

José Luis Cea Egaña

Profesor Titular, Universidad de Chile, Universidad Católica de Chile

La organización administrativa del Estado

Rolando Pantoja Bauzá

Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición 1998, 479 páginas.

Escribo este comentario motivado por la lectura, recién concluida, del magnífico libro del profesor Rolando Pantoja Bauzá, titulado *La Organización Administrativa del Estado*, publicado con su reconocida pulcritud por la Editorial Jurídica de Chile en 1998.

A través de 477 páginas, incluyendo dos apéndices con legislación actualizada y exhaustiva bibliografía, clásica y moderna, el catedrático nombrado va desplegando, con retórica clara y elegante, su visión de la transformación de nuestro Estado, entendido en la acepción de Gobierno o Administrador de la Sociedad Nacional. Aparece así tal proceso de cambio focalizado, con acierto, en la consecución del bien común como finalidad, objetiva y permanente, de nuestra comunidad política, pero que en la Constitución vigente alcanza formulación explícita y de suprema jerarquía, al erigirse en una *Base de la Institucionalidad*.

De tal modo queda planteada, de manera concreta, aunque exigente y de esfuerzo constante porque nunca termina, la nueva misión del Estado-Gobierno, pues se avanza desde la concepción ejecutiva de las leyes a la materialización del postulado legitimante, en sentido sustantivo, es decir, su condición de instrumento al servicio de la dignidad y los derechos de la persona humana y de la sociedad en que ella convive. La modernización del Estado logra, de este modo, un significado y compromiso de acción precisos, dejando de manifiesto la magnitud de la tarea que nos aguarda en el ámbito jurídico-administrativo.

Para captar lo propuesto por el Sr. Pantoja, léase el siguiente pasaje que ilustra, concisamente, el tópico referido (p. 174):

“Sin embargo, si la razón de ser del Estado no es autorreferente, no es realizarse a sí mismo en el ejercicio de sus funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales, y si su finalidad no consiste única y exclusivamente, ni primordialmente tampoco, en asegurar el orden y la seguridad pública, sino en “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, parece del todo fundado sostener que se está en presencia de un nuevo rol del Estado y que su posición dentro de la sociedad contemporánea muestra los índices de un cambio radical: el Estado-Nación ha dejado de ser sólo Poder y prerrogativa

para hacerse un Estado obligado por el deber de promoción del bien común, con pleno respeto al derecho de las personas, con lo cual impacta severamente la correspondiente concepción del mundo jurídico, diluyendo las diferencias jurídicas estructurales que reservaban al sector público el monopolio del Derecho Público y al sector privado la exclusividad del Derecho Privado.”

Cabe recordar, por otra parte, que el Sr. Pantoja es catedrático de larga experiencia, titular de merecido prestigio en su trayectoria académica y de funcionario. Estudioso infatigable, ha publicado contribuciones meritorias, llegando a ser uno de los autores chilenos con producción más valiosa en nuestro Derecho Administrativo. En el libro que recensiono queda de manifiesto esa vasta experiencia, enriquecida por el elevado espíritu crítico y apoyada en la cita de obras chilenas ya tradicionales en esa disciplina jurídica, v.gr., las de José Domingo Amunátegui y Valentín Letelier, de Guillermo Varas, Enrique Silva Cimma y Patricio Aylwin.

La respetuosa invocación de esas fuentes autorizadas no impide al profesor Pantoja exponer, convincentemente, sólidas opiniones, denotativas de su voluntad en punto a propugnar reformulaciones de nuestra jurisprudencia y doctrina. Lo hace tras demostrar que tales planteamientos son, a veces, arcaicos, y en otras insuficientes o hasta equivocados, obstaculizando la consolidación del nuevo Derecho Administrativo, elaborado con sujeción al parámetro de la servicialidad del Estado, cuyo efecto hermenéutico, netamente humanista, fue ya destacado.

Un ejemplo elocuente de aquella necesidad de actualizar los conocimientos para infundirles eficacia, sobre la base de lograr la mayor simetría posible de ellos con el proceso de modernización del Estado, se refiere al antiguo *Principio de Separación de Órganos y Funciones Públicas*, siempre esencial en el constitucionalismo, pero requerido de hondas revisiones para adecuarlos a la complejidad de la estructura jurídico-política de nuestra época. La expansión de la Sociedad Civil en su participación y control sobre los servicios y entidades administrativas, unida a la erección de nuevos órganos con jerarquía y autonomía constitucional en el desempeño de sus potestades son, entre muchos otros, fenómenos que han vuelto obsoleta la división tripartita que intuyó Locke, desarrolló Montesquieu y que llegó a su articulación práctica en *El Federalista* de 1787-1788. El profesor Pantoja lo entiende así y el extracto que inserto en seguida lo demuestra (p. 175):

“Este atributo (la soberanía), sagrado para el constitucionalismo que el clasicismo político reservaba sólo al exclusivo círculo de las autoridades elegidas, integrantes de los Poderes del Estado, se extiende así a otras autoridades del sector público, como el Sistema Electoral, el Consejo Nacional de Televisión, la Contraloría General de la República, el Banco Central, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades, v.gr., en una democratización de la vida pública que abre espacios a la actuación independiente de variados órganos y organismos públicos, en una habilitación de autoridades y poderes jurídicos que acceden al círculo superior de la República para compartir la autoridad y responsabilidad del correcto funcionamiento del Estado-Nación.”

Manifiesta el Sr. Pantoja que Administración Pública y Administración del Estado son términos sinónimos, haciendo suyo el criterio amplio del Tribunal Constitucional en la sentencia de 1986. Agrega que dicha Administración se ha transformado, adoptando una morfología adecuada a las ideas matrices de cada época y al cumplimiento de los cometidos que le han sido impuestos en cada etapa de nuestra evolución institucional. Comparte este comentarista tal premisa, porque es coheren-

te con la servicialidad del Estado-Gobierno ya realizada. Sin embargo, dejó también constancia de mi juicio en el sentido que no siempre ha ocurrido así, pues son largos y reiterados los períodos en que, desde la *parte actuante* de aquel Estado, como la llama el profesor Pantoja, se han impuesto a la persona y a la Sociedad Civil concepciones ideológicas, distantes u opuestas al bien común y a los principios democráticos.

En una lúcida y extensa descripción, que abarca por entero la primera parte de la obra, su autor caracteriza la evolución de la Administración Pública en Chile. Inicia ese panorama diacrónico con la Carta Fundamental de 1833. La singulariza por la centralización del naciente aparato público, rasgo presidencialista que fue vigorizado mediante la *Ley de Régimen Interior* de 1844, “la gran cañería del autoritarismo”, en la calificación crítica que hizo de ella, en 1907, J. D. Amunátegui.

