

INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS MATRICES DEL DERECHO DE AGUAS: CONTRADICCIONES ENTRE TEORÍA Y PRÁCTICA

LIBER MARTÍN*

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a las instituciones y principios matrices del Derecho de Aguas, este recurso natural es un bien público, se establecen sistemas de permisos o concesiones para su uso, los derechos de aprovechamiento son definidos como derechos de propiedad y el interés público es considerado como un requerimiento o exigencia legal. Tales premisas se presentan teóricamente como complementarias y coherentes, pero frecuentemente colisionan y entran en conflicto.

En este sentido, se procurará demostrar que las diferencias entre los Derechos de Aguas, incluso entre aquellos supuestamente tan disímiles como el *Common Law* y el Derecho continental, no refieren a sus instituciones y principios matrices teóricos, como a menudo se asevera, sino a la aplicación derivada y concreta de dichas instituciones y principios. El análisis desmitifica las divergencias y pone en cuestión el valor de las instituciones y principios matrices como fundamentales, desde que la revisión de su aplicación evidencia no sólo su gran maleabilidad, sino, incluso, su contradicción.

Se toman como referencia y ejemplo los regímenes de aguas de Argentina, Chile, España y Estados Unidos, con la complejidad que ello supone, pues tanto Argentina como EE.UU., a diferencia de Chile y España, son Estados federales; allí las aguas constituyen una competencia estatal y hay tantas regulaciones como Estados federales existan (24 en el caso argentino, 50 en el caso norteamericano). Los sistemas provenientes del Derecho continental son *a priori* asimilables, pero el estudio incluye justamente el Derecho norteamericano, de procedencia teórica y matriz diversa, argumentando que, no obstante, comparte –y en modo creciente– idénticas instituciones y principios matrices, y, por ende, sus inconsistencias.

Las preguntas y preocupaciones que se abordan a través del análisis comparativo de instituciones, principios y modelos de estudio desafían la epistemología normal del Derecho, en un intento por facilitar una mejor y más amplia comprensión de la relación

* Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Investigador de CONICET y Profesor de Derecho Administrativo y de Derecho de Aguas de las Universidades Nacional de Cuyo y de Mendoza. Trabajo presentado en las XIV Jornadas de Derecho de Aguas (2012), organizadas por el Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho UC. Dado el carácter de ponencia de este artículo, se prescindirá de referencias y, sobre todo, del aparato bibliográfico que, de otro modo, y en un desarrollo normal, correspondería.

entre la teoría y práctica de la disciplina y de los esfuerzos para introducir reformas con relación a los derechos de aguas.

I. INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS MATRICES DEL DERECHO DE AGUAS DEL SIGLO XXI

Existen, en mi opinión, cuatro instituciones y principios teóricos que presiden los regímenes de derechos de aguas presentados generalmente por la doctrina como coherentes¹. Sin embargo, estos conceptos interconectados se encuentran en permanente tensión e interactúan en múltiples direcciones, muchas veces conflictivas, como se intentará demostrar en adelante.

1. *El dominio público de las aguas o las aguas como “bienes públicos”*

A lo largo del siglo XIX, muchos países en el Derecho continental adoptaron sistemas mixtos de propiedad de las aguas, donde aguas públicas y privadas coexistían. No obstante, durante el siglo XX, y a medida que la importancia del recurso aumentaba, una gran cantidad de países optaron por incluir la mayoría de las aguas en el dominio público (salvo las subterráneas) y/o a declarar pública toda clase de ellas, eliminando de hecho la categoría de “aguas privadas”.

Este fenómeno de publicación se extendió por todo el mundo, llegando incluso a aquellos países que no distinguían inicialmente entre aguas públicas y privadas, como los del *Common Law*². Así, los cuatro casos referidos a continuación consideran, aunque con distintas fórmulas, las aguas como “bienes públicos”, “propiedad pública” o “dominio público”.

Mientras el Derecho chileno adopta la fórmula de *bien nacional de uso público* para calificar a las aguas tanto en el Código Civil (art. 595), como en el Código de Aguas (art. 5º), el Derecho español utiliza la de *dominio público*³. El Derecho argentino, a su turno, opta por la de *bienes públicos* (art. 2340 Código Civil).

El Derecho de Aguas norteamericano merece un párrafo aparte, pues si bien no parte de la propiedad o dominio público de las aguas tal cual se entiende habitualmente en el Derecho continental, no deja de reconocer el carácter público de las mismas⁴. La Constitución de Colorado de 1876, por ejemplo, ya reconocía que “[t]he water of every natural stream, not heretofore appropriated... is hereby declared to be the property of the public, and the same is dedicated to the use of the people of the state” (art. XVI). La Constitución de California, por su parte, dispone que: “*The use of all water now appropriated,*

¹Su enunciación, aunque con sensibles matices, es bastante coincidente en la doctrina. Vid., entre otros, SPOTA 1941; GETCHES 1998; VERGARA 1998, y HODGSON 2006.

² HODGSON 2006.

³ “*Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico*” (España).

⁴ Cfr. RASBAND, SALZMAN & SQUILLACE 2004, 702.

or that may hereafter be appropriated, for sale, rental, or distribution, is hereby declared to be a public use, and subject to the regulation and control of the State, in the manner to be prescribed by law” (art. X§5)⁵.

