRY, P. 1977. Recurso de protección y lo contencioso administrativo. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. Chile. Universidad de Concepción 44 (165); en el mismo sentido BORDALÍ, A. 1999. El proceso de protección. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile. Chile. Universidad Austral de Chile 10.

²⁴ Ver BAUER. 2002. Op. Cit., pp. 120-121.

²⁵ Ver: FERRADA, J.. Ob. Cit., pp. 264 y ss.

²⁶ Tal como destaca Ferrada, “[...] la nulidad de Derecho público ha sido formulada como una sanción de ineficacia dispuesta en la *Constitución* para los actos de los órganos del Estado que contravienen el ordenamiento jurídico chileno, y cuya tramitación se sujeta a las reglas del juicio ordinario civil, procedimiento de lato conocimiento”. En: FERRADA, J. Ob. Cit., p. 270.

dada la vocación de la regulación del agua y la intervención del Estado-Administración para el funcionamiento y efectividad de la misma.

Cabe tener presente que, en la medida en que se han diversificado las bases jurídicas para proteger y garantizar el derecho al agua como un derecho humano, un derecho indígena y también como un derecho que hace parte de los derechos ambientales y los derechos económicos, sociales y culturales, se ha permitido argumentar que cualquier acto que vulnere los derechos fundamentales al agua consagrados en instrumento internaciones de derechos humanos vigente en Chile, adolecerá de nulidad de derecho público conforme a lo dispuesto en los artículos 5° inciso 2, 6 y 7° de la Constitución Política de la República²⁷.

1.1.2 Concurrencia de procesos especiales y generales ante las Cortes

El involucramiento de las Cortes en los conflictos por el uso de las aguas o en aquellos surgidos a propósito de la constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento, se ha producido a través de diversos mecanismos procesales de carácter general o especial, y mediante los recursos tradicionales existentes en nuestro ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones de los tribunales inferiores. Consideraré a continuación solo los procesos especiales que contempla el Código de Aguas y el denominado recurso de protección, por medio de los cuales las Cortes han intervenido en la resolución de los conflictos mencionados.

1.1.2.1 Reclamaciones especiales

Para el caso de los conflictos surgidos por el agua en nuestro país, y fundamentalmente para aquellos conflictos que se producen entre los propietarios de derechos y la Administración del Estado, el legislador del Código de Aguas estableció dos reclamaciones especiales: una para reclamar ante la Corte de Apelaciones correspondiente contra las resoluciones de la Dirección General de Aguas (artículo 137 del Código de Aguas); y otra para reclamar ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra los decretos del Presidente de la República que denieguen parcialmente una petición de derecho de aprovechamiento (Artículo 147 ter del Código de Aguas)²⁸. Este tipo de procesos especiales

²⁷ En este sentido destaca la aplicación del Convenio 169 de la OIT, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Observación General N° 15 del Comité DESC de la ONU. Un caso reciente en el que se anularon derechos de agua concedidos a Endesa para el desarrollo de hidroelectricidad en la comuna de Panguipulli, se produjo a fines de septiembre de 2014, cuando el 24° Juzgado Civil de Santiago acogió la demanda presentada por un grupo de opositores a la construcción de la central hidroeléctrica Neltume, declarando la “nulidad de derecho público” de la resolución N° 134 de 2000 de la DGA, que otorgó derechos a Endesa para utilizar las aguas del lago Pihueico, señalando que el procedimiento por el cual se otorgaron los derechos de aprovechamiento referidos a Endesa se encontraba viciado.

²⁸ La primera de estas reclamaciones especiales ya existía previo a la reforma al Código de Aguas introducida por la Ley N° 20.017 de 2005, pero sufrió importantes reformas en cuanto al procedimiento a partir de dicha

de reclamación se inserta dentro de la tendencia, ampliamente descrita, de “inflación contenciosa-administrativa” y de abandono de la opción de generar un contencioso administrativo general, como se había previsto originalmente en la Constitución de 1980 y en la Constitución de 1925²⁹.