Fue desde entonces avanzándose en el tránsito desde la Administración asociada con los cargos públicos a otra identificada con los servicios fiscales. Este criterio matriz se mantuvo hasta 1920, aproximadamente, año que marca el comienzo, vacilante todavía, de la Administración con instituciones autónomas, algunas de las cuales, en su definición sólo territorial, llegaron a ser reconocidas en el Código Político de 1925.

Vino después, a través de la primera reforma a esa Carta Fundamental en 1943, la irrupción de los entes semifiscales y la expansión correlativa de la ya frondosa burocracia pública.

Pues bien, apartándose de la vigorosa influencia del pensamiento francés, cuya impronta pro estatal, en su acción sobre la sociedad, es usualmente admitida, el Sr. Pantoja se introduce en el nuevo paradigma, instaurado en Chile hacia 1959, consistente en abogar por la descentralización funcional o por servicios. Con él fue rebasada la normativa constitucional, anomalía que nunca fue corregida. Este *crecimiento por agregación*, es decir, carente de principios estructurales definidos y coherentes en la creación, regulación y fiscalización de entes administrativos llegó, hacia 1970, a su fase de expansión máxima y terminal. Tratábase de los organismos y empresas autónomas, regidas por el Derecho Común, los cuales, a su vez, generaron sociedades de economía, mixta o no en su patrimonio y gestión, situadas en el *sector invisible* de la Administración. Manuel Daniel ha subrayado las deficiencias de aquel sector, haciendo presente cómo fue perdiendo sus ligámenes con la Administración Pública, hasta rematar en un aparato paralelo de grandes dimensiones, incesante crecimiento y deficiente actuación.

Fluye del libro, a mayor abundamiento, que los dictámenes de la Contraloría General de la República fueron decisivos en la consolidación de aquel proceso. Así ocurrió, pues aquel órgano le infundió cierta coherencia dentro de la anarquía de términos, estructuras y localización en la Administración activa que singularizaba a la multitud de entes que la integraban.

Por otra parte, la transformación del *Estado gendarme* en otro *prestacional, de bienestar o providente* se reflejó en el régimen administrativo. Esta transición se hizo, según lo ya insinuado, mediante leyes que fueron dictadas, más de una vez, excediendo el espíritu, letra y contexto del Código Político. En realidad, eran tiempos en que la Constitución tenía poca vigencia, especialmente para la ciudadanía, porque no era vivida en nuestra existencia cotidiana. Por eso fue expandiéndose la Administración, a menudo premunida de facultades discrecionales, en virtud de leyes no cotejadas con la supremacía de

la Carta Fundamental, a raíz de la equivocada concepción que la Corte Suprema mantuvo de la separación de órganos y funciones estatales.

Avanzando en el análisis, considero singularmente interesante la segunda parte de la obra, dedicada al estudio de la Administración Pública en la Constitución hoy en vigor. Situado el lector en este tópico, cabe suponer que coincidirá con el Sr. Pantoja en la proposición siguiente (pp. 220-222):

“Lo público y lo privado, siendo como eran parte de un mismo mundo, se orientaban, con todo, hacia direcciones opuestas, uno hacia el polo de la potestad –restricción; el otro hacia el de la voluntad– libertad.

De aquí las dos conocidas normas de clausura que desde antiguo dominan el Derecho chileno, según las cuales en el campo del Derecho Público sólo puede hacerse lo que la ley expresamente permite, en tanto que en el del Derecho Privado puede hacerse cuanto se quiera, salvo que esté expresamente prohibido por la ley.

(...)

La Constitución, en esas circunstancias, al centrar la normativa constitucional en la dimensión social de las personas, prescribiendo que el Estado de Chile está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común y que sus deberes se extienden “a promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, no ha hecho suyo, pues, el mundo del Estado constitucional de primera generación, el de los dos hemisferios separados por regímenes fuertemente diferenciados que dividían drásticamente lo estatal de lo particular aislando los territorios público y privado bajo los dominios de la potestad, por un lado, y de la voluntad, por el otro; ni siquiera ha hecho suya la perspectiva del Estado social, el del *taller del ciudadano* a que se refería Duguit, constituido por servicios, públicos y privados, sino que ha consagrado un Estado posmoderno conformador, estableciendo las bases de una Sociedad solidaria, caracterizada por el común denominador de su razón de ser y de su finalidad.”

Estimo que en los cuatro capítulos de la segunda parte se hallan las elaboraciones más novedosas y medulares de la obra. Pienso así pues no he leído a otro autor chileno que, como el Sr. Pantoja, proponga en lenguaje directo el avance hacia un concepto de servicio público distinto del tradicional, más amplio y consonante con las exigencias de la Sociedad Civil de nuestro tiempo. Superando las ideas, tan penetrantes como arraigadas en la doctrina e, incluso, en la legislación chilena, que dejaron las construcciones de León Duguit y Gastón Jèze, el autor describe un horizonte diferente, en el cual la subsidiariedad estatal se hace patente en el fenómeno que, en la teoría jurídico-política anglosajona, se conoce como *devolución*, o sea, restitución a los grupos intermedios de la gestión de servicios sociales, de los cuales fueron privados por el Estado de Bienestar en su expansión incesante.

Ilustro lo recién descrito transcribiendo otro pasaje de la obra (p. 335):

“El principio de la servicialidad se concreta, ante todo, desde el prisma sociológico, en el reconocimiento de un interés general de la sociedad: la prestación de servicios al público, en una convergencia de esfuerzos de los sectores público y privado al mercado de bienes y servicios para propender-ofrecer un mejor nivel de vida a la población.

Este interés general permite hablar de:

- Servicios prestados al público a través de servicios públicos; y de
- Servicios prestados al público por medio de servicios privados.”

Ciérrese el texto con su tercera parte, dedicada a la clasificación de los órganos y organismos de la Administración del Estado de Chile. Nuevamente aquí se encuentran puntualizaciones conceptuales y terminológicas, indicativas de reflexiones acertadas que el autor ha realizado. Ciertamente, surgirán disidencias a lo explicado en la obra, pero anticipa este comentarista que ellas obedecerán a teorizaciones antiguas, impermeables al propósito que anima al Sr. Pantoja, es decir, acercar la modernización del Estado-Gobierno, de la cual tanto se escribe y habla pero poco se concreta, a la expansión de la Sociedad Civil, al fortalecimiento de los derechos y garantías esenciales de la persona, así como a los nuevos conceptos de servicio público, separación de órganos y funciones y otros fenómenos ya reseñados.