Sin embargo, las expresiones españolas “dominio público” o “bienes públicos” no tienen una correspondencia exacta con conceptos como *public domain, assets, property, goods or public trust* del Derecho norteamericano o anglosajón. Hay ocasiones, en efecto, que el Derecho no es mucho más que una lucha por los términos, conceptos o nociones que dichos términos representan o refieren. Como tendremos ocasión de constatar, muy diferentes significados de dominio público o bienes públicos pueden encontrarse en español y en el propio Derecho continental.

Mientras algunos autores asocian la institucionalidad de dominio público a “propiedad”, otros lo vinculan más a las ideas de “función” o “potestad”, representando respectivamente, las corrientes patrimonialistas y funcionalistas existentes a este respecto. Nociones conceptuales como la de bien público y la forma en que ellas son encuadradas y definidas por los juristas se encuentran en el centro de los debates del Derecho de Aguas, como lo demuestra la minuciosa reconstrucción dogmática efectuada por Vergara para el caso chileno⁶.

Pero entonces, ¿qué queremos decir o qué significa que las aguas son bienes públicos o propiedad pública? En el Derecho continental, podemos responder a esta pregunta de maneras diversas:

a) La primera y más simple es la negación de la propiedad privada. Y esto no es sólo porque el Derecho así lo prescriba, sino por un elemental principio de orden lógico, de acuerdo al cual, tratándose de conceptos opuestos, algo no puede ser y no ser al mismo tiempo.

b) La segunda y ciertamente más problemática –por sus implicancias prácticas– es que los usos domésticos o comunes tienen absoluta prioridad sobre los privativos o especiales que se encuentran amparados por permisos o concesiones. La mayoría de las leyes de aguas prescriben que las aguas públicas están primero, y ante todo, destinadas al uso público. Consecuentemente, en teoría, sólo como excepción las mismas puede ser objeto de uso privativo o especial.

Esto puede no parecer demasiado conflictivo en teoría, pero pronto lo será. En la práctica, el principio según el cual los usos comunes sobre aguas públicas tienen absoluta prioridad sobre los especiales o privativos es frecuentemente invertido, a medida

⁵ Aun cuando la mayoría de los Estados del oeste americano declaran en sus estatutos o constituciones que las aguas son públicas (Alaska Stat. § 46.15.030 (2006); Ariz. Rev. Stat. § 45-141(A) (2007); Cal. Const. art. 10 § 5; Colo. Const. art. XVI, § 5; Idaho Const. art. XV, § 1; Mont. Const. art. IX, § 3(3); Neb. Const. art. XIV, § 5; Nev. Rev. Stat. Ann. § 533.025 (2007); N.M. Const. Art. XVI, § 2; Or. Rev. Stat. § 537.110 (2005); Utah Code Ann § 73-1-1 (2008); Wash. Rev. Code § 90.03.010 (2010); Wyo. Const. art. 8, § 1.), la cuestión del carácter público de las aguas en los EE.UU. no es sencilla ni directamente homologable con los regímenes provenientes de la tradición continental, requiriendo de un análisis que excede por mucho el objeto de este texto.

⁶ VERGARA 1998.

que los recursos se vuelven más escasos y los acuíferos devienen sobreexplotados. Esta inversión pone teoría y práctica en enfrentamiento directo, como lo sostenemos en este texto, y lo prueba incluso la jurisprudencia norteamericana, donde los denominados *domestic* o *free uses* sobre aguas subterráneas, eximidos del requisito del permiso, fueron declarados inconstitucionales por una Corte de Distrito por afectar los especiales; no obstante, luego fueron ratificados por la Corte de Apelaciones de Nuevo México⁷ y por cierta práctica administrativa⁸.

c) Una tercera interpretación común en el Derecho continental refiere a que el Estado, en tanto dueño o propietario del recurso, es quien tiene el poder o facultad, en nombre del público, de otorgar permisos o concesiones de uso privativo; es decir, es fuente de potestades. Pero tal interpretación se relativiza si se advierte que el Derecho de Aguas del *Common Law*, sin necesariamente compartir con el Derecho continental, y sin ni siquiera tener una definición del título dominial clara, ha adoptado idénticos instrumentos (sistemas de permisos administrativos) para el reconocimiento u otorgamiento de derechos de aprovechamiento. Lo que significa esta similitud entre distintos sistemas jurídicos, es que, al contrario de lo que insinúan muchos doctrinarios del Derecho continental de aguas, las percepciones sobre lo que significa el dominio público no son necesarias ni relevantes para justificar la práctica del otorgamiento de permisos o concesiones.

Esto no equivale a decir que la consideración del agua como bien público no tiene ninguna importancia. Ciertamente la tiene y puede decirse que, en general, tiende a dotar al Estado de un poder más amplio de regulación. Lo que se afirma es que el considerar al agua como un bien público no proporciona tanto poder como el que normalmente infiere la doctrina de la simple lectura de las constituciones y las leyes. De hecho, la gran retórica existente en torno al agua como bien público, rara vez acarrea las consecuencias legales que dice tener cuando el agua es utilizada para usos económico-privados que entran en conflicto directo con su carácter de bien público.