Ambas reclamaciones especiales siguen la estructura y reglas del recurso de protección de garantías constitucionales³⁰. Además, con respecto a la forma cómo se relacionan los procedimientos administrativos para la impugnación de los actos administrativos (esto son los denominados recursos de reconsideración y reclamación) y estas vías procesales especiales, el Código de Aguas, siguiendo la regla del artículo 54 de la Ley N° 19,880, otorga a los particulares un derecho de opción para utilizar a su arbitrio los procedimientos o las reclamaciones especiales para la impugnación de las decisiones de la administración en esta materia, según estimen conveniente. Se trata de una regla de gran importancia en esta área del Derecho Administrativo, ya que con ello se establece que no es necesario que el particular agote la vía administrativa para poder impugnar judicialmente el acto, sino que es el propio particular, según su propia estrategia, el que debe optar por la vía administrativa o judicial. No obstante, si el particular opta por la vía administrativa de impugnación, ello le impone la obligación de agotar la vía administrativa de reclamo, generándose un impedimento para el ejercicio de las reclamaciones judiciales especiales. Por el contrario, si el particular opta por hacer uso de las reclamaciones judiciales especiales, sin entablar previamente los recursos administrativos disponibles, la Administración queda totalmente impedida de conocer de una impugnación administrativa del mismo acto, ya que la materia ya se encuentra sometida al conocimiento de los tribunales de justicia. Como señala Ferrada, “[...] en este caso ha operado una especie de

reforma. En cambio, la segunda reclamación especial a la que se hace mención fue incorporada íntegramente por la reforma aludida.

²⁹ Ver: FERRADA, J. Ob. Cit., pp. 265 y ss. En el mismo sentido ver: CARMONA, C. 2005. El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003. En: FERRADA, J. C., (coord.). La Justicia Administrativa. Chile. LexisNexis; y AROSTICA, I. 2008. Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. Ius Publicum. Chile. 20.

³⁰ El artículo 137 del Código de Aguas establece el plazo, procedimiento por el cual se tramitan ambas reclamaciones, y la posibilidad de decretar una medida cautelar especial de suspensión del acto. Esta regulación se asemeja enormemente al procedimiento de tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales. De acuerdo con lo señalado en este artículo, el plazo para reclamar es de 30 días contados desde la notificación de la resolución de la DGA o desde la notificación de la resolución que recaiga en el recurso de reconsideración según corresponda. El mismo plazo se considera para el caso de la reclamación contra un decreto del Presidente de la República que disponga la denegación parcial de una petición de derecho de aprovechamiento, plazo que se contará desde la fecha de publicación del referido decreto (artículo 147 ter). Con respecto al procedimiento por el cual se tramitará la reclamación, el inciso 2° del artículo 137 del Código de Aguas (que también se aplica a la reclamación del artículo 147 ter del Código de Aguas), señala que: “[s]erán aplicables a la tramitación del recurso de reclamación, en lo pertinente, las normas contenidas en el Título XVIII del Libro I del Código de Procedimiento Civil, relativas a la tramitación del recurso de apelación debiendo, en todo caso, notificarse a la Dirección General de Aguas, la cual deberá informar al tenor del recurso”. Finalmente, el inciso 3° del artículo 137 del Código de Aguas, establece la regla general con respecto a la efectos suspensivos de la impugnación administrativa o jurisdiccional del acto, la cual es que “[l]os recursos de reconsideración y reclamación no suspenderán el cumplimiento de la resolución, salvo orden expresa que disponga la suspensión”.

preclusión, cuyo fundamento es la judicialización del conflicto jurídico, lo que evidentemente hace inviable un pronunciamiento de la Administración, ya porque quedaría sujeto a la decisión judicial, ya porque de emitirlo después de la resolución judicial, podría llevar a configurar un simple desacato de lo resuelto por el tribunal”³¹.

Como se aprecia, el legislador ha provisto, de forma redundante, estos procesos especiales para cautelar los intereses privados comprometidos frente a la actividad de la Administración del Estado en un ámbito con importantes efectos en sectores económicos relevantes, como la regulación y gestión del agua. Este tipo de respuestas institucionales para hacer frente a los conflictos que puedan surgir entre los particulares y la actividad administrativa en la gestión y asignación de derechos de agua, establecen en la práctica una justicia especializada y privilegiada o, como ha sido denominada por Ferrada, “de alfombra roja”, cuya calidad, eficacia y celeridad aproximan a estos procesos especiales al recurso de protección, contrastando con los problemas de la justicia civil en general³².