Revisando las valiosas precisiones que constan en los anales oficiales de la Constitución, o planteándose inquietudes con alternativas prácticas de solución, el profesor Pantoja deja establecida su convicción, v.gr., en punto a que la Administración del Estado no es ni puede ser un concepto reducido al sistema de entes dependientes de, o relacionados con, el Poder Ejecutivo. Existen también, en efecto, razones suficientes para justificar en Chile el reconocimiento de servicios públicos proporcionados por el Congreso Nacional, el Poder Judicial y otras instituciones constitucionales autónomas.

El Código Político es, en ese y otros rubros, susceptible de hermenéutica elástica y actualizadora, desafortunadamente aún inconcebible para, en parte relevante al menos, la jurisprudencia y doctrina nacional.

Encomiable es, en tal perspectiva, el vigoroso raciocinio desplegado por el Sr. Pantoja (pp. 170-171) en favor de la *fuera normativa, directa e indirecta*, que caracteriza a la Constitución con rasgos de imperatividad ineludible y no condicionada a la ley que así lo disponga. Ese es un aspecto del proceso de *Constitucionalización del Derecho*, casi desconocido todavía en Chile, y que fluye de la energía jurídica máxima, de aquella supremacía que singulariza a la Carta Fundamental en su texto y espíritu.

Ana María García Barzelatto

Abogado, Profesora de Derecho Político y Constitucional, Universidad de Chile

Tratado de Derecho Constitucional

Tomo V

La Constitución de 1980

Gobierno

Alejandro Silva Bascuñán

Editorial Jurídica de Chile

2ª edición actualizada 2000, 292 páginas

El *Tratado de Derecho Constitucional* es una obra que durante la segunda mitad del siglo XX ha sido fuente permanente de consulta de todos aquellos que de alguna forma se vinculan con el estudio de esta disciplina. La primera edición, publicada en 1963, en tres volúmenes, tuvo una extraordinaria acogida por el público jurídico nacional, siendo permanentemente citada por profesores en sus clases, por especialistas en sus obras, por los jueces en sus sentencias, y por los parlamentarios en sus discursos.¹

Hoy, a casi cuatro décadas de su publicación, el profesor Alejandro Silva Bascuñán ofrece la segunda edición del tratado, actualizado con la normativa de la Constitución de 1980, y que en esta oportunidad naturalmente excede con creces los tres tomos iniciales.²

A los cuatro primeros volúmenes de esta 2ª edición del tratado, publicados en 1997 por la Editorial Jurídica de Chile como homenaje al cumplir ésta 50 años desde su creación en 1947, le sigue este tomo V en el que el distinguido maestro aporta su vasto conocimiento y experiencia para examinar el Capítulo IV de la actual Constitución, a la luz de las disposiciones de su precedente de 1925, la historia nacional, la jurisprudencia constitucional y el derecho comparado.

Coincidimos con el profesor Miguel Ángel Fernández quien, en una recensión hecha a los anteriores volúmenes, califica el *Tratado* como “obra monumental del Derecho Constitucional chileno, que examina y enriquece la disciplina desde su propia concepción cristiana, humanista y democrática del hombre, la sociedad y el Estado”.³ Sin duda, don Alejandro y su diligente colaboradora, profesora María Pía Silva Gallinato, aportan una obra que enriquece el patrimonio constitucional de nuestro país.

1 El tomo V del *Tratado de Derecho Constitucional* que analizamos fue recientemente citado en la sentencia dictada el 8 de agosto de 2000 por la Excm. Corte Suprema sobre el desafuero del senador Pinochet, Rol N° 1920-2000, considerando 37.

2 La “experiencia” de escribir esta segunda edición puede leerse en la Conferencia pronunciada por el autor en el acto de inauguración del año académico 1997 del Programa de Magíster en Derecho Constitucional de la P. Universidad Católica de Chile, publicada como Anexo en el Tomo I del *Tratado*, pág. 543.

3 Recensión publicada en la *Revista de Derecho Público*, volumen 61, 1998-1999, pág. 265.

1. Contenido

El tomo V del Tratado analiza el Capítulo IV de la Constitución de 1980 titulado “Gobierno” (artículos 24 a 41), y comprende los siguientes capítulos: A) Presidente de la República; B) Ministros de Estado; C) Potestad Reglamentaria; D) Organización Administrativa, y E) Organización financiera, tributaria y presupuestaria.

En ellos, el análisis teórico se combina con el planteamiento de problemas concretos gestados durante la puesta en plena vigencia de las disposiciones constitucionales. Teoría y práctica armonizan admirablemente en el pensamiento del profesor Silva Bascuñán, aportando soluciones concretas sin esquivar su opinión y personal parecer, el que aporta con generosidad, con espíritu crítico pero siempre sereno.

2. Ubicación del Capítulo IV en la Constitución de 1980 y sentido del vocablo “Gobierno”

En atención a la ubicación del Capítulo IV de la Carta, el autor estima que “en nuestra historia constitucional representa una novedad que en la Carta de 1980 el capítulo, antes consagrado al Presidente de la República, sea mencionado bajo el título ‘Gobierno’ y se lo ubique con anterioridad al que trata del Congreso Nacional. Tanto su diversa colocación como la modificación del epígrafe fueron decididos, según lo muestra la génesis del nuevo texto, con el intencional propósito de atribuirle consecuencias de importancia relevante, que se impone destacar”.⁴

Hace notar a continuación que tanto la referencia a su contenido y la ubicación de los capítulos tuvo su origen en la Comisión Ortúzar y, aunque no fue una decisión explícita, tal ordenación se impuso en consideración a la sustancia misma de los preceptos que se incluyen en el capítulo “Gobierno”, su amplitud e importancia.⁵

La vasta proyección del vocablo “Gobierno” es precisado por el autor mediante el análisis de numerosos preceptos constitucionales y concordancias que conducen a sintetizar el amplio alcance que tiene la expresión “Gobierno” en los siguientes términos: “ella incluye por una parte toda la tarea que compete al Presidente de la República en la dirección política del país como jefe máximo del Poder Ejecutivo y, por otra, la que le cabe dentro de la administración estatal en cuanto en ésta participa sin tener su monopolio, puesto que, según la Carta, hay también otros órganos que cumplen actividades de esa índole”.⁶

Entre estos órganos se destacan en especial los Ministros de Estado al entregar al Presidente la facultad de nombrarlos y destituirlos libremente (art. 32 N° 9).

4 *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo V, pág. 9.