2. Permiso y concesión como medio de acceso a los derechos de aguas

En el Derecho continental de Aguas, desde el principio, los permisos y concesiones o mercedes fueron la manera normal de acceso legal a los derechos de aprovechamiento. Estos derechos eran otorgados inicialmente por la Corona y con posterioridad por la agencia o autoridad estatal, pero rara vez intervenían en ello los tribunales, como ocurre en el *Common Law*.

Durante el siglo XX la mayoría de los países que carecían de sistemas concesionales de asignación, como gran parte de los Estados de los EE.UU., que se regían por los sis-

⁷ *Bounds v. New Mexico*, N° CV-2006-166, slip op. at 4 (N.M. 6th Jud. Dist. July 10, 2008); rev'd, Case N° 28,860 (N.M. Ct. App. Oct 29, 2010).

⁸ En Mendoza, Argentina, la prohibición absoluta de otorgamiento de nuevos derechos de aguas subterráneas en áreas de restricción llevó a un aumento significativo de las perforaciones para uso común, que no requieren permiso, sin que la autoridad tenga claridad sobre cómo proceder ante ello. Y es que, en algún momento, dichas perforaciones para usos comunes, que resultan prioritarias, terminarán afectando los usos especiales previamente concedidos.

temas de *prior appropriation* o *riparian rights*, los adoptaron⁹, a medida que estos últimos fueron revelando paulatinamente su ineptitud para gobernar de manera sustentable el sinnúmero de interacciones y variables que la administración del agua presenta.

Sin embargo, la mayoría de las leyes de aguas, al tiempo que postulaban el permiso o la concesión como el medio teórico único y exclusivo para la adquisición legítima de derechos, admitían otras formas más o menos solapadas que implicaban cierta contradicción con el mismo. La prescripción es el ejemplo más claro de ello, pero a medida que la misma desaparecía de los estatutos se mantenía otra menos obvia, pero igualmente efectiva, como lo es el reconocimiento de usos consuetudinarios de aguas¹⁰. Lo anterior se acentúa y adquiere mayor relevancia cada vez que el marco normativo es objeto de reforma y se reconocen derechos adquiridos o preexistentes, con lo cual en varias ocasiones se consolidan situaciones que el mismo ordenamiento prohíbe o considera ilegales, e incluso delictivas, como el uso de aguas sin concesión. La contradicción en el Derecho continental de Aguas proviene del mismo valor que informa e inspira el sistema de *prior appropriation* en el *western Water Law* norteamericano: el valor de la tradición frente a la norma positiva.

Mientras estos ejemplos refieren específicamente a la asignación de derechos, contradicciones adicionales e incluso más profundas se hacen evidentes con relación a la reasignación y renovación de derechos. Cuando los Derechos de base continental, sustentados en la concesión y con fundamento en el interés público, adoptan mecanismos de mercado para la reasignación, una contradicción de orden teórico puede aparecer en algunos sistemas. Ello puede ocurrir en Chile y, en alguna medida, en España, aunque en este último supuesto el Estado se reserva siempre la potestad aprobatoria de la transacción. De todas maneras, aun los sistemas que no contemplan expresamente mercados¹¹, como el argentino, no son tan rígidos como se los postula. De hecho, tanto los fines como el punto de captación y restitución, entre otras condiciones, pueden siempre cambiarse mediando autorización administrativa.

Cuando los derechos de aguas contemplan un término o plazo, su renovación presenta un desafío particular a los principios de igualdad de oportunidades e igualdad ante la ley, reconocidos por la mayoría de las constituciones. No obstante, en la práctica, los plazos no tienen, en general, la finalidad política de proceder a la cancelación definitiva de la titularidad o su otorgamiento a un nuevo titular, sino la de proporcionar al Estado la posibilidad de introducir nuevos condicionamientos de uso y/o ajustes a los derechos existentes.

Los sistemas de concesiones o permisos varían dependiendo de cuánta discrecionalidad mantienen los poderes públicos para la administración y modificación de los

⁹ TARLOCK *et al.* 2009, 295.

¹⁰ Sobre esta temática vid. RIVERA 2013.

¹¹ Destaco “expresamente” por cuanto algunas reglamentaciones, como los mecanismos de reemplazo de perforaciones utilizados en áreas de restricción en la Provincia de Mendoza, Argentina, no hacen más que instaurarlos bien que bajo otra denominación.

derechos de aguas. Mayor discrecionalidad puede encontrarse, por ejemplo, en España y Argentina, mientras que menos discrecionalidad se reservan las autoridades chilenas, donde los requerimientos exigidos por el Código de Aguas son la procedencia legal de la solicitud, la disponibilidad de aguas y la inexistencia de perjuicios a terceros (arts. 22 y 141 inc. final CA)¹². Reunidos estos elementos, la autoridad administrativa debe otorgar el derecho, que de ahí en más se regirá por las reglas del Derecho privado. Hay que notar, sin embargo, que el modelo chileno es único en varios aspectos y, por tanto, no representativo de las tendencias del Derecho continental de Aguas.

3. *Los derechos de aprovechamiento de aguas como propiedad privada*

Sin importar si el agua es considerada o no un bien público, la mayoría de los regímenes ha reconocido y definido los derechos de aprovechamiento como derechos de propiedad privada. Unos pocos países han hecho este reconocimiento expreso en las constituciones y/o leyes.

