

**REVISTA**

*de la*

**C E P A L**

**NUMERO 49**

**ABRIL 1993**

**SANTIAGO DE CHILE**

**ANIBAL PINTO**

*Director*

**EUGENIO LAHERA**

*Secretario Técnico*



**NACIONES UNIDAS**

**S U M A R I O**

<b>Mujeres en la región: los grandes cambios</b>	<b>7</b>
<i>Miriam Krawczyk</i>	
<b>La Cuenca del Pacífico y América Latina</b>	<b>21</b>
<i>Dae Won Choi</i>	
<b>Gestión estratégica, planificación y presupuesto</b>	<b>41</b>
<i>Juan M. F. Martín P. y Arturo Núñez del Prado</i>	
<b>Internacionalización de empresas industriales latinoamericanas</b>	<b>55</b>
<i>Wilson Peres Núñez</i>	
<b>Régimen jurídico del agua: la experiencia de Estados Unidos</b>	<b>75</b>
<i>Carl J. Bauer</i>	
<b>Pobreza y ajuste: el caso de Honduras</b>	<b>91</b>
<i>Jorge Navarro</i>	
<b>Pasado y perspectivas del sistema sindical</b>	<b>103</b>
<i>Fernando Calderón G.</i>	
<b>Búsqueda de competitividad en la industria maderera chilena</b>	<b>115</b>
<i>Dirk Messner</i>	
<b>Cómo mejorar el transporte urbano de los pobres</b>	<b>137</b>
<i>Ian Thomson</i>	
<b>Las privatizaciones y el bienestar social</b>	<b>155</b>
<i>Robert Devlin</i>	
<b>Orientaciones para los colaboradores de la <i>Revista de la CEPAL</i></b>	<b>182</b>
<b>Publicaciones recientes de la <i>CEPAL</i></b>	<b>183</b>

# Régimen jurídico *del agua*

## La experiencia *de Estados Unidos*

**Carl J. Bauer**

*Candidato doctoral visitante  
del Departamento de  
Jurisprudencia  
y Política Social de la  
Escuela de Leyes de la  
Universidad de California.*

La índole de los regímenes de derechos de propiedad ejerce gran influencia en el aprovechamiento de los recursos hídricos y otros recursos naturales y, por lo tanto, en el desarrollo económico. Aunque en las sociedades capitalistas los derechos de propiedad son predominantemente "privados", en la práctica su forma y contenido están configurados por una amplia gama de instituciones políticas, económicas, jurídicas y sociales, de manera que el límite entre lo "público" y lo "privado" es a menudo muy difícil de precisar. El caso del agua es especialmente problemático: por las características físicas peculiares de dicho elemento, los derechos privados son típicamente de *utilización* y no de propiedad, lo que hace indispensable una reglamentación pública para coordinar a los usuarios. Además, se estima generalmente que los regímenes de derechos de propiedad del agua se ven afectados en gran medida por las condiciones geográficas, principalmente si el clima es húmedo o seco. En este artículo se presenta un estudio monográfico estadounidense sobre los derechos de propiedad y la intervención del Estado en el aprovechamiento de los recursos hídricos, que muestra varias características análogas a la situación que se vive en la América Latina contemporánea: contrastes geográficos, transformaciones económicas producidas por el paso de un desarrollo agrícola a uno de tipo urbano-industrial y controversias políticas respecto de la función pública y los límites de la propiedad privada. El caso se refiere al estado de Washington desde finales del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial, muestra dos doctrinas contradictorias en materia de derechos de agua y un equilibrio radicalmente cambiante entre riego e hidroelectricidad, y puede ofrecer varias enseñanzas generales a la región latinoamericana. De este caso podemos derivar varias enseñanzas generales: i) las condiciones geográficas son mucho menos importantes para la doctrina y las instituciones jurídicas que la redefinición y la seguridad de los derechos privados necesarios para alentar las inversiones de capital; ii) la importancia del aprovechamiento de los recursos hídricos para el crecimiento económico regional depende de la intervención pública para superar las limitaciones del sector privado; iii) la propiedad privada puede revestir varias formas diferentes e incompatibles, algo que sus partidarios y oponentes a menudo desconocen; iv) un régimen de propiedad privada orientado al desarrollo económico dinámico sólo puede establecerse y mantenerse mediante el apoyo activo de la intervención y administración del Estado, y v) un régimen de esa índole puede vencer con tanta eficacia los obstáculos geográficos y sociales que la naturaleza interpone a la propiedad privada, que las reformas jurídicas e institucionales necesarias para asegurar un "desarrollo ambientalmente sostenible" tendrán que ser quizá más radicales de lo que suele suponerse.

# I

## Introducción

En América Latina y en otros lugares la índole de los regímenes de derechos de propiedad ejerce gran influencia en las modalidades de aprovechamiento de los recursos hídricos y otros recursos naturales y, por lo tanto, en el desarrollo económico de la región en general.<sup>1</sup> En las sociedades capitalistas, naturalmente, los derechos de propiedad son predominantemente "privados", pero su forma y contenido reales están configurados por una amplia gama de instituciones políticas, económicas, jurídicas y sociales. La manera de definir los límites y las relaciones entre lo "público" y lo "privado" se convierte, de este modo, en un asunto crucial y controvertido.

En el caso del agua el tema es particularmente complicado. Ello obedece, en parte, a la índole física del agua: sus propiedades cinéticas, fluidez, multiplicidad de usos e importancia vital le confieren un carácter intrínsecamente público. Diferentes condiciones geográficas afectan también la propiedad del agua. Se estima generalmente que la aridez o la humedad del clima ejercen una poderosa influencia en los regímenes de derechos de agua: su escasez o abundancia influyen respecto de qué usos de la tierra u otras actividades económicas son más factibles y esto, a su vez, influye en las normas jurídicas sobre la utilización y control de los recursos hídricos. Esta creencia puede convertirse

en una suerte de "determinismo ambiental", según el cual las sociedades de climas áridos tienden a elaborar códigos de aguas similares, que difieren notoriamente de los elaborados por las sociedades de climas húmedos.