1.1.2.2 El recurso de protección en el contexto de conflictos en torno al agua

Por otra parte, como ya había sido adelantado, uno de los principales mecanismos jurisdiccionales que ha sido utilizado por los operadores jurídicos y los sujetos implicados en los conflictos por el agua es el denominado recurso de protección de garantías constitucionales. Al igual que la acción de Nulidad de Derecho Público, el recurso de protección ha sido considerado por la doctrina administrativista como uno de los procesos administrativos generales para controlar la actividad administrativa³³. Independiente de las discusiones militantes sobre la naturaleza de este dispositivo procesal de garantía de derechos fundamentales³⁴, se trata de un proceso que, en la práctica, ha permitido la litigación de diversos asuntos ante las Cortes en aquellos ámbitos donde no existe un proceso u órgano jurisdiccional especial. Además, dado su diseño impreciso que, entre otras cosas, posibilita el control de la discrecionalidad administrativa, estructura ámbitos de

³¹ FERRADA, J. Ob. Cit., pp. 154 y ss..

³² FERRADA, J. Ob. Cit., p. 264.

³³ FERRADA, J. Ob. Cit., pp. 167 y ss. El recurso de protección ha sido considerado por la doctrina administrativa como una de las innovaciones más importantes en materia de control jurisdiccional de la Administración del Estado. Si bien los antecedentes más directos de este proceso fueron los proyectos de reforma constitucional presentados durante los años 1972 y 1973 por parlamentarios opositores al gobierno de la Unidad Popular, su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico se realizó mediante el Acta Constitucional N° 3, de los Derechos y Deberes Constitucionales de 1976 (Decreto Ley N° 1552 de 1976), posteriormente establecido en el artículo 20 de la Constitución de 1980 (Ver: SOTO K., E. 1982. El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 11 p.; PIERRY, P. 2002. Las transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Chile. 23).

³⁴ Para una discusión sobre la naturaleza jurídica de este mecanismo procesal y sus características, ver FERRADA, J. C., BORDALÍ, A., y CAZOR, K. 2003. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile 14.

conurrencia en aquellas áreas que cuentan con otros procesos u órganos jurisdiccionales especiales³⁵.

En este contexto, uno de los principales desafíos que el recurso de protección genera (al igual que la acción de Nulidad de Derecho Público), es cómo se coordina dicho proceso general con los otros procesos especiales antes señalados, en particular, con el amparo judicial de aguas y las reclamaciones especiales³⁶. Esta circunstancia ha intentado ser superada mediante la construcción jurisprudencial de un criterio de especialidad del procedimiento, el que ha tenido algunas aplicaciones concretas en el caso del recurso de protección en relación con las reclamaciones especiales y el amparo judicial de aguas³⁷. Sin perjuicio de la aplicación errática de un criterio de especialidad en este ámbito contencioso, lo cierto es que no existe una regla de exclusión *a priori* en nuestro ordenamiento jurídico que impida la subsistencia de los procesos generales.

De esta forma, la existencia del recurso de protección junto a otros procesos y órganos jurisdiccionales, incide en la complejidad de nuestro esquema jurisdiccional, al existir más de un proceso y órgano jurisdiccional competente para conocer del mismo caso. En este sentido, el recurso de protección es un dispositivo procesal fundamental en el diseño de estrategias redundantes por parte de los litigantes, permitiéndole a las Cortes abrir un foro alternativo frente a otros procesos y órganos jurisdiccionales especiales, siempre y cuando estas controversias asuman una discusión en términos de derechos³⁸.

2. Tribunal arbitral y el rol de las Organizaciones de Usuarios de Aguas en la resolución de disputas

³⁵ Para un análisis sobre la relación jurídica entre procesos administrativos especiales y generales, ver: FERRADA, J. Ob. Cit., pp. 273 y ss.