El sistema chileno es quizá el que de forma más clara establece este principio y, de paso, el único que lo hace en su Constitución, al disponer, en la misma norma donde consagra el derecho de propiedad en general y sobre toda clase de bienes, 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” (Art. 19 N° 24 inciso final).

Tanto en el Derecho argentino como en el Derecho español la consideración de este principio no deriva del texto expreso de la norma positiva, sino del alcance que la jurisprudencia le ha reconocido a la cláusula de la propiedad privada, que ampara los derechos adquiridos emanados del acto administrativo concesional.

Tal vez para evitar la contradicción antes aludida, que implica reconocer propiedad privada sobre bienes públicos, la doctrina ha sido muy cuidadosa en afirmar siempre que la propiedad o dominio no es sobre el agua, sino sobre el derecho a usarla¹³, distinción conceptual sutil que no puede, sin embargo, eliminar la tensión de intereses que en el fondo subsiste.

La principal consecuencia de la consideración de los derechos de aprovechamiento como propiedad privada es que cualquier modificación en el régimen de estos derechos puede ser considerada una confiscación/expropiación y, por tanto, deba pagarse indemnización. Este simple hecho ciertamente saca la discusión fuera del ámbito del Derecho público o ambiental, llevándolo al campo del Derecho privado para responder a la siguiente pregunta: ¿constituye una confiscación/expropiación la protección de valores públicos en el contexto de derechos otorgados?

¹² Cabe precisar, no obstante, que especialmente la “disponibilidad” de aguas es un concepto de gran complejidad y que no tiene una clara conceptualización y definición, por lo que en su determinación y precisión pueden introducirse ciertas notas de discrecionalidad.

¹³ SPOTA 1941.

Ésta es la razón que lleva a pensar a muchos autores que los derechos sobre bienes públicos revisten un grado importante de precariedad, resultando menos protegidos que los derechos sobre bienes privados. Este razonamiento puede parecer correcto en teoría, pero el Derecho en la práctica provee conclusiones mucho más matizadas.

La paradoja es que después de todos estos principios y presupuestos teóricos, en la práctica, los derechos sobre aguas públicas pueden resultar más fuertes y protegidos que un simple derecho de propiedad privada, desde que no tienen término de duración ni plazo, son protegidos con los medios y procedimientos de las cosas públicas y de las privadas a la vez, normalmente no pagan impuestos o los mismos no resultan significativos, la caducidad –cuando existe– es raramente utilizada, y ellos no pueden –con la excepción del Derecho chileno¹⁴– ser apropiados mediante prescripción como los inmuebles.

De allí que sea fácil comprender cómo, incluso la doctrina norteamericana, argumenta en contra de esta construcción de los derechos de aguas como un tipo de super propiedad, explicando que “...*that view is wrong... Water rights have no greater protection that against state regulation than any other property rights... In fact, water rights have less protection than most other property rights ... because their exercise may intrude on a public common*”.¹⁵

Los derechos de propiedad son, sin embargo, uno de los temas clásicos más delicados y tratados por la literatura jurídica de todos los tiempos. Aunque no es el tema central de esta ponencia, sólo para demostrar la complejidad que involucra el tratamiento de los derechos de aguas como derechos de propiedad, menciono un factor adicional. Dominio público e interés público se combinan para dar fundamento a los poderes estatales y, al menos en los Derechos continentales, también el poder de policía –desde que opera sobre la propiedad privada– constituye un título para regular derechos sobre aguas públicas que, al mismo tiempo, son considerados propiedad privada.

4. *El interés público como condicionante y directriz del uso de aguas públicas*

Los códigos y leyes de aguas reiterada e insistentemente refieren al interés público y/o general, no sólo como requerimiento para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento, sino también con relación a su reasignación, renovación, condicionamiento, caducidad, etc. El concepto de interés público se ubica así en el centro de los regímenes respectivos, desde que teóricamente ningún derecho sobre aguas públicas puede ser otorgado si no cumple con las finalidades, requerimientos y objetivos del mismo.

¹⁴ A diferencia del resto de los Derechos, la particularidad del modelo chileno reside en prescribir que una vez otorgada la concesión sobre el agua pública, el régimen al que se encuentra sujeto el derecho (y el agua) es enteramente privado, remitiendo al Código Civil. Como consecuencia de ello, la concesión es la manera normal y originaria de acceso a los derechos, pero no puede reputarse exclusiva, pues la prescripción adquisitiva resulta aplicable a dichos derechos una vez que ellos han ingresado al patrimonio de sus titulares (modo de adquirir derivativo).

¹⁵ SAX 1990, 260.

Sea que nos refiramos a bienes públicos, propiedades públicas o poder de policía, la intervención estatal está siempre guiada por el interés público. En otras palabras, cualquier intervención estatal no puede sino estar justificada, desde el punto de vista teórico, en el interés público¹⁶. Naturalmente existen muchos estudios sobre este concepto, no sólo en el campo del Derecho y la historia del Derecho, sino también en la ciencia política, la sociología y otras disciplinas afines.

Las discusiones más comunes sobre el concepto indagan sobre su definición, quién, cómo, cuándo, por cuánto tiempo y bajo qué circunstancias. Tales discusiones frecuentemente llevan a otras más amplias, relativas a la relación existente entre intereses públicos y privados. No es el objetivo de este trabajo responder a estas cuestiones, pero sería irresponsable no hacer siquiera mención a ellas con relación a los derechos de aguas¹⁷.

