

CARL BAUER, *Contra la Corriente. Privatización, mercados de agua y el Estado en Chile* (Santiago, Ediciones Lom, 2002) 207 pp. Traducción castellana de: *Against the Current: Privatization, Water Markets, and the State in Chile* (Kluwer Academic Publishers, 1998).

El libro de Carl Bauer contiene su tesis doctoral, de 1995, presentada en la Universidad de California en Berkeley, y aprobada en su Facultad de Derecho. Al respecto, me referiré al autor, al contexto bibliográfico en que es posible situar este libro, y en fin, como es natural, algunas consideraciones sobre el libro.

a. *El autor y su aporte a la cultura del agua en Chile.* Por cierto que es inusual un libro "sobre el Código de Aguas" chileno, que es una ley, escrito por un extranjero que, además, no es propiamente un jurista. Es inusual en nuestro medio, en que la dedicación universitaria o científica suele ser unívoca, sin demasiadas interdisciplinariades; hoy nos encontramos de frente a un libro de un universitario, al estilo americano, que estudió previamente geología, geografía, economía, y que en medio de una facultad de derecho es admitido a presentar una tesis doctoral sobre una ley extranjera. No puedo decir que es algo inadecuado; solo que es algo a lo que no estamos acostumbrados en nuestro medio. Usualmente el Código de Aguas, como ley que es, pareciese ser una tarea de análisis puramente jurídico, de la interpretación de cada una de sus normas, de su aplicación jurisprudencial, etc. Pero resulta ser un análisis muy enriquecido el que ofrece el autor.

Esto es lo que ha venido haciendo desde hace muchos años el autor, primero con la investigación para su tesis doctoral y después con la continuación de sus investigaciones, para otros trabajos conexos. Nuestro autor ha ofrecido y ofrece un análisis más completo, más complejo, más difícil aún, respecto de un cuerpo legal chileno.

Debo indicar que conocí de la investigación del autor el año 1991 o 1992 primero en mi oficina profesional, que desde esa época ya se dedicaba a recursos naturales, y en especial aguas, y luego en mi despacho en la Pontificia Universidad Católica de Chile, donde impartía el curso de Derecho de Aguas; quiero decir que ya estaba escribiendo yo mismo una serie de papeles sobre el Código de Aguas. Cambio momentáneamente el protagonismo, solo para señalar, para recalcar, que los aportes de Carl Bauer, para mí, y seguramente para otros autores de estas materias, ha sido relevante, e incluso me atrevo a decir que nos alteró en buena medida nuestros propios planes de investigación, reenfoándonos hacia derroteros más útiles, sea que estuviésemos o no en acuerdo con sus ideas. Pero su método de trabajo a varios nos cautivó.

Desde la primera época en que el escolar Bauer preparaba su tesis, y de ahí en adelante, su aporte es hoy indiscutible: no solo con sus escritos, sino con sus conversaciones y sus terribles preguntas, y con múltiples antecedentes que solo él pudo reunir, a través de un trabajo de recogida minuciosa. Durante años su trabajo, en la perspectiva interdisciplinaria que ya describiré, ha sido uno de los más significativos análisis sobre el Código de Aguas chileno; y ello se logró a través de una lenta y segura maduración, en los antecedentes y en sus propias ideas.

Quizás él sabe más de muchos temas relativos a la historia, contexto político y económico, y resultados de su aplicación que muchos chilenos. Entonces, dado que este libro es en el fondo la tesis doctoral de Carl Bauer, es necesario decir algo de la elaboración de su trabajo, que revela mucho de sus resultados.

El autor, para escribirla, recorrió todas las bibliotecas posibles; en donde poco encontró, pues la mayor parte del material que fue logrando lo obtenía de las múltiples entrevistas que sostuvo con un centenar de personas (véase pp. 177 a 180 tesis doctoral), ya sean ingenieros hidráulicos, abogados, economistas, dirigentes de organizaciones de usuarios, funcionarios públicos, autoridades, parlamentarios, profesores, etc. Es una lista impresionante. Lo que puedo decir es que de cada uno de nosotros obtenía alguna información; pero también, en mi caso, yo llegué a obtener mucha información sobre el Código de Aguas a la que jamás habría accedido si Carl Bauer no hubiese realizado este trabajo minucioso. Era más bien un intercambio de información, en el cual yo siempre me sentí ganancioso.