El presente trabajo se basa en la premisa de que las actividades normativas latinoamericanas pueden sacar importantes conclusiones acerca de los derechos de propiedad y la función pública en materia de aprovechamiento de los recursos hídricos, a partir de un estudio de lo ocurrido en el estado de Washington, desde finales del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial. No obstante las diferencias manifiestas, este caso presenta varios rasgos que son muy similares a las condiciones de la América Latina contemporánea: la variabilidad y los contrastes geográficos; la transformación económica que significó pasar de actividades primordialmente agrícolas y de explotación de recursos a un desarrollo más urbano e industrial y las controversias políticas sobre qué papel cabe al Estado en este proceso y sobre la índole y los límites de los derechos de propiedad privados. Aunque el estudio se circunscribe a los recursos hídricos, sugiere enseñanzas de carácter más general acerca de la relación entre la propiedad privada y la función pública y acerca de las perspectivas de sustentabilidad ambiental en una situación de desarrollo capitalista.

# II

## El aprovechamiento de los recursos hídricos y las cuestiones normativas en América Latina

La región latinoamericana se caracteriza por presentar condiciones ambientales y climáticas muy variadas. Ello sucede no sólo entre los distintos países (por ejemplo, en general, México es más árido que Brasil) sino también al interior de los mismos, ya que

<sup>1</sup> Por "régimen" quiero significar tanto el concepto jurídico de los derechos de propiedad propiamente tales como el complejo de instituciones públicas asociadas a través de las cuales se expresan concretamente esos derechos.

casi todos poseen regiones áridas y húmedas (compárense, por ejemplo, México septentrional y meridional, las regiones occidental y oriental de Argentina, etc). Esa variedad, cuando se combina con la distribución geográfica de las distintas actividades económicas, se traduce en una amplia gama de condiciones de oferta y demanda de recursos hídricos y, por lo tanto, de problemas en materia de leyes, políticas y gestión de estos recursos.

A pesar de tal variedad, existen diversos factores económicos, sociales y políticos que son comunes al tema de los recursos hídricos en la mayor parte de América Latina. Estos factores, según fueron señalados en un análisis de las Naciones Unidas en 1980, son los siguientes: crecimiento de la población y de la producción económica; urbanización creciente (es decir, concentración geográfica del desarrollo); recursos hídricos abundantes situados habitualmente a gran distancia de los centros poblados; adopción rápida de la tecnología moderna, y centralización del poder político y económico y de las facultades decisorias. Estas características se combinan para generar dos tipos de problemas en relación con los recursos hídricos:

i) problemas de cantidad, regulación de flujo y controversias respecto de la utilización del agua y de la tierra, y ii) problemas urbanos de mala calidad del agua, asociados especialmente con la pobreza (Naciones Unidas/CEPAL/PNUMA, 1980). Estos análisis y otros posteriores han demostrado que se precisa un funcionamiento institucional más integrado, una distribución más equitativa de los costos y beneficios derivados del aprovechamiento de los recursos hídricos y una planificación a largo plazo más eficaz y participativa (véase también CEPAL, 1989). La realización de estos objetivos dependerá en gran medida de la índole de los regímenes de derechos de propiedad y la función que compete al Estado.<sup>2</sup>

### III

## Contradicciones entre propiedad privada y desarrollo económico

La propiedad privada como idea y como institución ha desatado grandes debates y pugnas. Sin embargo, a menudo ni sus partidarios ni sus oponentes han podido establecer la diferencia entre los distintos tipos de propiedad privada y sus justificaciones, con lo que confunden argumentos que no siempre son compatibles y pueden incluso ser contrapuestos.<sup>3</sup>

El argumento político clásico sostiene, por ejemplo, que la propiedad privada es la mejor garantía de la libertad individual, pues delimita una esfera de actividad privada dentro de la cual se prohíbe la intervención del Estado. El argumento puede también encerrar aspectos morales o filosóficos, puesto que esa libertad comprende el derecho del individuo a la autodeterminación, el libre albedrío, etc. (Ramos, 1991). Los argumentos económicos clásicos revisten dos aspectos que no van necesariamente unidos: el primero afirma que la propiedad privada estimula la producción y la productividad mediante la concesión de in-

centivos a sus titulares para trabajar e invertir su patrimonio, puesto que les garantiza el fruto de sus actividades. El otro sostiene que ella es vital para el funcionamiento de los mercados, ya que el intercambio de bienes y servicios es imposible a menos que las personas ejerzan sobre ellos derechos de posesión exclusivos e inalienables.<sup>4</sup> Obsérvese que ambos argumentos, aunque se asocian corrientemente, son independientes desde el punto de vista lógico, puesto que el otorgamiento de incentivos a la producción no implica necesariamente la existencia de una economía de mercado.

Estos argumentos políticos y económicos hacen crisis cuando un régimen de propiedad privada se suma a un proceso acelerado de crecimiento económico e industrialización. Con arreglo a esas condiciones dinámicas del desarrollo capitalista, la necesidad de garantizar los derechos privados choca con la exigencia de un cambio económico y tecnológico, lo que

<sup>2</sup> Aquí me interesan más los problemas de cantidad que los de calidad del agua; sin embargo, muchas de mis conclusiones pueden aplicarse también directamente a estos últimos, porque tratan de la relación entre la autoridad del Estado y las distintas clases de derechos de propiedad privados.

<sup>3</sup> En MacPherson, ed. (1978) y Reeve (1986) figuran estudios útiles acerca de la teoría de la propiedad.

<sup>4</sup> La escuela estadounidense de "derecho y economía" sostiene, por consiguiente, que la legislación sobre la propiedad tiene como función principal la eliminación de los obstáculos a la negociación privada, con lo que se incrementa la eficiencia económica a través de los mecanismos del mercado. Ello exige que los derechos de propiedad sean exclusivos, transferibles y universales, es decir, que se trate la mayor cantidad posible de cosas como si fueran simples bienes comerciables. Véanse Ackerman, ed. (1975); Cooter y Ulen (1988), y Posner (1977).

supone nuevas reivindicaciones respecto de los recursos. Así ha ocurrido en muchas partes de América Latina durante el siglo XX, especialmente a partir de la segunda guerra mundial, y queda también claramente ilustrado con lo sucedido en los Estados Unidos en el siglo pasado. En ese entonces, la legislación de este país experimentó una transformación radical al pasar de un sistema de derecho consuetudinario, heredado de Inglaterra y basado en nociones fundamentales como la “imparcialidad” y la “equidad”, a una concepción utilitaria, según la cual las leyes se emplearon como instrumentos normativos para estimular la expansión económica. Se reformaron aspectos del derecho tan diversos como la propiedad, los contratos, los daños y las sociedades anónimas para liberar la iniciativa privada de sus obligaciones sociales tradicionales, a fin de promover lo que el historiador y jurista Willard Hurst llamó la “liberación de la energía creadora”. Especialmente, la legislación sobre la propiedad perdió su carácter estático tradicional, fundado en la protección de la “quieta y pacífica posesión” de la tierra para adquirir un carácter más dinámico y abstracto a la vez: se tuvieron en cuenta cada vez menos los derechos adquiridos para favorecer a nuevas empresas comerciales, lo que contribuyó a impulsar la expansión económica.<sup>5</sup> Los derechos de agua, como veremos más adelante, desempeñaron un papel protagónico en esta transformación.