³⁶ Un interesante análisis sobre las circunstancias que puede generar la relación entre los procesos generales y especiales dispuestos en el esquema complejo de justicia administrativa en Chile, puede consultarse en FERRADA, J. C. 2015. La justicia ambiental como justicia administrativa especializada y su articulación con los procesos administrativos generales. En: Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez y Francisco Pinilla (coord.). La nueva justicia ambiental. Chile. Thomson Reuters. pp. 299-328.

³⁷ En el caso de la relación de exclusión del recurso de protección por la existencia del amparo de aguas ver, VERGARA, A. (dirección). 1997. Código de Aguas. Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Chile. Editorial Jurídica. 119 p. En el caso de la relación de exclusión del recurso de protección por la existencia del reclamo especial para impugnar las decisiones de la DGA ver Corte Suprema, sentencia en recurso de protección de 15 de septiembre de 1986, “Mario Soto Davison y otro con Director General de Aguas”, y sentencia en recurso de protección de 28 de enero de 1992, “Ena Acevedo Rojas y otra con Director General de Aguas”. Citadas en TALA, A. 1995. Código de Aguas. Concordado, jurisprudencia judicial y administrativa. Chile. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. pp. 107 y ss.

³⁸ En este sentido ver Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia en recurso de protección de 28 de junio de 2012, Rol N° 10.140-2012. En este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago, invocando como fundamento el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, así como el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consideró que la Municipalidad de Colina había vulnerado el derecho humano al agua de las 16 familias que conformaban el campamento “Felipe Camiroaga” al no abastecerlos de agua potable y servicios sanitarios. De esta forma, y tomando como fundamento el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Observación General N° 15, incluido dentro de la Declaración de los Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Chile, la Corte de Apelaciones resolvió que la Municipalidad de Colina está obligada a tomar todas las medidas que el caso amerita para la distribución de agua potable para todas y cada una de las 16 familias de pobladores que conforman el campamento.

Como acabamos de ver, existe un complicado esquema jurisdiccional para procesar los conflictos que surjan por el agua. Sin embargo, la respuesta institucional para hacer frente al conflicto en este ámbito es más compleja y considera otros mecanismos institucionales de tipo arbitral, superpuestos a los dispositivos jurisdiccionales. Este es el caso del mecanismo arbitral contemplado en el artículo 185 bis del Código de Aguas, para procesar aquellas disputas que se produzcan en el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas, y las importantes competencias que ostentan las Organizaciones de Usuarios, reguladas por el mismo cuerpo legal, para resolver todas las cuestiones que se susciten entre sus miembros sobre la repartición de las aguas o ejercicio de los derechos que tengan como miembros de la comunidad, así como las que surjan sobre la misma materia entre los comuneros y la comunidad. Dada la relevancia histórica y actual de estas últimas organizaciones en la gestión de los recursos hídricos en nuestro país, nos concentraremos en su desempeño en el procesamiento de los conflictos por el agua.

La necesidad de los usuarios y propietarios de aguas de coordinarse y organizarse jurídicamente, que surge como consecuencia de la utilización de los mismos cauces, acuíferos u obras para conducir las aguas, y resolver los diversos conflictos que dicha comunidad de hecho genera, es muy antigua y se remonta a las formas jurídicas de organización decimonónicas. En este sentido, las Organizaciones de Usuarios de Aguas, regulados en el actual Código de Aguas, son la continuidad histórica y reconocimiento institucional de estas formas jurídicas que los propietarios y usuarios de las aguas han venido articulando desde el siglo XIX³⁹.

Las Organizaciones de Usuarios de Aguas son entidades reguladas en el Código de Aguas, que agrupan a las personas que tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo canal, embalse, o a aquellos que aprovechan las aguas de un mismo cauce natural o acuífero. El objeto principal de estas organizaciones es tomar las aguas del caudal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento y beneficio