Pero es que la ganancia de los que nos dedicamos a lo que es posible llamar, en general, cultura del agua, cada uno en su papel, fue mayor que unos antecedentes y fuentes, por importantes que fuesen: vimos cómo un tesista doctoral extranjero comenzó a observar de un modo crítico aspectos relevantes de las aguas: principalmente de la aplicación práctica de una legislación; comenzó a sistematizar los problemas; a ampliarnos la mirada. Comenzó a interesarnos en la materia, y a obligarnos (como fue mi caso, debo confesarlo, y ello es notorio en lo que he escrito) a infiltrarnos de manera interdisciplinaria en nuestros análisis del Código de Aguas; a no quedarnos en nuestro puros análisis parcelados de la normativa, en nues-

tra propia perspectiva: por ejemplo a no solo indagar o descubrir un principio de la unidad de la corriente, sino a conectar tal principio jurídico con las otras perspectivas: económicas, medioambientales, sociológicas, geográficas, etc. Personalmente creo que, en mi propio caso, sin el acercamiento de Carl Bauer, sin nuestra colaboración académica, hay aspectos del "mercado de aguas" que jamás habría abordado ni comprendido: fue el impulsor de muchos trabajos, ¡aun cuando fuesen escritos para contradecirlo!

Entonces, la personalidad de Carl Bauer, y su especial modo de ser minucioso en su búsqueda de fuentes, su acercamiento a todas las personas que sabían algo de aguas, y de la operación de extracción, de negociaciones de derechos, o que habían participado en la preparación del texto legal, le permitió cumplir dos misiones (una búsqueda, otra impensada):

1º Realizar un magnífico trabajo de tesis doctoral, a través de la elaboración de un texto que es la base de su libro que hoy comento. Antes, el autor publicó en Chile un trabajo previo a su tesis: "Régimen jurídico del agua. La experiencia de Estados Unidos", en: *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. III (1992) pp. 111-128, de lo que quedaba en evidencia su preparación y conocimiento del régimen jurídico de su propio país; lo que por cierto prefiguraba su normal afán de comparar situaciones, con Chile, en este caso. Luego, ofreció los resultados preliminares de su investigación, con el avance hasta agosto de 1993, en su trabajo: "Los derechos de agua y el mercado: efectos e implicancias del Código de Aguas Chileno de 1981", en: *Revista de Derecho de Aguas*, vol. IV (1993) pp. 17-63, el que quisiera decir que marcó un hito bibliográfico y un ejemplo de análisis interdisciplinario; el que sin perjuicio de su ánimo crítico, incluso en aspectos ideológico-económicos, aportó de un modo evidente a la discusión chilena. Nadie a partir de este trabajo pudo ya analizar el tema del mercado de las aguas en Chile sin recurrir a Bauer 1993, como remarcaré enseguida.

Entonces, el primer fruto de su trabajo de muchos años, fue ese trabajo de 1993, y otros conexos, y principalmente su tesis doctoral, la que es un aporte en sí misma.

2º Pero deseo agregar otro resultado de las investigaciones de Carl Bauer, desde su llegada a Chile, como algo obviamente no buscado ni pretendido por él mismo: hizo que muchas personas e investigadores pensarán de un modo diferente el tema de fondo: el funcionamiento del mercado de aguas; entre los que me cuento, pues seguramente sin este verdadero articulador de las distintas disciplinas interconectadas, seguramente cada uno de nosotros habría seguido demasiado encerrado en su mundo disciplinario, sin demasiada conexión. Debo reconocer que un trabajo mío sobre la libre transferibilidad de los derechos de aguas

no solo es notoriamente tributario de los desarrollos de Bauer 1993, sino que seguramente nunca se habría escrito sin su influjo, pues estos fueron temas que, con esa perspectiva interdisciplinaria, abrió nuestro autor. Sin que al respecto importe estar o no estar de acuerdo con sus ideas matrices, ni con sus desarrollos ni conclusiones; o al menos con algunas solamente.

Puedo afirmar entonces que estamos de frente a un extranjero, que ya se ha hecho de la casa, y que desde los primeros pasos de su tesis doctoral ha estado aportando a nuestra cultura, ya desde el punto de vista de saber hacer ciencia, y de la necesaria interdisciplinaria en estas materias.

Ahora, quisiera referirme al libro, y a las opiniones allí contenidas; que no siempre serán concordantes con las opiniones de otros autores, ni con las mías propias; pero eso no es tan importante como que las ideas estén expuestas, y bien.