## IV

### El agua como problema para los regímenes de propiedad privada

El agua es una sustancia que, por sus características peculiares, desdibuja la distinción entre lo público y

<sup>5</sup> Las referencias principales a esta transformación jurídica se hallan en Horwitz (1977) y Hurst (1956). Hay otras dos observaciones de Hurst de particular interés: sostuvo que la propiedad privada, habiendo sido primeramente una idea política en el siglo XVIII, se transformó primordialmente en una idea económica en el siglo XIX; y explicó la evolución jurídica general al señalar el mercado como representación e idea predominantes en la sociedad estadounidense del siglo XIX. Por índole “abstracta” de la propiedad me refiero a la tendencia cada vez más universal, hacia finales del siglo XIX y más adelante, a reconocer las pretensiones sobre los recursos naturales basadas en la propiedad de acciones y bonos, instrumentos de deuda y crédito, etc., más que en la utilización concreta u otra actividad directa. Véanse los ensayos recopilados en MacPherson, ed. (1978).

Estas modificaciones a la ley sobre la propiedad emanaron de la reiterada intervención del sector público. La escasez crónica de capital en los Estados Unidos durante el siglo XIX indujo a los poderes legislativos estatales y nacionales a conceder privilegios legales especiales a todo ente privado interesado en estimular el desarrollo económico, ya sea mediante la construcción de obras de infraestructura —camino, canales, puentes, etc.— o la explotación de recursos naturales de dominio público. Entre estas “subvenciones legales” a entidades privadas sobresalió la concesión de las facultades de *dominio supremo* del sector público, que permitieron expropiar la propiedad privada cuando fuera necesaria para “uso público” o “finés de utilidad pública”.<sup>6</sup> Los tribunales, no obstante la protección habitual de los derechos adquiridos, respaldaron esta política legislativa porque compartían la convicción de que el crecimiento económico perseguía una finalidad de “utilidad pública”, independientemente de las consecuencias distributivas (Scheiber, 1973; Scheiber y McCurdy, 1975). Sin embargo, hacia finales del siglo, este tipo de políticas legislativas había engendrado tal concentración de poder económico y político —y por consiguiente, tensiones y desigualdades sociales— que los movimientos reformistas pudieron modificar el régimen jurídico con miras a lograr una mayor reglamentación pública (Hurst, 1956).

lo privado y plantea graves problemas para la propiedad privada, tal como se entiende habitualmente. “El agua es vida”; es vital para la supervivencia biológica y para una amplia gama de actividades económicas y sociales. Su fluidez y sus propiedades cinéticas vinculan a diferentes ecosistemas, a la vez que resulta difícil captarla y conservarla. La interrelación física

<sup>6</sup> Esto no debe confundirse con la doctrina de *dominio eminente* existente en algunos países latinoamericanos, que se refiere a la posesión inalienable pública o del Estado de determinados recursos claves, especialmente los minerales. En los Estados Unidos, la expresión se refiere a la facultad del Estado de apropiarse de los bienes privados para fines de utilidad pública mediante el pago de una indemnización.

es inevitable: la manera como alguien utiliza el agua en una parte de un sistema hidrológico afecta directa o indirectamente la utilización que de ella hacen otras personas en otros lugares.

Debido a estas características físicas y sociales, los derechos de agua privados se han definido casi siempre como derechos de utilización y no de dominio, ya que este último es público. Distintas personas pueden tener derechos de utilización respecto de la misma "porción" de agua en momentos o lugares diferentes en un sistema hidrológico. Los derechos de agua son, por lo tanto, fundamentalmente condicionales y no exclusivos y responden a un conjunto de relaciones que expresan pretensiones superpuestas respecto de los usos y beneficios de un recurso compartido. Tales derechos difícilmente pueden considerarse como productos o someterse a los mecanismos del mercado, puesto que su intercambio afecta generalmente a otros titulares de derechos que no intervienen en la negociación inmediata.<sup>7</sup> Por consiguiente, los

derechos de utilización en general pueden considerarse una forma de propiedad intrínsecamente no capitalista (MacPherson, ed., 1978): intrínseca pero no invariablemente, como sostengo más adelante.<sup>8</sup>

Aparte del hecho jurídico de su propiedad pública, también es evidente la necesidad práctica de coordinar y fiscalizar la utilización del agua. Por lo tanto, es a la vez indispensable y legítimo contar con cierta forma de reglamentación pública. Sin embargo, la noción de "público" puede tener distintos significados y escalas, que van desde la organización comunitaria local hasta el Estado centralizado. Las instituciones en cuestión pueden ser de carácter predominantemente político, administrativo, judicial e inclusive religioso o cultural. Estas distintas posibilidades tienen efectos notoriamente diferentes sobre la manera de adoptar decisiones o resolver controversias, el tipo de argumentos que se esgrimen y el modo como los diferentes grupos sociales pueden influir en el proceso.

## V

### Las doctrinas sobre derechos de agua en los Estados Unidos durante el siglo XIX

La historia de los derechos de agua en los Estados Unidos ilustra, como vimos, la vasta transformación que experimentó la propiedad durante el siglo XIX, así como la influencia de las distintas condiciones climáticas sobre esos derechos. La síntesis que sigue establecerá el contexto del estudio que nos ocupa.

Los Estados Unidos, tras conquistar su independencia nacional, adoptaron inicialmente, por razones de utilidad pública y la existencia de un patrimonio

cultural común, casi todo el cuerpo de leyes consuetudinarias de Inglaterra, incluida la legislación sobre los derechos de agua.<sup>9</sup> La tradición jurídica inglesa había elaborado la doctrina de los "derechos de agua ribereños", según la cual todo propietario de tierras ribereñas —es decir, las tierras que bordeaban o contenían una masa de agua, como por ejemplo, una corriente, un río o un lago— tenía el derecho de utili-

<sup>7</sup> Estos efectos sobre terceros llevaron a una prominente figura del "derecho y economía" de la Universidad de Chicago a sostener que el agua constituye una excepción al principio de acuerdo con el cual la propiedad debe estructurarse según el mercado y en función de éste (Posner, 1977). Véase asimismo MacPherson, ed. (1978) y Reeve (1986).