Muchos autores apuntan a que se trata de un concepto vago e impreciso, e incluso ideológico, siendo, entonces, imposible de definir, mientras otros piensan que su indeterminación puede reducirse¹⁸. Por ejemplo, en materia de uso de aguas, varios tribunales y autores han concluido que la preservación y el ahorro de agua, incluyendo la reducción de la contaminación, así como la garantía de los caudales ecológicos, constituyen un claro interés público, con prescindencia del contexto.

Sin embargo, es mucho más difícil determinar qué tipo de usos de aguas caen bajo el contexto de interés público, pues estas definiciones, exceptuando quizás el abastecimiento a poblaciones que parece primero en la lista de prioridades, dependen frecuente y fuertemente del contexto. Y esta es una pregunta cuya respuesta se difiere frecuentemente al ámbito de la discrecionalidad estatal; la varita mágica que, según Gordillo, permite convertir el interés privado en interés público en los regímenes de aguas del Derecho continental. Sencillamente, es este poder discrecional el que decide quién consigue y/o conserva derechos de aguas y quién no.

Pero, ¿pueden confiarse al Estado las decisiones para proteger el interés público? Muchos autores han criticado el Derecho de Aguas continental por ceder demasiado poder discrecional al Estado en forma exclusiva y excluyente. El argumento es que los intereses del Estado a veces no son sólo distintos de los intereses públicos o de la sociedad, sino que incluso pueden llegar a ser contrarios, con lo cual se quiebra la presunción del Estado liberal, según la cual el Estado representa siempre los intereses públicos. La consecuencia es velar por la implementación de procedimientos que den participación a actores no estatales en las decisiones relativas a la definición de los intereses públicos, profundizando la democracia, para controlar y templar la excesiva discrecionalidad estatal. Todo ello demuestra que la definición de intereses públicos lleva aparejada tanto una dimensión sustancial como procedimental.

¹⁶ NIETO 1991.

¹⁷ El desarrollo de este tema *in extenso* en MARTÍN 2010, 183 y ss.

¹⁸ PAREJO ALFONSO 2005.

Lo que resulta claro es que el interés público no es un concepto estático¹⁹. Se trata de una noción que ha evolucionado y continuará evolucionando a lo largo del tiempo. La mayoría de los derechos existentes fueron obtenidos, de una forma u otra, decenas de años atrás, cuando ninguna de las preocupaciones actuales y urgentes estaba siquiera presente. Pretender mantener incólumes las condiciones bajo las cuales esos derechos fueron otorgados es sencillamente imposible. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la legislación actual prescribe en general que las nuevas regulaciones se aplican a las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Encontrar el balance entre los intereses públicos y privados significa que el Estado, que protege el interés público, debe asegurar suficientes derechos de aguas para incentivar la inversión y el desarrollo, pero ello no es suficiente. Las condiciones de estos derechos deben también ser suficientemente flexibles como para lidiar con los desafíos actuales, tales como las sequías, población creciente, evolución de las necesidades y valores sociales, cambio climático y necesidades ambientales, entre otros. Como se sostiene en este artículo, la definición actual del interés público en el uso del agua es bastante diferente de aquella tenida en cuenta para asignar la mayoría de los antiguos derechos durante los siglos XIX y XX.

II. APLICACIÓN CONCRETA Y, EN OCASIONES CONTRADICTORIA, DE INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS MATRICES EN LA PRÁCTICA DEL DERECHO COMPARADO DE AGUAS

Ahora bien, si las instituciones y principios matrices teóricos sucintamente descritos *supra* pueden reputarse comunes a los sistemas modernos de Derecho de Aguas, en particular a los analizados en este artículo, no lo es en medida alguna su aplicación o traducción a los –no ya teóricos– concretos conceptos que gobiernan tales sistemas, los cuales resultan en ocasiones no sólo diversos, sino incluso opuestos.

Nos referimos a ciertos aspectos que resultan de la aplicación de tales instituciones y principios teóricos y, por tanto, quizás más significativos que los anteriores. Entre ellos se encuentran, por ejemplo, el término, duración o plazo de los derechos de aprovechamiento, la obligación de uso efectivo y/o beneficioso del agua concedida y la posibilidad de establecer restricciones a los derechos existentes para asegurar caudales ecológicos o en acuíferos sobreexplotados, a los que aludiremos a continuación.

En otros términos, el valor general y universal de las instituciones y principios matrices legales teóricos se transforma en relativo desde que no es posible deducir de ellos consecuencias homogéneas desde la perspectiva comparada. En vez de aportar seguridad, ellos reflejan una sorprendente ambigüedad, ciertamente más propia del discurso que del Derecho.

¹⁹ HAURIOU 1929, 99.

1. *Término, duración o plazo de los derechos de aprovechamiento de aguas*

Constituye una clara tendencia del Derecho moderno el establecimiento de un plazo, duración o término a los derechos de aguas. Mientras Chile presenta derechos perpetuos, Argentina y EE.UU. poseen una situación mixta, donde algunos Estados contemplan derechos perpetuos (Mendoza, Colorado, etc.) y otros, en cambio, fijan un plazo o término (Buenos Aires, Wyoming, la mayoría de ellos debido a reformas recientes). La legislación española de 1985, por su parte, impuso un plazo de vigencia a todos los derechos existentes.