5 Véase el trabajo del autor “Qué es Gobierno según la Constitución”, presentado en las XXVIII Jornadas de Derecho Público, publicado en la Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 202, año LXV, julio-diciembre, 1997, págs. 79 a 84.

6 *Tratado...* tomo V, pág. 13.

3. Presidente de la República

3.1. Elección de Presidente de la República

a) Dudosas constitucionalidad de elecciones primarias

Luego de examinar los requisitos de elegibilidad del Jefe de Estado, el autor se refiere a una materia que en el año 1998 provocó controversia en nuestro país y dio lugar a diversas interpretaciones: Es un tópico de interés que puede resurgir en el futuro y por ello es conveniente destacarlo. Se trata del proyecto de ley que autorizaba la celebración de elecciones primarias abiertas al cuerpo electoral para que cada ciudadano escogiera de entre los candidatos postulados por los partidos políticos a la elección de Presidente de la República prevista para diciembre de 1999. Al respecto, señala el autor que consultada su opinión, en comunicación privada, por el Ministro del Interior, Carlos Figueroa Serrano, sobre la constitucionalidad de la iniciativa, en respuesta de 31 de julio de 1998 la dio favorable sosteniendo básicamente que “primaria voluntaria no constituye una votación popular comprendida en el art. 15 de la Carta, por cuanto no existe cuando se convoca por los cuerpos intermedios –en este caso los partidos políticos– a decidir en asuntos que quepan dentro de su competencia... los cuerpos intermedios no están a su turno condicionados a cumplir las exigencias propias de las votaciones populares y así el legislador es ampliamente libre para establecer las reglas que estime pertinentes. Aquí los ciudadanos son llamados voluntariamente a participar en la decisión de un cuerpo intermedio, vinculada a la manera como va a ejercer el derecho que el legislador le concede de presentar candidato a la Primera Magistratura”.⁷ Cabe recordar que el Tribunal Constitucional sostuvo que el proyecto era inconstitucional porque recaía en una votación popular.

No convencido por el fallo del Tribunal Constitucional, el autor mantiene su opinión suscribiendo el voto de minoría del Ministro Mario Verdugo.

b) Importancia de la exigencia de mayoría absoluta y de la segunda vuelta electoral

De acuerdo con el artículo 26 inciso 1º el Presidente debe ser elegido “por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos” exigencia que a juicio del autor permite al Presidente contar con un apoyo elocuente del cuerpo electoral y afirmar su independencia respecto de los otros poderes públicos, característica de la estricta separación de funciones propia del régimen presidencial.

Al respecto el autor repara en que el apoyo exigido por la Carta no se refiere a la de los votos emitidos, puesto que como lo dispone el inciso 3º del mismo artículo 26, en la determinación del cumplimiento de ese requisito “los votos en blanco y los nulos se considerarán como no emitidos”. El autor formula una justificada crítica al respecto estimando que “al calificar como no emitidos los votos en blanco para los efectos de la elección presidencial, la actual Carta se aparta de nuestra tradición jurídica, porque, aun cuando en la Constitución de 1925 no existía norma que sirviera para interpretar el sentido de tales sufragios, se había entendido siempre que eran plenamente válidos y, por lo tanto, debían tomarse en cuenta como tales al aplicar la regla de que el Presidente debía ser favorecido con más de la mitad de los votos”.⁸

En cuanto a la conveniente procedencia de la segunda vuelta electoral de no lograrse mayoría absolu-

7 Tomo V, págs. 23-24. Reproduce algunos considerandos de la sentencia discrepante del Tribunal Constitucional de 6 de octubre de 1998, rol 279.

8 Tomo V, pág. 33.

ta del electorado, el profesor Silva Bascuñán recuerda que así lo consagró la Constitución francesa a contar de 1962 y reproduce los principales antecedentes del debate en la Comisión Ortúzar.⁹

3.2. Duración del mandato presidencial

Las reflexiones del autor en esta materia son críticas y de gran interés por cuanto la extensión del período presidencial ha sido objeto de debate y de reformas constitucionales, polémica que puede resurgir en el futuro.

Critica, con acierto a nuestro juicio, la ley de reforma constitucional N° 19.265 de 1994, que fijó el mandato en seis años, en atención fundamentalmente a que la renovación general del Congreso no siempre coincidirá con la del Jefe de Estado. Luego de un detallado análisis del derecho comparado, y de la práctica experimentada en otros países, y sin dejar de lado que la duración más apropiada de la gestión presidencial es cuestión de controversia siempre abierta no solo en Chile sino que en la generalidad de las repúblicas, se manifiesta partidario del cuatrienio sin reelección para el período siguiente. Afirma que “no convence la posibilidad de continuidad y permanencia del marco hoy vigente –seis años con prohibición de reelección para el período siguiente– porque proviene más de una solución episódica que de una sólida y profunda convicción colectiva. El carácter precario de la regla vigente se revela al notar que no armoniza con la reiterada aspiración, expresada por la opinión nacional, de prescribir la concordancia de elecciones presidenciales y parlamentarias, que se recoge tanto en el art. 29, que consagra el sistema de vacancia en el cargo presidencial, como en el art. 47, que se refiere al reemplazo de los parlamentarios.

Ahora bien, colocado el país tarde o temprano, según creemos, en la posibilidad de una reforma de su Carta que se encamine a armonizar el período presidencial con el parlamentario, pensamos que debería orientarse a preferir el cuatrienio para aquél, prohibiendo siempre la opción para el período inmediatamente siguiente”.¹⁰

3.3. Extensión de la autoridad presidencial y responsabilidad del Presidente

Destaca el autor la doble y simultánea característica de la función presidencial: su amplitud y su limitación.

La amplitud deriva de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 24 que otorga al Presidente facultades de “carácter general, o sea, imposible de describir exhaustivamente a través de una enunciación minuciosa, de manera que la acción del Jefe del Estado no se reduce a la satisfacción pasiva de los deberes estrictos que la Constitución y las leyes le impongan, sino que abarca todo lo que requiera el cumplimiento de la tarea suprema que ha recibido”.¹¹

Subrayada la amplitud y trascendencia de las facultades confiadas al Jefe de Estado, se plantea de inmediato la necesidad de determinar el alcance de su responsabilidad ante la Nación. Tal es “el fundamento de que el Jefe de Estado pueda ser acusado por la Cámara de Diputados y juzgado por el

9 Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesiones 338, pág. 1989; 344, pág. 2081 y 355, pág. 2269.