<sup>8</sup> Los problemas que plantean los derechos de utilización del agua, lejos de limitarse a ésta, apuntan a una debilidad más profunda de la teoría neoclásica que conforma la base de la escuela estadounidense de "derecho y economía" (o la llamada escuela de los "derechos de propiedad"); la definición de "valor". Los economistas neoclásicos suponen que "valor" significa "valor de mercado o de intercambio" y sostienen que la variación de ese valor es la que obliga a modificar los regímenes de derechos de propie-

dad. En obras recientes, que siguen la tradición de la "economía institucional", por el contrario, se esgrime el argumento inverso, es decir, que las variaciones de las relaciones de propiedad, expresadas a través de procesos jurídicos, políticos y económicos, determinan la manera de definir el valor. Sin embargo, ambas escuelas de pensamiento concuerdan en que el tipo de funcionamiento de las instituciones de mercado depende de los mecanismos relativos al régimen de propiedad establecidos de *antemano*. Véase Bardhan (1989), Bromley (1982), MacPherson, ed. (1978) y Reeve (1986).

<sup>9</sup> Naturalmente esto no incluía leyes constitucionales, que no existían en Inglaterra; en esta esfera, los estadounidenses elaboraron un novedoso sistema federal; relaciones definidas entre los poderes legislativo, judicial y ejecutivo y ulteriormente entre las divisiones administrativas del gobierno, así como una carta de derechos.

zarla. Este derecho ribereño era un derecho de propiedad privado derivado de la propiedad de la tierra y complementario de ésta. Pero como *todos* los propietarios de tierras ribereñas, independientemente del tamaño del predio o de la fecha del título de propiedad, tenían igual derecho a utilizar el agua que cruzaba sus tierras, los tribunales elaboraron normas que les prohibían consumirla sin restituirla y ordenaban su repartición equitativa entre todos los titulares de derechos. Puesto que tanto la Gran Bretaña como la región oriental de América del Norte eran regiones húmedas, la agricultura y la ganadería podían depender del régimen de precipitaciones, y hasta el siglo XIX los recursos hídricos se utilizaban principalmente para la navegación y la pesca; ambas actividades exigían un flujo continuo e ininterrumpido, lo que quedaba garantizado por la llamada doctrina del "flujo natural". De este modo, la doctrina de los derechos ribereños expresaba valores de igualdad y cooperación sociales —al menos entre los propietarios— y "una actitud de no interferencia con la naturaleza que estaba sesgada, por consiguiente, contra el desarrollo económico". (Worster, 1985, p. 88.)

Este sesgo desfavorable al desarrollo dio a los derechos de agua un papel protagónico en la transformación del derecho de propiedad estadounidense. A partir del siglo XVIII la revolución industrial generó una demanda creciente de energía hidráulica necesaria para el funcionamiento de los molinos de cereales, los aserraderos y las fábricas textiles en expansión, como también para las fundiciones de hierro. El desarrollo de la energía hidráulica requería la construcción de presas que contuvieran las corrientes naturales y crearan embalses, para luego dejar que el agua fluyera a intervalos irregulares. Puesto que ello constituía una violación manifiesta de los derechos ribereños de terceros, tanto aguas arriba como aguas abajo, durante muchos años, en los juicios los tribunales fallaron invariablemente contra los propietarios de las industrias mencionadas; sin embargo, a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, los tribunales aprobaron nuevas leyes estatales que concedieron prioridad a quienes aprovechaban la energía hidráulica sobre los propietarios ribereños. Este cambio de políticas y principios se justificó por el interés utilitario en fomentar la industrialización y el crecimiento económico (Horwitz, 1977; Scheiber, 1973).

Aparte de esta modificación, la doctrina de los derechos ribereños conservó sus características fundamentales de prohibir el consumo fuera del caudal y garantizar una repartición equitativa del agua dispo-

nible. Sin embargo, en el oeste árido estas normas se convirtieron en obstáculos importantes al desarrollo después de 1850, a medida que la marcha hacia occidente de los colonos euroamericanos llegaba a las grandes planicies y las Montañas Rocosas y la fiebre del oro espoleaba la migración hacia California. En todos esos lugares el riego era necesario para la agricultura, pero resultaba imposible si se prohibía el uso consuntivo del agua y, en todo caso, las precipitaciones eran tan escasas e impredecibles que una repartición equitativa tornaba los derechos de agua muy inciertos. Ello constituía un grave desincentivo para los cultivos anuales, para no mencionar las inversiones en canales y otras obras de regadío. En consecuencia, en los decenios de 1870 y 1880 se elaboró en el oeste una nueva doctrina conocida como "adjudicación por antigüedad" (*prior appropriation*) según la cual los derechos de agua hacían referencia a volúmenes específicos, que podían consumirse fuera del cauce natural, y se clasificaban en orden de prioridad conforme al principio de que el adjudicatario más antiguo adquiere un derecho prioritario.<sup>10</sup> De esta manera al menos los primeros adjudicatarios (los más antiguos) tenían un derecho asegurado, salvo durante los peores años de sequía, y los adjudicatarios siguientes establecían el orden de prioridad correspondiente en cada temporada hasta que el agua se agotaba. Estos derechos de propiedad eran privados y, a diferencia de los derechos ribereños, podían comprarse y venderse independientemente de la propiedad de la tierra.

La explicación más corriente de la difusión de la doctrina de la adjudicación por todo el oeste del país recurre al clásico argumento ambientalista: las necesidades agrícolas en los climas áridos exigían modificar los derechos de propiedad, lo que demuestra el ingenio pragmático de los pioneros estadounidenses (Webb, 1931). Los cambios conexos en la estructura administrativa estadual, si es que se mencionan, se consideran generalmente secundarios (Dunbar, 1983). En la sección siguiente sostendré que esta interpretación es errónea en ambos aspectos: exagera la importancia del clima, subestima la función modificadora del sector público y desconoce la manera en que el nuevo régimen superó algunos de los obstáculos que presentaba el agua a las formas capitalistas de propiedad.