2. *El libro y su clasificación disciplinaria.* Este es un libro de difícil clasificación disciplinaria, y ya lo justificaré al analizar su contenido, brevemente. El libro está dividido en cinco capítulos.

El primer capítulo, intitulado "Agua, mercados y privatización", es una explicación general de las motivaciones ideológicas, en el que el autor de manera muy honesta deja traslucir parte de su ideario político-económico; o al menos de lo que no es su ideario político económico. En estas primeras líneas nos encontramos con pertinentes vinculaciones de la institución jurídica de la propiedad, con el mercado, que es una realidad estudiada por la economía; y de las decisiones políticas que se toman al respecto; dirigido en este caso al estudio de una decisión específica: la decisión política de dictar en Chile un Código de Aguas, cuyo desarrollo tiene implicancias económicas y jurídicas. Es desde estos primeros párrafos que podemos comenzar a verificar si este libro es un análisis económico, político o jurídico del Código de Aguas, o de su desarrollo y aplicación. Por tal razón el autor relata brevemente la historia política y económica de Chile, previa y coetánea a la dictación y aplicación de tal código. Explica igualmente el marco analítico de su trabajo: entre la geografía, la economía política y el derecho. Reconoce, igualmente, el carácter empírico e interdisciplinario de su obra, que tiene por objeto preguntarse: ¿cuáles han sido los resultados del Código de Aguas, después de 10 años de aplicación? Resultados que se estudian en especial en la cuenca del Biobío y en la cuenca del Maule.

En su capítulo dos, titulado "Diseño institucional para el modelo neoliberal: derecho, economía y política en la Constitución de 1980", describe las previsiones contenidas en la Constitución, a través de una revisión bien exhaustiva de las fuentes fidedignas del estudio de la Constitución, y de las obras de autores juristas pertinen-

tes, en donde el autor apoya varias conclusiones del libro, pues rescata de esa historia constitucional el ideario económico que posteriormente se aplicará al Código de Aguas; análisis que también es muy acertado pues le permite al autor comprender la tensión que existe en materia de política económica en la materia de aguas; obteniendo conclusiones del análisis del texto constitucional que seguramente un jurista no obtendría, no por desinterés, sino por ser su objeto distinto. El autor no está preocupado, por lo demás, de hacer una análisis jurídico (propio de un jurista), sino un análisis de política económica; un "análisis económico del derecho" (*law and economics*, en terminología americana). Su conclusión es radical: la Constitución, al garantizar la seguridad jurídica de la propiedad favoreció la inversión y el crecimiento económico en Chile. Pero hay algo muy interesante en este segundo capítulo, poco analizado en Chile, y que el autor lo hace con mucha crudeza: el rol poderoso y estratégico que la Constitución le entrega al Poder Judicial: proteger los derechos de propiedad y resolver los conflictos cuando las negociaciones privadas fracasan, concluyendo de modo enfático: que el Poder Judicial no ha podido cumplir ese papel, y que representa una debilidad crítica en el sistema. Este capítulo, de una especial fuerza e importancia, ya ha tenido dos publicaciones separadas: en una publicación colombiana: "El otro derecho", N° 24, 2000; y en Chile en *Perspectiva*, publicación del Instituto de Economía Aplicada de la Universidad de Chile, y que a mi juicio es un aporte singular a un tema realmente en crisis: la jurisdicción contencioso administrativa, en materia económica; esto es, el control judicial de los conflictos en áreas económica reguladas, con entes regulatorios especiales, y con una amplia y compleja conflictividad.

Estos aspectos generales, veremos, el autor los aplicará en los capítulos siguientes al caso del agua.

El capítulo tres del trabajo es central; se titula "*Los derechos de aguas y la ley del péndulo: la historia legal y política del Código de Aguas de 1981*". En este capítulo el autor describe la historia prelegislativa del Código de Aguas, su relación con los códigos anteriores, describiendo de una forma muy ágil y documentada la "historia fidedigna" de las pugnas y tensiones internas del régimen militar a propósito de la dictación de este código entre 1976 y 1981; describiendo lo que llama ley del péndulo: desde las tendencias libremercaderistas a las conservadoras, todas dentro del régimen de la época. En todo caso, encontramos en este capítulo una historia externa de la legislación, con algunos interesantes análisis de su contenido; en especial debe resaltarse la relevancia que el autor le otorga a un texto que se suele desconocer su fuerza hasta hace unos años: el DL 2.603, de 1979, tanto para el autor, como para