10 Tomo V, pág. 61. La misma tesis fue sostenida por el autor en la 1ª edición de 1963, tomo III, N° 231, pág. 228.

11 Id., pág. 89.

Senado por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes” (art. 48 N° 2 letra a).¹²

A continuación, el profesor Silva Bascuñán se explaya en el tema de la acusación constitucional que puede recaer sobre el Primer Mandatario mientras ejerce el cargo o en los seis meses siguientes por cuanto es plenamente responsable en virtud de lo que disponen la Constitución y las leyes. Desde luego, distingue entre la responsabilidad que le cabe como simple particular (haciendo valer lo dispuesto en el artículo 50 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales) de la que deriva de su actuación funcionaria como Primer Mandatario.

Respecto de esta última sostiene que el Presidente ha de asumir su responsabilidad como funcionario, lo que “alcanza su coronación en la responsabilidad política inherente al régimen republicano de gobierno que implanta la Carta”. Afirma que “en la responsabilidad pública del Presidente ha de distinguirse la de naturaleza política, por una parte, de su responsabilidad funcionaria, civil y penal, por otra”. Agrega que “la responsabilidad política, en el lapso que se ha señalado, sólo puede hacerse efectiva a través de la acusación que interponga la Cámara de Diputados ante el Senado y que puede llevarlo a su destitución, a su inhabilidad temporal para toda función pública y a quedar sometido a la jurisdicción ordinaria, para hacer efectiva personalmente en él su responsabilidad civil y criminal de acuerdo con la legislación común. Durante dicho período y aun después de condenado por el Senado, no puede hacerse efectiva la responsabilidad pública por otras causales que por aquellas que fueron materia del juicio político”.¹³

Disentimos en este punto del profesor Silva Bascuñán en cuanto a calificar como “política” la responsabilidad que se le hace efectiva al Presidente a través de la acusación constitucional consagrada en el art. 48 N° 2 de la Constitución. Tal vez sea un problema semántico pero estimamos más propio reservar la calificación de “responsabilidad política” para aquella que tiene el gobernante (Jefe de Gobierno o Primer Ministro) en un régimen de corte parlamentario en el cual su permanencia en el poder está determinada por la confianza que le deben las Cámaras. En el gobierno presidencial el Presidente de la República no es responsable políticamente ante el órgano legislativo y no requiere de la confianza de éste a su gestión. Sólo es responsable ante el cuerpo electoral, quien al final de su mandato, a través de la elección, podrá reiterar su confianza en la facción o partido político a que él pertenece o retirárselo depositando su confianza o voto en un grupo político diferente.

La responsabilidad que se hace efectiva ante la acusación constitucional del art. 48 N° 2 se relaciona directamente con los ilícitos constitucionales que la Carta expresamente señala, lo que nos lleva a concluir que se trata de una especie de responsabilidad más propiamente penal.

4. Potestad reglamentaria

En el análisis del art. 32 N° 8 el profesor Silva Bascuñán distingue entre la “potestad reglamentaria propia, ordinaria o de ejecución” que es la que tiende al simple objeto de facilitar el cumplimiento de las leyes, y la que denomina “potestad reglamentaria orgánica, autónoma, extendida o ampliada” en

¹² Id., pág. 91.

¹³ Id., pág. 92.

tanto tiene por finalidad dictar normas generales o especiales que no sean propias del dominio legal. Observa que esta última es “uno de los aportes más importantes de la nueva Constitución”,¹⁴ que persigue “afirmar una concepción dinámica de la misión del Jefe de Estado, quien no puede mantenerse, frente a los apremios de la realidad, en una postura de inercia o indiferencia, excusando su inactividad en su preocupación por ajustarse a los límites ya trazados en el ordenamiento jurídico, en cuanto éstos no le indicarán, en orden a determinado requerimiento, vías previstas y definidas para enfrentar con prontitud y eficacia las cuestiones o asuntos que surjan en la gestión del mando”.¹⁵

Es interesante destacar que el profesor Silva Bascañán distingue una particularidad especial que es la llamada por algunos autores “potestad reglamentaria de complementación”. En este sentido afirma que “no le cabe duda de que al darse a una materia rango de ley no se restringe el ejercicio de la potestad reglamentaria, en forma que, en virtud de ésta, el Ejecutivo queda facultado para dictar normas generales abstractas y permanentes encaminadas a ilustrar a los ciudadanos en cuanto a la forma y sentido con que está dispuesto el administrador a llevar adelante la finalidad legislativa: tal atribución cae en la naturaleza misma de la potestad reglamentaria.

Tipos de reglas, como entendidas en la órbita que acaba de definirse, son las que se han llamado *complementarias*, y ellas tienen que ser admitidas, porque no sólo constituyen medios o instrumentos legítimos, sino necesarios e ineludibles para propender a la mejor ejecución de los preceptos de ley”.¹⁶

Al respecto cabe destacar la tesis de la profesora Luz Bulnes en cuanto a que “las materias que el constituyente le entrega simplemente al legislador deben regularse precisa, completa y totalmente por éste; la potestad reglamentaria del Presidente no las puede complementar. No hay, a su juicio, potestad reglamentaria de complementación en las materias reservadas estrictamente al legislador”. Puede, en cambio “haber potestad reglamentaria de complementación respecto de las leyes específicamente indicadas en el artículo 60 números 4, 18, 29, 9 y 10”.¹⁷

5. Primacía presidencial en materia económica

El último capítulo del libro se destina enteramente al estudio de la organización financiera, tributaria y presupuestaria y de las atribuciones del Presidente de la República en el manejo financiero del país.

Una vez más destaca el autor el reforzamiento de la autoridad del Ejecutivo, que se viene gestando, en este tipo de atribuciones, desde que se dicta la Constitución de 1925 y a través de las reformas de los años 1943 y 1970 que fueron otorgando al Presidente facultades para asumir la más plena responsabilidad en el manejo administrativo, financiero, tributario y presupuestario del país. Así, afirma el autor que “la actual Constitución proporciona al Presidente de la República tal cúmulo de atribuciones como colegislador, que lo coloca en una posición de primacía tan relevante en la función norma-

14 Actas de sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución N° 319, 320, 321, 344, 345, 355, 358 y 359.

15 Tomo V, pág. 152.

16 Id., pág. 151.

17 Trabajo presentado en las XXX Jornadas de Derecho Público en la Universidad de Valparaíso sobre “La extensión de la potestad reglamentaria en la Constitución de 1980”.

tiva que, si no puede llegar a imponer el contenido de toda materia de ley, resulta muy difícil que precepto alguno pueda en definitiva promulgarse sin, por lo menos, su implícita aceptación”.¹⁸

Este nuevo tomo V del Tratado finaliza con una completísima bibliografía de autores en su mayoría nacionales, fuentes documentales y revistas; como asimismo con útiles índices alfabéticos de materias y de personas.