Mientras que autores como Marienhoff o Martín-Retortillo aceptaron la legitimidad del carácter perpetuo de las concesiones y argumentaron en su favor²⁰, otros la han cuestionado en forma directa, básicamente por entender que tal carácter resulta incompatible con la naturaleza del dominio público y sus caracteres, sobre todo el de inalienabilidad, que subsiste, entonces, en un plano meramente formal²¹. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina²².

Más allá de las tendencias y argumentos esgrimidos, quizá sea el Derecho español, a partir de una sentencia trascendente, el que aporta la fundamentación jurídica específica más relevante sobre el establecimiento de un plazo en las concesiones perpetuas de aguas públicas. El Tribunal Constitucional español, en la sentencia N° 227/1988, se pronunció sobre la constitucionalidad de la reforma a la Ley de Aguas de 1985, que suprimió las concesiones a perpetuidad, estableciendo, a partir de su entrada en vigencia, un plazo máximo de setenta y cinco años, entendiendo que tal limitación temporal no afectaba el contenido esencial del derecho²³.

²⁰ Abiertamente a favor de la legalidad y conveniencia de las concesiones a perpetuidad, en especial las de irrigación, vid. MARIENHOFF 1996, 574 y ss., y MARTÍN-RETORTILLO 1997, 261.

²¹ SPOTA 1941, 941. Ya advierte Spota, en 1941, que ésta es la tendencia de la legislación. Por otra parte, VÉLEZ SÁRFIELD, en la nota al artículo 2341, refiriéndose al uso y goce por parte de los particulares de los bienes públicos, e independientemente de la pertinencia y constitucionalidad de esta norma, señala: "El simple derecho de goce es esencialmente temporario; la existencia o perpetuidad de un derecho tal, no sería una simple modificación, sino una verdadera destrucción de la propiedad. La concesión perpetua del goce, debe ser considerada como una enajenación completa". Vid. DEMANTE, núm. 378 bis, 3. En el mismo sentido, VÉLEZ SÁRFIELD, en la nota al artículo 2341 del CC argentino.

²² En este ámbito se señala: "Que es incompatible con la propiedad imprescriptible e inalienable que el Estado ejerce respecto de estos bienes, toda pretensión de un derecho a 'perpetuidad', perfecto y absoluto, que importe en relación al primero una enajenación completa de sus derechos de jurisdicción o de administración y distribución [...]" (*Fallos*: 30:447).

²³ Nos permitimos la transcripción literal de un pasaje de la conocida sentencia N° 227/1988 del Tribunal Constitucional Español: "...Antes bien, debe entenderse que los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad no son compatibles, en el plano de la efectividad no puramente formal de las normas jurídicas, con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público que el Artículo 132.1 de la Constitución consagra, pues el significado y el alcance de estos principios no puede quedar reducido a la finalidad de preservar en manos de los poderes públicos la nuda titularidad sobre los bienes demaniales, sino que se extienden en sentido sustantivo a asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute, cuya incongruencia con la cesión ilimitada en el tiempo del dominio útil o aprovechamiento privativo resulta patente. Por ello, la limitación temporal de tales aprovechamientos privativos no es una privación de derechos, sino nueva regulación de los mismos que no incide en su contenido esencial" (la cursiva nos pertenece).

El tribunal establece así una correlación directa entre el principio matriz teórico y la limitación de la duración de los derechos, dotando de un contenido concreto a ese principio, cuya indefinición a este respecto se mantiene en el resto de los casos estudiados.

2. *Uso efectivo y/o beneficioso del recurso hídrico*

La exigencia de uso efectivo de las aguas constituye un principio capital en todos los regímenes analizados, con excepción del chileno²⁴. Es posible constatar una versión de uso beneficioso (base, medida, límite y condición de existencia y subsistencia de los derechos en el caso norteamericano) y una de uso efectivo del agua concesionada en los regímenes de Argentina y España²⁵.

Aunque a veces se lo hace derivar del carácter público de las aguas, esta exigencia tiene por objeto la promoción del desarrollo económico y, en definitiva —o en clave *ius publicista*—, del interés público que existe en que el agua se utilice efectivamente.

En el Derecho norteamericano este principio resulta inescindible del relativo a la prohibición de especulación, ambos históricamente justificados en la preocupación por la monopolización de aguas sin uso. Formando parte del núcleo del régimen, han sido objeto, sin embargo, de una excelente crítica que demuestra no sólo la ineficiencia y el sesgo que ha evidenciado su aplicación, sino la falta de aptitud para enfrentar los desafíos que la crisis del agua pone por delante²⁶.

La reforma chilena del Código de Aguas en 2005 (Ley N° 20.017), así como la práctica, hablan del lugar medular que al mismo le cabe en los modernos regímenes de aguas y que de nuevo parece no encontrar correlación directa con las instituciones y principios matrices antes reseñados.

El hecho que el principio haga depender la subsistencia del derecho de aguas del uso efectivo del recurso, no garantiza un uso eficiente, e incluso hay quienes afirman que fomenta lo contrario, de donde se deduce que una reconfiguración del mismo es necesaria en el contexto actual²⁷.