varios comentaristas, entre los que me cuento, piedra angular de la política económica aplicada en materia de aguas. Podemos decir que la ideología tras el Código de Aguas de 1981 no comenzó justo con el Código, sino con esa ley precursora y pionera, aún hoy vigente en su sustancia. Debemos recordar que esta época de 1979-1981 fue la de predominio sin contrapeso de la posición más liberal del régimen militar; lo que solo con posterioridad se atemperaría. Podemos decir que si el Código de Aguas se hubiese dictado solo unos años después, habría sido seguramente menos liberal en su ideología de sustento. Y estos matices el autor los capta suficientemente, y describe con mucha certeza la polémica en torno a un esquema más o menos orientado al mercado; y la fijación de un precio inicial de los derechos de aguas, por la vía de un sistema de impuestos que no se aplicó, curiosamente propugnado por quienes eran más liberales; y solo los conservadores de la época impidieron esa fijación de un precio por la vía de los impuestos. No obstante, se lograría otra condición importante para el ideal de sustento: una intervención estatal mesurada, o en lo posible mínima.

Es esta, nuevamente, una mirada de política económica, en que concentra su observación en aquellos aspectos del Código relativos al funcionamiento de los mercados. No busca el autor un análisis de conjunto de tal cuerpo legal, de sus instituciones, de sus novedades de dogmática jurídica, y de sus posible falencias desde esta perspectiva: por adecuados que pudieran ser los instrumentos jurídicos contenidos en la legislación, la preocupación del autor es su ideología imperante, y sus resultados en torno al funcionamiento de los mecanismos de mercado, lo que, en el capítulo siguiente realiza en casos específicos.

Así, en el capítulo cuatro, titulado "*Aterrizando los mercados de aguas: las transacciones de derechos de aguas en la práctica, 1980-1995*", realiza un análisis empírico de las transacciones de derechos de aguas (que eso es el llamado mercado de las aguas), sobre todo en el sector agrícola, a través de un metódico y exhaustivo trabajo de recolección de antecedentes fidedignos, y donde se trasluce su posición observadora, no de un partidario explícito ni de un enemigo del sistema; pero de un crítico observador: afirma que a esa fecha el mercado ha sido poco activo, por una serie de factores que analiza. Ofrece una descripción, muy bien documentada, de los efectos de las políticas de aguas en la agricultura y se introduce en la historia de los primeros intentos de reforma del Código de Aguas por los gobiernos de la Concertación, intento de reforma que como sabemos ya lleva 12 años sin resultados, tema que no podemos entrar a tratar aquí [sobre la tramitación legislativa del proyecto de reforma del Código de aguas, me remito a mi trabajo: "Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el dere-

cho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma”, en: Embid Irujo, Antonio (dir.), *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer Milenio* (Madrid, Civitas, 2002), tomo II, pp. 179 y ss.; trabajo que se publicará también en las Actas de las IV Jornadas de Derecho de Aguas, Santiago, 2001 (*Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*).

El capítulo cinco, y final, es titulado “*Propiedad privada y cuencas hidrográficas: conflictos por el uso de las aguas, el modelo de mercado y los tribunales*”, y es el más amplio del libro. El intento que se contiene aquí es ampliar el panorama anterior a los usos múltiples del agua, a los conflictos que se plantean al respecto en las cuencas hidrográficas, y el rol que ha cumplido en Chile el Poder Judicial. En esta parte la tesis se pone en una perspectiva de análisis especialmente interesante para los profesionales juristas, pues describe cómo operan en la práctica los derechos “consuntivos” y “no consuntivos”, clasificación esta novedosa y ambigua, creada por el Código de Aguas de 1981, dirigida a posibilitar seguramente el uso conjunto del agua por empresas hidroeléctricas y por agricultores, finalidad esta que el autor describe con agudeza, y antecedentes, para llegar a decir que este instrumento jurídico adolece de fallas fundamentales, lo que se traslada a todo el modelo. Este capítulo es muy documentado, y describe con gran detalle algunos conflictos, con antecedentes que rara vez se tienen a la mano, y cuenta como un relato las batallas judiciales entre empresas hidroeléctricas y otros usuarios de aguas, y ofrece información de sus resultados a través de la cita pertinente de los fallos, según su texto publicado en recopilaciones de sentencias. Nuevamente, no se busca aquí un análisis propiamente jurídico pormenorizado, de cada argumento legal, sino más bien un análisis pragmático de los resultados de las decisiones, y de la forma en que el Poder Judicial ha cumplido su rol jurisdiccional. Crítica el criterio legalista que aplican de manera permanente en sus documentos dos entes públicos relevantes en estos conflictos: de la Dirección General de Aguas y el propio Poder Judicial. El autor dice algo que los abogados percibimos en algunas ocasiones de la acción de los Tribunales de Justicia: “*Las Cortes han encontrado razones formales o de procedimiento para evitar la sustancia de los temas difíciles, o han fallado superficialmente basadas en análisis insuficientes del rango de intereses que están en juego*” (p. 168).