<sup>10</sup> Este principio se originó en las reclamaciones de pertenencias mineras en California, en las que los particulares competían para obtener partes del dominio público (Pisani, 1984). Entendemos aquí la adjudicación en el sentido de toma de posesión o apropiación.



## VI

## Estudio monográfico estadounidense: el estado de Washington de 1890 a 1940

El estado de Washington, desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, ilustra de manera especialmente útil los temas jurídicos, geográficos, políticos y económicos analizados anteriormente. Situado en la costa noroccidental de los Estados Unidos, posee regiones húmedas y áridas divididas por una cordillera (Cascade Mountains): las zonas húmedas yacen entre dicha cordillera y el Océano Pacífico, mientras que las áridas se extienden entre aquélla y la parte septentrional de las Montañas Rocosas de Idaho. Las controversias surgieron a causa de las condiciones climáticas contrastantes y el desacuerdo respecto de la legitimidad de las distintas formas de propiedad privada, ya que durante varios decenios el estado de Washington defendió simultáneamente tanto la doctrina de los derechos de agua ribereños como la que sostenía el derecho de adjudicación, y se desistió de la primera mucho más tarde que otros estados del oeste. Estos conflictos derivaron en un régimen de propiedad concebido para maximizar las inversiones de capital, cuyo funcionamiento dependía de una administración estadual amplia. Durante el mismo lapso apareció y se expandió rápidamente la nueva tecnología de la hidroelectricidad, aunque en la política estadual y su intervención en el aprovechamiento de los recursos hídricos siguió predominando la preocupación por el riego. La transformación eventual de esta función estadual respondió al modelo de desarrollo económico y a la vez tuvo una repercusión importante sobre éste.<sup>11</sup>

### 1. Doctrinas contrapuestas sobre los derechos de agua y tendencia hacia la racionalización administrativa

El criterio contradictorio del estado de Washington sobre los derechos de agua se estableció en 1889, año en que adquirió la calidad de tal, e implicó en parte

un conflicto institucional entre los poderes legislativo y judicial. El poder legislativo respondió a las solicitudes de los regantes y al ejemplo de otros estados del oeste al declarar que los derechos de utilización del agua podían adquirirse mediante adjudicación y que entre las adjudicaciones, la más antigua tenía un derecho prioritario.<sup>12</sup> Sin embargo, cuando el estado de Washington aprobó su Constitución se ciñó a la práctica habitual de adoptar el cuerpo de leyes consuetudinarias inglesas y estadounidenses vigentes, que abarcaba la doctrina de los derechos de agua ribereños. De manera que la Corte Suprema del estado, en su calidad de custodia de la Constitución, se negó a reconocer los derechos de adjudicación, salvo respecto de las aguas en tierras federales de uso público, donde la legislación nacional reconocía esos derechos.<sup>13</sup> Esta distinción, aunque jurídicamente coherente, se convirtió en una pesadilla en la región oriental y árida del estado, donde la mayor parte de las cuencas hidrográficas comprendía a la vez tierras públicas y privadas. En reiterados juicios se pidió a la Corte que abandonara la doctrina de los derechos ribereños por "no ser aplicable en las partes áridas del estado", pero en un juicio que sentó jurisprudencia en 1897 la Corte rechazó este argumento ambientalista:

"Indudablemente no puede aceptarse que una diferencia en las condiciones climáticas o la situación geográfica baste para privar a una persona de un derecho de propiedad que le ha sido conferido en virtud de una norma bien establecida del derecho consuetudinario".<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Leyes de 1899-1890; leyes de 1891, capítulo 142.

<sup>13</sup> Véanse, por ejemplo, *Tenem Ditch Company v. Thorpe* (1889) 20 Pac 588; *Rigney v. Tacoma Light and Water Company* (1894), 38 Pac 147. Se trataba de las leyes federales sobre minas de 1866 y 1870 (*Mining Acts*) y sobre tierras desérticas de 1877 (*Desert Land Act*). En esta cita y otras siguientes, los textos señalados con la abreviatura "Pac" corresponden a fallos de la Corte Suprema del estado de Washington recopilados en la revista oficial de jurisprudencia estadual de la zona occidental de Estados Unidos. *The Pacific Reporter*, National Reporter System-State Series St Paul, West Publishing Co. El número que precede a la abreviatura indica el volumen y el que la sigue indica la página.

<sup>14</sup> *Benton v. Johncox* (1897), 49 Pac 495, 496 y 497.

<sup>11</sup> Centro la atención en la legislación del estado de Washington y no en las leyes federales por dos razones: i) según la Constitución de los Estados Unidos, la jurisdicción sobre las aguas no navegables compete a los estados; y ii) la legislación estadual proporciona un panorama más exacto de la dinámica local y regional.

Sin embargo, el tribunal se mostró deseoso de estimular el riego al formular los principios de utilización "razonable" y "provechosa" a comienzos del siglo XX. En virtud de la "utilización razonable" el tribunal modificó el requisito del "flujo natural" de la doctrina de los derechos ribereños para que los titulares de estos derechos pudieran desviar y consumir cierta cantidad de agua destinada al riego; con arreglo a la "utilización provechosa" fue aún más lejos al permitir que quienes no eran ribereños reclamaran los derechos de agua no utilizados por éstos y dio la siguiente explicación:

"No interesa al estado de Washington, que el agua de una corriente no navegable permanezca inactiva o se desperdicie porque uno de sus ciudadanos, con derecho preferencial a utilizarla, no la aprovecha por negligencia injustificada, mientras otros están dispuestos, si se les permite, a utilizarla para regar sus tierras áridas".<sup>15</sup>

Naturalmente, los ribereños se opusieron enérgicamente, pero el tribunal aseveró reiteradamente "la necesidad de la utilización provechosa por parte del propietario ribereño", en contradicción con su argumentación geográfica citada anteriormente (véase la nota 14), al decir que este criterio satisfacía "las necesidades generales y el bienestar del estado de Washington, especialmente en las regiones áridas y semiáridas", y "no privaba a nadie de derecho alguno que pudiera reivindicar de manera justificada".<sup>16</sup>