³⁹ En efecto, durante el siglo XIX, los usuarios de aguas, en su mayoría grandes propietarios e industriales, comenzaron a reclamar reconocimiento jurídico de sus comunidades de hecho. En un primer momento, adaptaron a sus necesidades organizativas las instituciones jurídicas autorizadas por el derecho liberal decimonónico. En este momento, la mayoría de las asociaciones de hecho que surgían entre los usuarios de aguas empleaban figuras contractuales para fines organizacionales, como el contrato de sociedad o la compañía, o el cuasicontrato de comunidad, para lo cual algunas comunidades llegaban incluso a darse estatutos o reglamentos. Así, por ejemplo, el 5 de julio de 1827 surge la primera Organización de Usuarios de Aguas que existió en el Chile republicano, la “Sociedad del Canal de Maipo”, desarrollándose un trabajo de adaptación jurídica de la organización de la “compañía”, con el fin de terminar y administrar el Canal San Carlos de Maipo, una vez que el gobierno transfirió la propiedad del mismo a los propietarios de los regadores de agua en mayo de 1827. Esta forma de organización social fue una originalidad de los fundadores de la compañía, quienes emplearon instrumentalmente las normas jurídicas vigentes en ese momento (las Siete Partidas de Alfonso X y las Ordenanzas de Bilbao) y las adaptaron a sus fines. Se trató de un primer ensayo, al que se le reconoció personalidad jurídica mediante un Decreto del Ministerio de Interior y Relaciones Exteriores en marzo de 1832. Un interesante trabajo historiográfico sobre la estructura y surgimiento de las Organizaciones de Usuarios de Aguas durante el siglo XIX en OBANDO, I. 2009. Estructura y jurisdicción de las organizaciones de usuarios de aguas en Chile durante el siglo XIX. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Chile. 32. pp. 107-132.

común⁴⁰. En otras palabras, se trata de entidades que, en términos generales, se organizan para la autogestión de las fuentes de agua, obras sobre los cuales ejercen sus funciones y para distribuir las aguas entre sus miembros. Para el desempeño adecuado de estas funciones, a estas organizaciones se le reconocen importantes competencias para resolver las disputas que pudieran suscitarse entre sus miembros, o bien entre estos y la propia organización, pudiendo solicitar y obtener el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir sus decisiones y desempeñar sus funciones⁴¹.

Es posible distinguir principalmente tres clases de organizaciones de usuarios⁴²: las Comunidades de Aguas, las Asociaciones de Canalistas y las Juntas de Vigilancia⁴³. La principal diferencia entre ellas es que las Juntas de Vigilancia tienen el deber de velar por el interés general de una cuenca, lo que las distingue de las demás organizaciones que solo tienen el deber de velar por los intereses de sus miembros, y que surgen a partir de la existencia de una obra hidráulica de propiedad y aprovechamiento común⁴⁴.

Los artículos 243 a 247 del Código de Aguas, establecen el procedimiento mediante el cual se resolverán todas las cuestiones que se susciten entre los miembros de la organización sobre repartición de aguas o ejercicio de los derechos que tengan y las que surjan sobre la misma materia entre los miembros y la organización. De esta forma, el Directorio puede acordar, actuando como árbitro, la manera de ejercitar los derechos de aprovechamiento de aguas y otros derechos de los accionistas, pero nunca podría declarar la existencia o inexistencia de esos mismos derechos cuando se generan disputas sobre estos⁴⁵.

Sin perjuicio de esto, y considerando el deber que tienen las Juntas de Vigilancia de velar por el interés general de una cuenca, es fundamental considerar la función pública que cumplen dichas organizaciones en relación con sus facultades, no solo de distribución de las aguas de una misma cuenca, sino que también de administración. En efecto, como sostiene Vergara, el concepto de administración excede a los usos de las aguas a los que sus

⁴⁰ Como señala el artículo 186 del Código de Aguas: “Si dos o más personas tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo canal, embalse, o aprovechan las aguas de un mismo acuífero, podrán reglamentar la comunidad que existe como consecuencia de este hecho, constituirse en asociación de canalistas o en cualquier tipo de sociedad, con el objeto de tomar las aguas del caudal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento. En el caso de cauces naturales podrán organizarse como junta de vigilancia”.

⁴¹ Artículo 242 Código de Aguas.

⁴² Existen otras organizaciones de carácter excepcional: la comunidad de aguas superficiales y la comunidad de aguas subterráneas, las que nacen con ocasión de la declaración de zona de escasez y de área de restricción respectivamente.