3. *Restricciones a los derechos de aguas existentes para asegurar caudales ecológicos o en acuíferos sobreexplotados: Nociones y compensación*

La necesidad de garantizar caudales ecológicos enfrenta a veces el derecho con la necesidad de modificar situaciones existentes. En el marco de las instituciones y prin-

²⁴ En los regímenes previos al CA de 1981, el uso efectivo del agua era obligatorio en Chile; de ahí entonces que sea coherente señalar que los derechos antiguos o preexistentes sólo subsisten si hay uso efectivo del agua. A partir del año 1981 existe total libertad para usar o no el agua. Aunque ello intentó ser relativizado en 2005, con la patente por no uso, en sentido estricto, la libertad sigue existiendo. El remate del derecho no proviene del no uso del recurso, sino de la falta de pago de la patente.

²⁵ MARTÍN 2010.

²⁶ NEUMAN 1998, 4.

²⁷ NEUMAN 1998.

cipios matrices antes mencionados, la limitación de derechos existentes en función del interés público, que supone el mantenimiento de caudales ecológicos, se articula con la consideración de los derechos como un derecho de propiedad.

Mientras sistemas como el español han consagrado expresamente en el texto legal que los caudales ecológicos no tendrán el carácter de uso y deberán considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación²⁸, otros, como el norteamericano, le han reconocido expresa o implícitamente el carácter de uso²⁹. Así, por ejemplo, en Colorado, la forma de garantizar los caudales ecológicos ha sido la compra de derechos de aguas por parte de los poderes públicos.

Si bien el Derecho chileno prescribe que el establecimiento de caudales ecológicos mínimos afectará sólo a los nuevos derechos³⁰, se ha criticado la norma señalando que la condición de su imposición legítima es el estar referida a toda una fuente natural y no a determinados tramos de ésta, debiendo alcanzar además, en virtud del principio de igualdad ante la ley y de las cargas públicas, a todos los usuarios (antiguos y nuevos) de ese sistema hídrico, no pudiendo, en ningún caso, afectar solo a determinados titulares de derechos de aprovechamiento de aguas³¹.

Si la imposición de caudales ecológicos a derechos existentes deriva del genérico ejercicio del poder de policía, no existe motivo para apartarse del principio de que tal actuación no conllevaría indemnización, salvo que se altere sustancialmente el derecho al uso en cuestión, impidiendo su ejercicio funcional³².

El Derecho de Aguas argentino carece de normas relevantes que refieran a establecimiento de caudales ecológicos³³, de donde se deduce la aplicación de principios generales en la materia. Si bien ello no pone en cuestión la potestad de la Administración para

²⁸ “Los caudales ecológicos o demandas ambientales no tendrán el carácter de uso a efectos de lo previsto en este artículo y siguientes, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación” (art. 95.7 TRLA España).

²⁹ El Código de Aguas de California, por ejemplo, reconoce que “[t]he use of water for recreation and preservation and enhancement of fish and wildlife resources is a beneficial use of water” (§ 1243).

³⁰ El Art. 129 bis 1 prescribe: “Al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, el cual sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial. Un reglamento, que deberá llevar la firma de los Ministros del Medio Ambiente y Obras Públicas, determinará los criterios en virtud de los cuales se establecerá el caudal ecológico mínimo. El caudal ecológico mínimo no podrá ser superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial. En casos calificados, y previo informe favorable del Ministerio del Medio Ambiente, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, fijar caudales ecológicos mínimos diferentes, sin atenerse a la limitación establecida en el inciso anterior, no pudiendo afectar derechos de aprovechamiento existentes. El caudal ecológico que se fije en virtud de lo dispuesto en el presente inciso, no podrá ser superior al cuarenta por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial”.

³¹ VERGARA 2005, 360 y ss.

³² MARTÍN 2010.

³³ MARTÍN 2010, 286.

establecer tales caudales, el problema de su compensación sí requiere de un análisis más detenido³⁴.

De todo lo anterior se colige nuevamente que bajo instituciones y principios matrices idénticos pueden encontrarse, sin embargo, muy diversas e incluso contradictorias soluciones legislativas y prácticas.

CONCLUSIONES

Cada país enfrenta en materia de aguas muy distintas cuestiones y problemas, dependiendo de diferentes y múltiples factores, lo que naturalmente influye en el marco legal y los instrumentos escogidos para lidiar con esos problemas. Estos son límites bien conocidos que todo estudio comparativo enfrenta. Sin embargo, los enfoques comparativos, al ir más allá de las circunstancias locales, proporcionan miradas y perspectivas nuevas para el análisis que no pueden ser alcanzadas desde una más acotada visión, como la local o la exclusivamente nacional.

En esta ponencia se ha sostenido que, más allá de las diferencias, con frecuencia meramente aparentes, el profundizar en la dinámica de los Derechos de Aguas revela que muchas similitudes y preocupaciones comunes pueden existir entre los diferentes sistemas, incluso entre aquellos presentados en teoría como absolutamente disímiles u opuestos.

La comparación muestra, en primer lugar, la existencia de un marco teórico legal muy similar, compuesto por instituciones y principios que pueden considerarse matrices: carácter público del agua, sistemas de permisos o concesiones para acceso a los derechos, derechos de aprovechamiento considerados como propiedad privada y requerimientos de interés público en el uso del agua.