No obstante estas decisiones judiciales, después de 1900 hubo varios intentos de carácter político por aclarar la situación mediante la adopción de un código de aguas estadual, basado en la doctrina de la adjudicación. La fuerza principal que respaldaba la propuesta era el interés de los regantes de la zona oriental de Washington, y el Servicio de recuperación de tierras de los Estados Unidos (véase más adelante), quienes sostenían que la incertidumbre respecto de los derechos de agua y las reclamaciones ilimitadas de los ribereños acerca de la utilización futura del agua impedían las nuevas inversiones y el desarrollo, que dependían especialmente de capitales del Este. El presidente de la Comisión encargada del código de aguas, designada por el Gobernador, por ejemplo, criticó la inactividad de los ribereños y dijo que "otras

personas debían tener la prerrogativa de adjudicarse y utilizar toda el agua que corría hacia el mar y que no beneficiaba a nadie". Un abogado de la Comisión se manifestó de acuerdo:

"En esta región occidental del país hemos sostenido que *el derecho de una persona debe basarse en la utilización adecuada del agua*. No debe permitírsele que la deje correr sólo porque es agradable contemplarla o dejar que los patos naden en ella, sino que debe darle alguna utilización provechosa". Agregó que "las necesidades de la región oriental de Washington se basaban en una teoría, a saber, el riego, [mientras que] las necesidades de... la zona occidental se fundamentaban en la utilización del agua para generar energía, transportar bosques talados, etc. De modo que existen dos intereses contrapuestos en cuestiones hídricas en este estado".<sup>17</sup>

Pero la geografía política no era tan sencilla. Las tentativas de reforma se vieron frustradas reiteradamente en la legislatura de Washington, desde 1905 hasta 1917, por adversarios que sostenían que ese código expropiaba inconstitucionalmente derechos de propiedad adquiridos por los ribereños, sin compensación alguna. Esta objeción estaba tan bien fundamentada que causó problemas inclusive a los abogados que defendían el código. Además de los propietarios ribereños de la zona occidental de Washington, muchos de los opositores más activos del código eran efectivamente regantes de la región oriental del estado: habían efectuado fuertes inversiones en tierras ribereñas y corrían el riesgo de perder gran parte del valor de sus bienes si dejaban de protegerse los derechos de agua ribereños. La mayoría de sus portavoces más prominentes eran abogados y empresarios de la ciudad oriental de Spokane. Uno de ellos protestó ante el Gobernador diciendo que no existía "un solo agricultor en el estado de Washington que no se considerara afectado por este procedimiento".<sup>18</sup>

La posición de los interesados en la generación de energía hidroeléctrica también era más ambivalente de lo que parecía a primera vista. Puesto que no utilizaban el agua para consumo, en un principio favorecieron la doctrina de los derechos ribereños y colaboraron para frustrar algunas versiones prelimi-

<sup>15</sup> *State ex rel Liberty Lake Irrigation Company v. Superior Court of Spokane County* (1907), 91 Pac 968 y 970.

<sup>16</sup> *Brown v. Chase* (1923), 217 Pac 23, 25 y 26; *Proctor v. Sim* (1925), 236 Pac 114 y 118. Se ha definido "utilización provechosa" como "de manera exclusiva para obtener un beneficio económico, a diferencia de uno de tipo estético" (Morris, 1956, p. 258.)

<sup>17</sup> Carta del 2 de octubre de 1913 al Gobernador Lister y discurso de I.P. Englehart ante el Instituto de riego de Washington (Washington Irrigation Institute) en 1914; ambos figuran en los *Papers* del Gobernador Lister, que se hallan en los Archivos oficiales del Estado de Washington, en Olympia, Washington. (El subrayado es del autor.)

<sup>18</sup> Wilbur Yearsley, carta del 4 de marzo de 1913, en los *Papers* del Gobernador Lister.

nares del código (Dunbar, 1983). La mayor parte del aprovechamiento energético se había realizado en la región húmeda occidental de Washington, donde la doctrina de los derechos ribereños no había suscitado serias objeciones; quienes propiciaban la utilización del agua para producir energía, aunque limitados por los derechos de los ribereños río arriba y río abajo, podían adquirirlos en caso necesario y los tribunales respaldaron invariablemente su ejercicio. Una decisión de 1913 resulta ilustrativa:

“Cuando lo que se desea es energía, la norma [que garantiza el flujo natural] debe ceder ante la necesidad de acopiar agua en los embalses. Todo propietario tiene derecho a una utilización razonable y se permite cualquier interrupción del curso que resulte inevitable en virtud de una utilización razonable y adecuada”.<sup>19</sup>

Pero los productores de energía en la parte oriental del estado tampoco habían tenido dificultades con arreglo a la doctrina de adjudicación. A partir de 1889 los tribunales habían reconocido sus reivindicaciones sobre las aguas de las tierras públicas y les habían otorgado prioridad respecto de los adjudicatarios regantes con menor antigüedad.<sup>20</sup> Los derechos de adjudicación tenían la ventaja adicional de ser gratuitos mientras se dispusiera de agua, en tanto que los derechos ribereños sólo podían obtenerse mediante la propiedad de la tierra o adquiriéndolos de los propietarios respectivos. En consecuencia, varios portavoces ribereños creían que los intereses energéticos favorecían en secreto la doctrina de la adjudicación, puesto que “les daría todos los derechos de agua en las corrientes no navegables por los que hasta el momento tenían que pagar”.<sup>21</sup>

La disputa constitucional sobre los derechos de propiedad se zanjó finalmente en 1917, cuando el

poder legislativo aprobó una componenda engañosa y confió su solución futura a un nuevo organismo administrativo estadual. El Código de aguas del estado de Washington de 1917 adoptó la doctrina de la adjudicación como ley estadual, mientras de manera incongruente declaraba que ello “no disminuía, ampliaba o modificaba los derechos existentes de los propietarios ribereños”. Sin embargo, esos derechos fueron objeto de confiscación (expropiación) por otros usuarios del agua y se legalizó el requisito de la “utilización provechosa”. El cambio más importante fue la creación de la Oficina de ingeniería hidráulica del estado de Washington, dotada de una autoridad sin precedente. Estaba investida de diversas facultades y obligaciones administrativas: examinar las solicitudes de adjudicación de derechos de agua y conceder permisos, sin costo, a los seleccionados (es decir, si quedaba agua disponible); mantener un registro central de derechos y utilizaciones del agua; supervisar el desvío de las corrientes de conformidad con los derechos establecidos; recopilar datos hidrológicos para colaborar en la planificación de los recursos hídricos; inspeccionar la seguridad técnica de los diques, canales e infraestructura conexas, y —lo más polémico de todo— asumir las funciones de los tribunales para determinar los derechos de agua en caso de controversias.