⁴³ Las Juntas de Vigilancia son Organizaciones de Usuarios que agrupan a las personas que tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo cauce natural, de modo tal que entre sus miembros pueden encontrarse otras Organizaciones de Usuarios que existan en la misma cuenca hidrográfica. Su función principal es administrar y distribuir las aguas a las que tienen derecho sus miembros en las fuentes naturales, explotar y conservar, o construir nuevas obras de aprovechamiento común (artículo 266 Código de Aguas). El total de los derechos de aprovechamiento constituidos en junta de vigilancia, se entenderán divididos en acciones que se distribuirán entre los interesados, en proporción a sus derechos (artículo 268 Código de Aguas).

⁴⁴ En este sentido, VERGARA. 2015. Op. Cit., p. 84.

⁴⁵ Ver: VERGARA. 1997. Op. Cit., 136 p.

miembros tienen derecho: “[e]sto se debe a que, en este caso, administrar significa “gobernar, regir, cuidar”. Razón por la cual a las juntas de vigilancia les corresponde la facultad y obligación de regir y cuidar no sólo las aguas a que tienen derecho sus miembros, sino que velar por los cauces naturales bajo su jurisdicción. En la práctica, la administración se traduce en determinar de cuánta agua dispone la cuenca hidrográfica, velar por la conservación de dicha cuenca, determinar la forma en que será distribuida el agua y resolver, previamente y antes de su judicialización, los conflictos que de ello se deriven”⁴⁶. Esto supone, para el autor, un diseño institucional que distribuye roles claramente definidos entre la Administración del Estado y las organizaciones de usuarios en materia de aguas, generándose un verdadero escenario de autogestión de las aguas por parte de estos últimos, que somete a cuestionamiento la naturaleza de las aguas, las que “[...] parecieran haber mudado desde bienes nacionales, a bienes comunes o locales autogestionados por sus usuarios”⁴⁷.

Sin perjuicio de esto, tal como destaca Bauer, las Juntas de Vigilancia, en muchos casos, no han sido capaces de coordinar y gestionar usos conflictivos de las aguas, dado los sesgos que los mecanismos de toma de decisiones al interior de estas organizaciones tienen a favor de los titulares de derechos no consuntivos. En efecto, como señala el autor, las decisiones importantes al interior de las juntas se toman conforme al voto de la mayoría de sus miembros, quienes tienen cierta cantidad de votos en proporción a sus derechos de aguas. Sin embargo, [...] debido a que hay un derecho separado por cada uno de los usos no consuntivos de la misma agua, los derechos no consuntivos serán más numerosos y tendrán más votos que los derechos consuntivos en cualquier río que tenga más de una central hidroeléctrica”⁴⁸.

Conclusiones

Como se ha podido observar, si bien el desempeño de la función de procesar las disputas que surgen en torno al agua puede ser realizado en diversos contextos institucionales, nuestro sistema tiende a la judicialización de estos asuntos ante los tribunales ordinarios de justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención la redundancia de mecanismos judiciales especiales que contempla el actual Código de Aguas, posibilitando amplios márgenes para que los actores puedan desarrollar estrategias que combinen los múltiples foros disponibles. Además, varios de estos foros procesales especiales siguen la estructura del recurso de protección, como es el caso de las reclamaciones especiales.

En este sentido, con respecto a la relación jurídica entre procedimientos y reclamaciones especiales para la impugnación de actos administrativos en materia de aguas, el Código de Aguas parece seguir el artículo 54 de la Ley N° 19.880, otorgando a los

⁴⁶ VERGARA. 2015. Op. Cit., p. 84.

⁴⁷ VERGARA. 2015. Op. Cit., p. 84.

⁴⁸ BAUER. 2002. Op. Cit., pp. 127-128.

particulares la posibilidad de elegir estratégicamente los procedimientos o los procesos administrativos de impugnación, según estimen conveniente.

Por otra parte, destaca la importante función pública que se le reconoce a las Juntas de Vigilancia de administrar la cuenca u hoya hidrográfica donde ejercen su jurisdicción, junto a su facultad de resolver, previamente y antes de su judicialización, las disputas que surjan de la distribución de las aguas a las que tienen derechos sus miembros. Sin embargo, las reglas de representatividad de los miembros en la conformación del directorio y las decisiones de estas organizaciones, impide que se transformen en un medio alternativo a la judicialización.