Su conclusión es devastadora: el modelo de los derechos consuntivos y no consuntivos no ha funcionado bien, y requerirían una nueva definición legal, pues los tribunales no lo han hecho, y esto es apreciado como una falla del modelo. Agrega el autor que sería algo recomendable las organizaciones de cuenca.

Ofrece al final del libro el autor unas razonadas conclusiones, en las que cabe destacar algunas específicas acerca del funcionamiento de los mercados de aguas, y otras más globales sobre la aplicación de ciertas políticas económicas en materia de recursos naturales, sobre lo que yo deseo solo hacer unos comentarios desde la perspectiva jurídica.

3. *Importancia y aporte del libro.* No interesa en este instante un análisis pormenorizado de los argumentos de índole jurídica de este excelente libro, pues aunque está escrito por un investigador que, en rigor, no es un jurista, dada su amplia formación al respecto, el interés de su aporte es de política económica.

Este es un libro de análisis interdisciplinario de la aplicación de un modelo legislativo de inspiración libremercaderista, y que está en pleno desarrollo y evaluación. No es el instante para ofrecer líneas críticas respecto de esta obra, pues como es natural, nunca es posible compartir todos los planteamientos de un texto ajeno; incluso aspectos centrales, como su lejanía de la ideología liberal. Además, que es un intento difícil para mí en mi posición de jurista, si bien interesado en los análisis conexos, como la política y la economía, pero solo en la perspectiva de su utilidad para la disciplina del derecho de aguas, que profeso.

En fin, como conclusiones, destaco las razones de la relevancia de este libro de Carl Bauer:

1º Es un texto de contenido interdisciplinario que le ofrece a los profesionales juristas, y especialistas de aguas, antecedentes de primera mano sobre el origen del texto legal central de su disciplina: el Código de Aguas. La información, la descripción y análisis de la documentación, el relato de los pormenores de cada historia ya sea prelegislativa, o de los conflictos relativos al uso múltiple de las aguas, va más allá del interés intrínseco en la argumentación que a partir de tal información ofrece el autor. Ya por la sola documentación, completísima, esta obra es un hito bibliográfico, pues difícilmente encontramos reunida en una sola obra todo este manejo documental en una materia que se torna cada vez más compleja.

2º Es un texto de contenido interdisciplinario en que el autor demuestra conocimiento suficiente para adentrarse, con prudencia y seguridad, en varias disciplinas, con contenidos y programas metodológicos distintos: el derecho, la economía, la geografía. Posar la mano en tres disciplinas al mismo tiempo, y ofrecer un análisis congruente y razonado no es nada fácil, y demuestra la formación integral de su autor.

3º Desde la perspectiva jurídica, este análisis de la historia prelegislativa de relevantes instituciones, y de su desarrollo jurisprudencial en algunos casos muy bien explicados, ofrece una perspectiva inigualable de comprensión; sobre todo para nuestro gremio de juristas, más bien habituado solo a los razonamientos más o menos lógicos

a partir del mero análisis gramatical de las normas legales.

Este libro nos ofrece, figuradamente, un Código de Aguas con gráficos y relatos interdisciplinarios, que todos los abogados le agradecemos a su autor. Su aporte es y será perdurable: es, por ahora, la única obra que nos explica con rigor los primeros 10 años de aplicación del Código de

Aguas, en una panorámica que no ha cambiado demasiado en estos últimos años. Y el agradecimiento es mayor viniendo ese aporte de un extranjero.

ALEJANDRO VERGARA BLANCO
*Profesor de la Pontificia
Universidad Católica de Chile*