Pronto esta autoridad adjudicadora fue impugnada en los tribunales por inconstitucional. Los regantes cuyos derechos habían sido denegados en uno de esos litigios sostuvieron que el código otorgaba inconstitucionalmente al ingeniero estadual facultades ejecutivas y judiciales y que su decisión era una toma no indemnizada de la propiedad privada. En 1921 la Corte Suprema del Estado disintió enérgicamente:

“El Código persigue abarcar toda la esfera del riego y corregir los abusos propios de los métodos primitivos de riego. Parece ser lo suficientemente amplio para incluir casi todos los derechos concebibles en relación con el riego...[y] autoriza al ingeniero hidráulico a controlar todas las aguas del estado con fines de riego”.

Dos años después la Corte confirmó que:

“El Código de aguas salvaguarda todos los derechos existentes en materia de tierra y agua... Sin embargo, ello no va contra el derecho del estado, en el ejercicio de sus tareas de supervisión, de administrar la utilización del agua para el bienestar público”.

El tribunal mostró la misma deferencia en 1930 cuando el poder legislativo modificó el Código para mencionar específicamente (por primera vez) la hi-

<sup>19</sup> *Sumner Lumber and Shingle Company v. Pacific Power and Light Company* (1913), 131 Pac 220 y 224. Véase también un caso anterior en que se concedió una indemnización sustancial por perjuicios causados a un aserradero cuando una municipalidad situada río arriba redujo el caudal: “Cualquier beneficio, ya sea en forma de energía u otro tipo, que provenga del curso de agua en el cauce de una corriente natural, es cuestión de propiedad y pertenece al propietario ribereño y tal como la tierra que posee tiene la plena protección de la ley”. *City of New Whatcom v. Fairhaven Land Company* (1901, 64 Pac 735 y 740).

<sup>20</sup> Por ejemplo, *Ellis v. Pomeroy Improvement Company* (1889), 21 Pac 27; *Sander v. Bull* (1913), 135 Pac 489.

<sup>21</sup> Véanse las cartas de 27 de enero y 14 de febrero de 1913 y 8 de enero de 1915 en los *Papers* del Gobernador Lister. (El subrayado figura en el original.) En ellas se describe el caso de un proyecto de riego programado en la región oriental de la cordillera Cascades, que había sido bloqueado debido a que quienes especulaban con la producción de energía se habían adjudicado el agua necesaria.

droelectricidad y facultó al ingeniero estadual para que dirimiera las controversias entre los productores de energía y otros usos del agua.<sup>22</sup> De modo que un sistema de derechos de agua concebido originalmente para el riego (uso consuntivo), se reveló igualmente apropiado para la generación de energía hidroeléctrica (uso no consuntivo), no obstante sus necesidades aparentemente contradictorias.

En conclusión, las diferencias climáticas resultaron ser más importantes para los debates iniciales sobre las doctrinas de derechos de agua que para la estructura institucional que surgió a la postre. La fuerza del compromiso del gobierno estadual con el nuevo sistema es muy significativa. La reacción legislativa y judicial ante las protestas jurídicas fue tan firme y monolítica que en unos pocos años el Código y la doctrina de la adjudicación dejaron de constituir un problema en la política estadual. En particular, los grupos empresariales y los capitalistas interesados en los recursos hídricos no fueron perturbados por la nueva función administrativa estadual y estimaron evidentemente que servía sus intereses y estimulaba un modelo aceptable de crecimiento económico. Del mismo modo puede entenderse la decisión que finalmente tomaron las empresas de electricidad de dejar de oponerse al Código: deseaban poner fin a la confusión y tenían fuertes intereses en las inversiones y el crecimiento económico de toda la región. El sistema de permisos estaduales para utilizar el agua fue un paso hacia la fiscalización administrativa centralizada que se apartaba del poder judicial, interesado tradicionalmente en los derechos privados, pero resolvió parte del "problema" de la propiedad privada del agua. Los derechos de agua seguían siendo de *utilización*, pero ahora eran más seguros y predecibles que antes, con lo cual se alentaba la inversión privada.

## 2. Evolución de la Intervención pública en el riego y la producción de energía

Poco después de la racionalización de la ley de derechos de agua, a mediados de los años veinte, la índole de la intervención gubernamental en el riego y la generación de hidroelectricidad experimentó una transición. La intervención en estas dos formas de utilizar el agua fue muy distinta y evolucionó lentamente entre 1890 y 1930, con modalidades muy simi-

lares a niveles local, estadual y federal. Durante gran parte de este período, su magnitud fue inversamente proporcional a la vitalidad económica del sector, es decir, fue temprana e importante en el caso del riego, cuya evolución defraudó la mayoría de las esperanzas suscitadas, y combatida acremente en la producción de energía, cuyo crecimiento superó todas las expectativas. Ello reflejaba la tradicional convicción estadounidense de que el Estado debía mantenerse alejado de toda actividad económica en la que la empresa privada pudiera tener alguna rentabilidad. Estas prioridades comenzaron a revertirse en el decenio de 1920, época de crisis política y económica creciente del capitalismo en los Estados Unidos.

### a) Políticas judiciales en la legislación sobre dominio supremo (expropiación de la propiedad privada)

El poder legislativo del estado de Washington, al igual que el de otros estados, procuró sistemáticamente facilitar el desarrollo económico mediante la delegación de su facultad de dominio supremo —es decir, el poder de expropiar o "confiscar" la propiedad privada mediante compensación— en determinadas empresas privadas (véase la sección III *supra*). Fieles a la constitución, los tribunales no aprobaban esta facultad a no ser que fuera para "uso o fines públicos", lo que durante 25 años la Corte Suprema del estado de Washington interpretó de manera de establecer una clara preferencia por el riego respecto de la generación de hidroelectricidad.

En 1899 el poder legislativo aprobó estatutos generales (capítulos 130 y 131) para las empresas forestales y los regantes, otorgándoles la facultad de confiscar las propiedades necesarias para obtener la servidumbre de paso. En 1903, en su primera decisión trascendente en esta esfera, la Corte revocó el primero de dichos estatutos y rechazó de plano el argumento de que una industria forestal privada en expansión generaba beneficios "públicos":

"Es inadmisibles que, conforme al espíritu de la Constitución, se borre la distinción entre políticas públicas y uso público... El uso en cuestión debe ser un uso por el público o por algún organismo cuasi-público, y no sencillamente un uso que pueda incidental o indirectamente fomentar el interés público o la prosperidad general del estado".<sup>23</sup>

De 1905 a 1927 la Corte aplicó la misma lógica para denegar a las empresas eléctricas privadas el de-

<sup>22</sup> *West Side Irrigating Company v. Chase, Hydraulic Engineer* (1921), 196 Pac 667; *State v. McBee* (1923), 215 Pac 347; *Funk v. Bartholet, State Supervisor of Hydraulics* (1930), 289 Pac 1018.