Sin duda, el distinguido maestro con esta obra continúa enriqueciendo el derecho constitucional chileno.

18 Tomo V, pág. 202.

Pablo Ruiz-Tagle Vial
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile

Teoría del Gobierno Derecho Chileno y Comparado

José Luis Cea Egaña
Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª edición, 2000, 280 páginas

José Luis Cea es uno de los principales autores y profesores de derecho constitucional en Chile. Sus numerosos estudios, publicados en forma de artículos y libros, reflejan una dedicación constante a la vida académica que merece ser elogiada. El texto que comento en estas líneas parece ser su obra principal y más completa.

Como lo señala el profesor Cea: *“esta obra fue concebida, primeramente, como apuntes de clases, motivados por la falta de textos completos y actualizados, en el tema cubierto por ella”*. (p.8) En ella se exhibe una extensa comprensión del derecho positivo público chileno, un conocimiento actualizado de la teoría y la ciencia política, además de una perspectiva comparada que es capaz de identificar las áreas más críticas y relevantes de nuestro sistema constitucional.

Ante todo, el texto plantea con un lenguaje claro y sencillo, el tema de la relación entre los conceptos de Estado y Gobierno¹ y se propone dar una explicación de sus principales funciones. La primera opción que asume la obra es reconocer un sentido amplio de la voz Gobierno que contradice el texto de la Constitución chilena vigente. El profesor Cea justifica con acierto el uso amplio de la voz gobierno al decir que: *“... la radicación del Gobierno únicamente en (el ejecutivo) aquel órgano y función, además de apartarse de la realidad del proceso de mando de nuestra sociedad política conlleva el reforzamiento del régimen presidencial”*. (p.23) Ahora bien, aunque la obra del profesor Cea esta basada en un concepto amplio de Gobierno, no se aleja totalmente de las concepciones tradicionales, puesto que cumple con reconocer la conexión que existe entre el Gobierno y las nociones de Estado y Soberanía que son esenciales, al decir en las propias palabras de José Luis Cea que: *“... el Estado, la Soberanía y el ejercicio lícito de la fuerza, la cual cuando se emplea legítimamente no es violencia, son conceptos políticos esenciales y, por lo mismo, perdurables. Ellos como el concepto de Gobierno no pueden ser suprimidos, ni siquiera hipotéticamente, porque sería equivalente a sostener que la Política ha terminado y que, por lo mismo, el mando y dirección de la convivencia humana en asociaciones grandes y complejas podría desarrollarse por otros medios, hasta hoy más desconocidos que impensables.”* (p.29-30) . En este

1 Entendido éste en sentido amplio.

reconocimiento del valor esencial de los conceptos de Soberanía y de Estado el profesor Cea adopta un punto de vista clásico y se muestra discrepante de las ideas críticas del concepto de Soberanía que en su momento presentó a modo ejemplar el pensador Jacques Maritain (Ver p.29).

El tono del libro asume una perspectiva realista y se muestra respetuoso de las opiniones ajenas, sin embargo a veces, las ideas del autor comprometen la claridad en su exposición, por ejemplo cuando discurre sobre la distinción entre los conceptos de finalidad, cometido y función del Estado que no resulta suficientemente depurada (Ver p.49-53). A modo ilustrativo puede citarse la obra del profesor Cea en aquella parte que dice: *“De lo expuesto se desprende que las funciones y los cometidos no son actividades estatales. En realidad, aquella y estos se cumplen mediante la actividad de los órganos públicos, pero esa actividad es común a los dos conceptos mencionados. Es decir, las funciones y los cometidos se realizan a través de las actividades de los órganos respectivos. La actividad como tal no es, entonces, la función ni el cometido, como tampoco ella es el medio ni la tarea. En suma, la actividad estatal es el instrumento o función para cumplir una misión o cometido”*. (p.52). Aunque la obra dedica el capítulo III por completo a estas distinciones, parece existir un punto de controversia no resuelto que demanda un esfuerzo especial de parte del lector.

Otro punto de controversia estriba en la coincidencia que el autor dice tener con los comentarios críticos del profesor Bravo Lira al sistema democrático chileno, punto de coincidencia que se limita a lo siguiente: *“Así se entiende que en una época, en la que se hablaba de libertad con tanta complacencia como en el siglo XX de democracia, en nombre de la separación de Poderes se despojara alegremente a la Judicatura de su competencia a gravamine, para amparar a los ciudadanos frente a los abusos de los gobernantes. Con lo que su órbita de acción quedo confinada a los asuntos civiles y criminales.”* (Ver p.67). Este diagnóstico que el profesor Cea dice compartir con el profesor Bravo Lira es muy discutible y requiere de una mayor discusión en la prueba de los estudios históricos en que se basa, tanto para ser afirmado como también para ser desmentido.

Ante todo cabe consignar que la concepción democrática del autor es manifiesta, afirmación que se refuerza por el reconocimiento del profesor Cea al aporte constitucional de *El Federalista* (Ver p.59), que lo sitúa en una nueva línea de análisis del derecho público chileno, que promete ser más fértil y contemporánea. En este mismo sentido, el manuscrito revela una obra académica actualizada que incluye por ejemplo: el proceso de *globalización*, el cual propugna la existencia de un derecho constitucional supranacional e intergubernamental (Ver p.28), la *modernización del Estado* bajo el prisma de la *governabilidad democrática* (Ver p.31), una visión crítica del constitucionalismo en Latinoamérica (Ver p.84), una explicación del fenómeno de la *constitucionalización del derecho* (Ver p.93) etc.

A su vez, el profesor Cea desarrolla las ventajas y desventajas de la teoría de la separación de los poderes del Estado formulada por Montesquieu (Ver p.62-70). Concluye el autor, que siendo el poder o soberanía del Estado uno e indivisible, no cabe hablar de división de poderes, sino de *distribución de funciones* estatales, ya que el poder se ejerce por intermedio de diversos órganos que realizan distintas funciones. Al respecto, cabe precisar que dicho argumento también ha sido explicado por autores tales como Karl Loewenstein² y Carré de Malberg.³ Incluso más, realizado el balance de la

2 LOEWENSTEIN, Karl: *“TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN”*. Editorial Ariel Barcelona. (1983) Págs.54-62.

3 CARRÉ DE MALBERG, R.: *“TEORÍA GENERAL DEL ESTADO”*. Fondo de Cultura Económica, México. (1992) Pág.750.

teoría de Montesquieu, el profesor Cea propone una clasificación de las funciones estatales en la Constitución Chilena, estructurándolas de la siguiente manera: *Constituyente, Legislativa, Gubernativa, Jurisdiccional, Contralora y Electoral y de Participación Ciudadana*.