Estas nociones interconectadas constituyen el núcleo de casi todos los regímenes legales de derechos de aguas modernos, pero su significado se mantiene relativamente indefinido, incierto, controvertido e, incluso, puede resultar contradictorio si se analizan en profundidad teoría y práctica. La existencia de derechos sobre aguas públicas con y sin plazo o término de duración, y la ausencia del principio de uso efectivo de las aguas en algunos sistemas, prueban esta conclusión.

En general, el dominio o la propiedad pública (tanto como la doctrina del *public trust* en Estados Unidos), tiende a habilitar una mayor intervención de los poderes públicos, pero ésta tiene muchísima menos importancia y efectos que los que postula la teoría. El hecho de que derechos de propiedad privada fortísimos puedan existir sobre aguas públicas, como lo demuestran el caso chileno y norteamericano, es un muy buen ejemplo de esta aseveración.

Sin perjuicio de toda la retórica pública en torno al dominio de las aguas, la propiedad privada aparece como el límite y barrera más importante para la introducción de reformas en casi todos los regímenes de aguas. La mayoría de los conflictos son, al

³⁴ VERGARA 2005, 359 y ss.

final, y en clave constitucional, un enfrentamiento entre el interés público y la propiedad privada. Una vez más, ésta es la tensión inherente y dinámica que gobierna toda la vida de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Es claro que es muy difícil, sino imposible, definir el interés público en general, pero varios tribunales y autores lo han hecho en casos particulares relativos al uso de las aguas y al ejercicio de los derechos. Es un concepto potente y maleable, aun más que el de dominio público, pero, al mismo tiempo, un concepto clave que puede contribuir a reconciliar e incardinar los derechos de aguas existentes en un nuevo y más sustentable paradigma.

En la actualidad, pervive el antiguo equilibrio entre interés público y propiedad privada proveniente del siglo XX, época en que ninguna de las preocupaciones dominantes actuales, tales como el uso intensivo, el crecimiento poblacional, la contaminación creciente ni el cambio climático, estaban presentes. El no considerar los requerimientos para el mantenimiento de caudales ecológicos o la imposición de límites razonables al bombeo de aguas subterráneas en acuíferos sobreexplotados, como ha ocurrido en España, como una afectación a los derechos de propiedad privada, constituye un buen ejemplo del cambio en marcha.

La tensión subyacente en la mayoría de los regímenes, hablando en términos de asignación, transferencia, expropiación, plazo de los derechos, nuevos requerimientos ambientales o caudales ecológicos, puede ser siempre reducida o reconducida a un balance entre interés público y propiedad privada. Interés público y propiedad privada son conceptos cambiantes que evolucionan a través del tiempo como muchos historiadores legales lo han demostrado. Volver a equilibrarlos, en un sentido más sustentable, constituye uno de los principales problemas y desafíos de nuestro tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

- EMBED IRUJO, Antonio (dir.) (2002): *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, tomos I/II (Madrid, Civitas).
- GETCHES, David H. (2009): *Water Law in a nutshell*, 4ª edición (St. Paul Mn., Thomson Reuters).
- HARIOU, Maurice (1929): *Précis de Droit Constitutionnel* (Paris, Recueil Sirey).
- HODGSON, Stephen (2006): *Modern water rights* (Rome, FAO).
- MARIENHOFF, Miguel (1996): *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, tomo VI, 3ª edición (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- (1996): *Tratado de Derecho Administrativo*, tomos IV/V, 3ª edición (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- MARTÍN, Liber (2010), *Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1997): *Derecho de Aguas* (Madrid, Civitas).
- NEUMAN, Janet C. (1998): “Beneficial use, waste and forfeiture: the inefficient search for efficiency in western water use”, en *Environmental Law*.
- NIETO, Alejandro (1991): “La administración sirve con objetividad a los intereses generales”, en MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje a Eduardo García de Enterría)*, tomo III (Madrid, Civitas).

- PAREJO ALFONSO, Luciano (2005): “Interés público como criterio de control de la actividad administrativa”, en AA.VV., *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional, (Homenaje a Grumersindo Trujillo)* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- RIVERA BRAVO, Daniela (2013): *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste* (Santiago, Thomson Reuters).
- RASBAND, James, SALZMAN, James & SQUILLACE, Mark (2004): *Natural Resources Law and Policy* (Foundation Press).
- SAX, Joseph L., (1990): “The Constitution, property rights and the future of Water Law”, en *U. Colo. L. Rev.*, 61.
- SOLANES, Miguel y GETCHES, David (1998): *Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico. Informe de buenas prácticas* (Washington, D.C., N° ENV-127).
- SPOTA, Alberto (1941): *Tratado de Derecho de Aguas*, tomos I y II (Buenos Aires, Jesús Menéndez Ediciones).
- TARLOCK, James N., CORBRIDGE, James N. Jr., GETCHES, David H. and BENSON, Reed D. (2009): *Water resource management. A casebook in Law and public policy*, 6th ed.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1998): *Derecho de Aguas*, tomos I y II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- (2005): “Preservación del medio ambiente en materia de aguas: la fijación de caudales ecológicos. Los casos de Estados Unidos y Chile”, en AA.VV., *El ejercicio de las competencias administrativas en materia ambiental* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).