Sin perjuicio de esto, junto a estos mecanismos no jurisdiccionales o jurisdiccionales especializados para la resolución de conflictos, se encuentran superpuestos el recurso de protección y la denominada acción de nulidad de derecho público, derivados de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, que, dada las condiciones de su diseño y objetivos, se encuentran en principio siempre disponibles para que aquellos sectores excluidos puedan discutir y acceder a soluciones a sus demandas cuando no exista un proceso o procedimiento especial que permita canalizar una determinada controversia. En este sentido, los procedimientos especiales solo podrían desplazar al recurso de protección, junto a la denominada acción de nulidad de derecho público, en aquellos ámbitos en los que se superponen, pero nunca en terrenos conflictivos que no estén cubiertos por algún proceso especial.

Además, lo señalado precedentemente sirve como un argumento para reconsiderar críticamente cualquier intento por crear un nuevo órgano jurisdiccional especializado o “híperespecializado” para resolver las disputas que surjan por el agua⁴⁹. Así, en la medida en que dicho foro se estructure sobre la base de competencias acotadas y una legitimación activa restringida, mostrando preferencias estructurales por los titulares de derechos de aprovechamiento o excluyendo cualquier reclamo que provenga de sectores, grupos o sujetos que no cuentan con derechos de aprovechamiento constituidos, estos nuevos foros institucionales no serán capaces de dar respuesta a la conflictividad en torno al agua, y mucho menos de excluir los mecanismos generales que derivan de la estructura propia de nuestro ordenamiento jurídico.

Como se aprecia, la posibilidad de usar de manera redundante las características estructurales de los patrones de concurrencia compleja de instituciones que desempeñan la misma función en el procesamiento de conflictos en torno al agua nos lleva, inevitablemente, a considerar las diferencias que existen entre los diversos foros convergentes⁵⁰. En este sentido, la disponibilidad para desarrollar estrategias que combinen aplicaciones redundantes en las estructuras institucionales concurrentes para el desempeño

⁴⁹ Una de las propuestas más sólidas de creación de tribunales especializados de aguas ha sido la defendida por Alejandro Vergara. Ver: VERGARA, A. 2013. Aguas y energía: propuestas para su autogobierno y resolución especializada de conflictos. Propuestas para Chile. Concurso Políticas Públicas 2013. Chile. Centro de Políticas Públicas UC. pp. 241-270; y VERGARA, A. 2015. En estos trabajos, el autor propone la creación de tribunales especializados de aguas y provee los fundamentos para ello.

⁵⁰Ver: ANÓNIMO. 1990. pp. 1683-1685.

de la misma función de resolución de conflictos, depende al menos de dos condiciones⁵¹. En primer lugar, que haya más de un foro, tribunal, procesos u otro órgano potencialmente competente para la resolución de un determinado asunto. En segundo lugar, que los sistemas que integran cada uno de los foros potencialmente disponibles sean heterogéneos. Si todos los foros utilizables son idénticos, los sujetos tendrán pocas razones para preferir un foro institucional en lugar de otros. Por el contrario, la heterogeneidad de los foros puede significar que las partes en un conflicto tengan más probabilidades de obtener un resultado favorable en unos sistemas más que en otros, creando así un incentivo para las elecciones estratégicas. De esta forma, las posibilidades de desarrollar patrones de conductas estratégicas entre foros, es una consecuencia de la heteronomía en aspectos sustantivos, procesales y de las decisiones de cada uno de los foros en estos asuntos.

Recibido: 6-11-2015

Aceptado: 19-12-2015

⁵¹ Tomo estas condiciones del trabajo de Whytock, quien se preocupa teóricamente por el desarrollo de conductas estratégicas en los sistemas jurisdiccionales, todas las cuales configuran para él el asunto del *forum shopping*. Ver: WHYTOCK, C. A. 2011. The Evolving Forum Shopping System. Cornell Law Review. Estados Unidos. 96.