Esta clasificación nos parece el aspecto más controvertido de la obra porque la explicación de las nuevas funciones parece corresponder a la estructura temática de los diversos capítulos del texto de la Constitución chilena vigente.

A modo ilustrativo nuestras críticas se concentran en las así denominadas funciones *contralora y electoral o de participación*. Respecto de la *función contralora*, consideramos que si bien es requisito esencial en un Estado de Derecho democrático el control y fiscalización de los gobernantes, para que guíen su labor dentro de los marcos que le impone la constitución y las leyes, esto no significa que los órganos que ejerzan dicho control (Contraloría General de la República, Cámara de diputados, Tribunal Constitucional, etc.), efectúen o constituyan una *función* específica o distinta dentro del poder estatal. Esta postura se refuerza señalando que el *control*, junto con la *responsabilidad* y la *legalidad*, constituyen principios constitucionales bajo los cuales se debe estructurar toda la actuación de los distintos órganos del Estado, que en caso alguno representan el ejercicio de funciones estatales específicas y separadas de las funciones ejecutivas, legislativas o judiciales.

Asimismo, en cuanto a la *función electoral y de participación ciudadana*, estimamos como una exageración asignarle a los representados el ejercicio de una función estatal diversa a la función ejecutiva, legislativa y judicial, toda vez que los órganos que realizan las funciones más clásicas en una democracia se constituyen precisamente sobre la base del sufragio y la participación ciudadana. Además, la labor electoral o de participación, al ser identificada con las tareas de aquellos ciudadanos que tienen derecho a sufragio por estar inscritos en los registros electorales, minusvalora la importancia de otras instancias de participación al margen de los procesos electorales. Por lo demás, la tesis sobre la función específica de la función electoral o de participación no se hace cargo de explicar de manera convincente cómo los representados pasan de depositarios de la soberanía o poder del Estado a ejercer funciones específicas del Estado.

Finalmente, la forma de trabajo académico que se ha propuesto en la obra del profesor Cea,⁴ en que se recurre a la cita directa de obras originales, resulta muy útil en Chile, por la amplia gama de fuentes que caracterizan el trabajo y porque viene a ser un intento de suplir la deficiencia institucional que es propia de nuestras bibliotecas. Sin embargo, es menester señalar que a veces los extractos y fragmentos de los diversos autores son demasiados extensos, perdiéndose el hilo conductor de la obra.

Pero por sobre todas estas observaciones críticas que sólo tienen por objeto alimentar la controversia científica y resaltar los méritos de la obra, el libro TEORÍA DEL GOBIERNO reviste gran trascendencia porque vincula la explicación jurídica chilena a la ciencia política. Este esfuerzo representa el intento más serio, sistemático y actualizado, de inscribir nuestro sistema de gobierno entre las naciones civilizadas, lo que constituye un mérito excelente que tiene por lo demás un carácter mayor en nuestro país, donde el prestigio y el tratamiento científico de lo público han estado un poco ausentes.

4 La forma del manuscrito sigue el modelo de los *casebooks* o textos usados en el estudio universitario del derecho en los Estados Unidos, en donde se insertan fragmentos o *notes* de diversos autores para que el lector tenga acceso directo a las fuentes que sirven de referencia a las ideas que se desarrollan en la obra.

Derecho de aguas

Alejandro Vergara Blanco

Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1998, 2 Tomos. 548 páginas.

I. Introducción

Chile ha sido desde hace dos décadas, uno de los modelos internacionales más importantes en materia de políticas hídricas y de regulación del mercado de derechos de aguas. El gobierno militar chileno, que asumió el poder de 1973 a 1990, dictó un nuevo Código de Aguas en 1981, que fortaleció los derechos de propiedad privados, disminuyó la potestad regulatoria del Estado y promovió el papel del mercado como modo de administración del agua. Esos cambios modificaron completamente la legislación de aguas anterior, vigente desde los años cincuenta y sesenta en Chile, la cual establecía un sistema altamente centralizado. Esta nueva concepción basada en el “*laissez faire*” liberal presenta las siguientes características: la libre transferibilidad de los derechos de aguas es disociada de la propiedad de la tierra, se posibilita la especulación privada ilimitada de los derechos de aguas y se afirma la confianza en la capacidad de los privados para coordinar voluntariamente el actuar de los usuarios de las aguas en una misma cuenca. Chile volvió a una forma democrática de gobierno en 1990, pero la coalición en el poder ha sido incapaz, o quizás no ha querido, modificar el Código de Aguas, de tal modo que el Código de Aguas de 1981 permanece vigente.

El derecho de aguas chileno ha despertado un interés creciente por parte de los expertos mundiales, y en especial de los economistas. Eso se debe, en parte, al hecho que el modelo chileno ha sido fuertemente promovido por el Banco Mundial. Si bien varios otros países tales como los EE.UU. y México, han debatido y experimentado los mercados de aguas, fue en circunstancias más bien aisladas, de modo que el caso chileno es único debido a su ámbito de aplicación. Sin embargo, pese a este interés internacional, nunca se había publicado ningún texto sistemático y comprensivo de los aspectos *jurídicos* de los derechos de aguas en Chile. El profesor chileno Alejandro Vergara Blanco ha llenado este vacío con la edición de *Derecho de Aguas*.

1 El autor de la recensión es investigador y consultor en derecho comparado de las políticas y de la institucionalidad en materia de aguas, especialmente de Latinoamérica y de los EE.UU. Ph.D en Derecho y Políticas Sociales, Universidad de California-Berkeley, Escuela de Derecho (Boalt Hall); M.S. en Geografía, Universidad de Wisconsin-Madison. Actualmente investigador en *Resources for the Future* (Recursos del Futuro), 1616 P St. NW, Washington, DC, 20036. (Esta recensión fue publicada en inglés en *The University of Miami Inter-American Law Review*, Primavera 2000, Vol. 31, N°1, pp. 197-202. Traducción de Marie-Laure Martínez, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile).

II. El autor es una figura importante del derecho de aguas chileno

Aunque sea relativamente joven, sería difícil exagerar la importancia del señor Vergara en el derecho de aguas chileno. Es profesor de derecho de aguas y de derecho minero en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile en Santiago, la capital del país. Es también un abogado muy exitoso,² que ha tenido un papel esencial en la creación del Instituto de Minas y Aguas.³ El Instituto ofrece cursos especializados de postgrado para abogados chilenos, además de publicar dos revistas académicas y profesionales, la *Revista de Derecho de Aguas* y la *Revista de Derecho de Minas*. Vergara fue director de ambas revistas durante sus primeros años y su influencia en ellas perdura todavía. En 1998, organizó la primera conferencia nacional de Chile sobre el derecho de aguas, llamada *Jornadas de Derecho de Aguas*, las cuales tuvieron lugar nuevamente en 1999 y están planificadas hoy en día como un evento anual de la Universidad Católica. Vergara ha mantenido a lo largo de todas esas actividades un fuerte interés para el estudio comparado de los diferentes sistemas jurídicos.

III. Estudio del derecho de aguas chileno de manera lógica y científica

Derecho de Aguas es una compilación de lo que ha escrito Vergara desde 1990. Su método se basa en una mezcla de análisis dogmático e histórico del derecho, tanto desde el punto de vista del derecho público como del derecho administrativo. Utiliza aquella metodología altamente lógica y “científica” del derecho que caracteriza muchas veces la tradición del derecho civil, tanto en América Latina como en Europa (Vergara obtuvo el título de doctor en derecho en dos universidades: española y francesa). Este planteamiento suele sorprender al jurista anglo-americano, más acostumbrado a un tipo de pensamiento concreto y pragmático que a la racionalidad abstracta, de tal forma que la encuentra muchas veces bastante formalista. La visión de Vergara sonará más familiar a los lectores que ya están habituados a los sistemas jurídicos latinoamericanos (lo que será el caso de la mayoría, ya que el libro sólo se publicó en español).

El libro empieza con una reseña general del contenido y de los elementos claves del derecho de aguas en Chile, desde el doble punto de vista de la historia y de la actualidad. El argumento esencial de Vergara es que el núcleo dogmático del derecho de aguas puede reducirse a cuatro principios (que llama también “hipótesis de trabajo”). Esos principios son: en primer lugar, el agua es de propiedad pública; en segundo lugar, el Estado establece un procedimiento administrativo para otorgar a las personas privadas derechos de uso sobre las aguas públicas; en tercer lugar, los derechos de uso privado constituyen una categoría inusual pero válida de derechos de propiedad; y en cuarto lugar, que el Estado debe llevar a cabo ciertas tareas administrativas para cuyo efecto tiene potestades.

Siguiendo con esta aproximación, la primera parte, que es también la de mayor extensión, es histórica. Vergara sigue el rastro de los cuatro principios que hemos mencionado a través de varios capítulos sobre el derecho romano de aguas, y el derecho de aguas español desde la Edad Media hasta el siglo

2 Existe solamente un puñado de abogados expertos en aguas en Chile, pese a que esta situación haya empezado a cambiar en los años noventa cuando, a raíz del desarrollo económico, aumentaron los conflictos sobre las aguas.

3 El Instituto de Minas y Aguas está ubicado en Santiago aunque pertenezca a la Universidad de Atacama en el norte de Chile, una región desértica donde se desarrolla la mayor parte de la actividad minera del país.

diecinueve, sobre el derecho de aguas de las colonias españolas y finalmente sobre el derecho de aguas chileno desde el siglo diecinueve hasta el Código de Aguas de 1981, inclusive.

IV. Examen de dos principios fundamentales del derecho de aguas: la “unidad de la corriente” y la “libre transferibilidad” de los derechos de aprovechamiento de aguas

El resto del texto está consagrado al Código de Aguas de 1981. Los capítulos de la segunda parte enfocan dos importantes principios del derecho de aguas vigente. El primero es el principio de “la unidad de la corriente”, según el cual todas las aguas que escurren de una cuenca compartida están física y jurídicamente vinculadas. El principio es el corazón del argumento común de que los recursos hídricos deberían administrarse más en función de las cuencas hidrológicas de drenaje que de las fronteras administrativas. El segundo principio dice relación con la “libre transferibilidad” de los derechos de aguas. El hecho que los derechos de aguas en Chile sean libremente transferibles tiene dos consecuencias: son jurídicamente separados de los derechos sobre el suelo, lo que significa que pueden comprarse y venderse separadamente del suelo, y los propietarios privados son libres de transferir sus derechos de aguas fuera de todo marco regulatorio estatal. El principio de la libre transferibilidad soslaya los mercados de agua y otras políticas que sustentan y estimulan los agentes económicos en general.

Este capítulo es uno de los más útiles del libro y merece el público más amplio posible, ya que Vergara discute las ventajas y desventajas de los mercados de aguas en Chile. Es un tema fuertemente controvertido a nivel nacional e internacional y Vergara aborda los aspectos económicos e hidrológicos y también legales. Concluye argumentando en favor del Código de Aguas actual, y subraya de paso algunos de los problemas y defectos que arrastra.

V. Un examen detallado de algunos temas de técnica legislativa

La tercera parte examina distintos puntos de técnica jurídica. Si bien los detalles interesarán solamente al especialista o al estudiante de la materia, los desarrollos generales demuestran el alto grado de complejidad de los sistemas de derechos de aguas en la práctica, lo que los economistas muchas veces ignoran o pasan por alto cuando formulan proposiciones de derechos de aguas transables. Un capítulo ahonda en particular sobre la compleja clasificación legal interna de los diversos tipos de derechos de aguas reconocidos en Chile. Vergara describe el estatuto incierto y confuso de varios títulos jurídicos de los derechos de aguas y llama a un esfuerzo gubernamental en materia de regularización y catastro de los mismos. Otro capítulo trata de la multiplicidad de las unidades de medición utilizadas para los derechos de aguas. Otros capítulos discuten los detalles legales de la construcción de obras hidroeléctricas y de riego, y casos en los cuales se crearon nuevos derechos de aprovechamiento de aguas a raíz de tales proyectos o sobre derrames.

VI. El futuro del derecho de aguas chileno

La última parte del libro versa sobre los problemas y desafíos futuros del derecho chileno de aguas. Los capítulos finales fueron inicialmente presentados en conferencias o debates. Vergara desarrolla una serie de temas ya aludidos en los capítulos anteriores: la borrosa frontera entre la propiedad privada y la propiedad pública en el derecho de aguas, el papel que desempeñan los tribunales en los conflictos judiciales sobre recursos hídricos, y las reformas que se necesitan para mejorar el funcionamiento del mercado de aguas.

VII. Conclusión

Derecho de Aguas ofrece la visión panorámica de uno de los mejores expertos nacionales, totalmente al día en cuanto a los temas y problemas actuales. El libro constituye también un aporte importante al derecho de aguas comparado latinoamericano y es de todas formas el libro más importante sobre derecho de aguas chileno disponible en español.