<sup>23</sup> *Healy Lumber Company v. Morris* (1903), 74 Pac 681, 684-685.

recho de confiscar tierras para construir presas o embalses. Puesto que generaban electricidad para la venta comercial a la industria privada o al público sin obligaciones de servicio público, no podía concedérseles justificadamente prerrogativas jurídicas de esa índole.<sup>24</sup>

Sin embargo, el trato dado a los regantes fue diferente. En 1904 el tribunal confirmó el segundo estatuto sin pestañear, y en 1910 amplió incluso la prerrogativa a una empresa privada de *especulación* de tierras; era “irrelevante” que los inversionistas especularan con sistemas de canales en vez de planificar realmente el aumento de los cultivos, porque el “riego fomentará el bien público”. La Corte adujo, en abierto contraste con su razonamiento anterior, que:

“El provecho para el público en que se sustenta el ejercicio de la facultad de dominio supremo para fines de esta especie no es el servicio público, sino el aprovechamiento de los recursos del estado y el aumento de su patrimonio en general, mediante el cual sus ciudadanos obtienen incidentalmente un beneficio”.

Esta distinción se justificaba jurídicamente (cuando no desde el punto de vista económico) por la “enorme diferencia entre la utilización del agua con fines industriales (es decir, energía) y de riego. En este último caso no existe opción en cuanto a la elección de medios o ubicación ... No sucede lo mismo con una industria. La elección del sitio o la fuerza motriz radica a lo sumo en consideraciones económicas o de conveniencia”<sup>25</sup>

Esta política judicial continuó en el decenio de 1920 y recibió el impulso adicional del Código de aguas de 1917, que concedió amplias facultades de dominio supremo, “incluidos el derecho y la facultad de confiscar el uso del agua con fines inferiores en favor de su uso para una finalidad superior”.<sup>26</sup> En las controversias entre riego y energía hidroeléctrica, el tribunal estimó que el primero constituía una utilización “superior”.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Las decisiones fundamentales fueron las de: *State ex rel Tacoma Industrial Company v. White River Power Company* (1905), 82 Pac 150, y *State ex rel Harris v. Superior Court of Thurston County* (1906), 85 Pac 666.

<sup>25</sup> *Weed v. Goodwin* (1904), 78 Pac 36; *State ex rel Galbraith v. Superior Court of Spokane County* (1910), 110 Pac 429, 433-434. La última cita está tomada de *State ex rel Tacoma Industrial* ... (véase la nota 24).

<sup>26</sup> Esta concesión era notablemente general y otorgaba “a cualquier persona ... el derecho de dominio supremo para adquirir propiedades o derechos ... necesarios para el almacenamiento o la utilización del agua con fines beneficiosos” (sección 4 del Código de aguas).

Esta actitud cambió finalmente en 1927, cuando la energía hidroeléctrica adquirió nueva importancia económica y la intervención del Estado se hizo más aceptable desde el punto de vista político. Cuando una empresa privada de servicios de utilidad pública trató de confiscar tierras para ampliar su embalse en el lago Chelan, en la parte oriental de la cordillera Cascades, con el propósito de vender parte de la electricidad a la industria privada, el tribunal de primera instancia se atuvo a los precedentes establecidos y denegó la solicitud. Pero la Corte Suprema del estado anuló esta decisión “en vista del cambio producido en las condiciones de la sociedad”. En los 22 años transcurridos desde las primeras decisiones,

“Hemos visto que el uso [de la electricidad] se ha multiplicado mil veces, al punto que a duras penas existe algún tipo de industria que no haya experimentado la influencia benéfica de la energía eléctrica, y casi puede afirmarse que su utilización es universal ... [Por consiguiente] *el uso de la energía eléctrica con cualquier propósito constituye una utilización de carácter público*”.

Al tomar nota de que el estado había creado una Comisión de servicios públicos en 1911 para reglamentar las tarifas y los servicios de las empresas privadas de utilidad pública, la Corte agregó:

“El aprovechamiento sin trabas ni limitaciones [de la energía hidráulica] es algo muy conveniente y cuando ello puede lograrse mediante la fiscalización y reglamentación públicas ... ninguna decisión de este tribunal debe impedirlo. La vanguardia del progreso avanza sostenidamente”.<sup>28</sup>

#### b) *Intervención gubernamental directa: el riego*

La evolución de estas políticas judiciales reflejaba el cambio en el contexto político y económico. El gobierno estadual apoyó activamente el desarrollo del riego a partir de 1899, principalmente mediante la autorización y subvención de “distritos de riego” especiales. Estos distritos perseguían fomentar las inversiones de capital y al mismo tiempo evitar la formación de monopolios privados, al estilo de California algunos años antes (Pisani, 1984): se trataba de organizaciones locales, cuasipúblicas, constituidas voluntariamente por propietarios locales a fin de construir, extender o mantener sistemas de riego. El poder le-

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo *State ex rel Kennewick Irrigation District v. Superior Court for Walla Walla County* (1922), 204 Pac 1.

<sup>28</sup> *State ex rel Chelan Electric Company v. Superior Court of Chelan County* (1927), 253 Pac 115, 117-119. (El subrayado es del autor.)

gislativo concedió a estas organizaciones varias prerrogativas jurídicas importantes, incluida la facultad de utilizar el dominio supremo, cobrar impuestos a sus integrantes y allegar fondos mediante la venta de bonos del Tesoro (Department of Conservation and Development, 1987). Desafortunadamente, el éxito de esas emisiones de bonos dependía de la situación financiera de los distritos, la que, a semejanza del resto del sector agropecuario, fue precaria durante la mayor parte de los primeros 50 años de existencia del estado de Washington.<sup>29</sup>

A fin de evitar el derrumbe de los distritos y prevenir graves desórdenes sociales y políticos en la región oriental del estado, el poder legislativo debió intervenir año tras año con subsidios directos y la compra de bonos, así como a través de una reorganización financiera constante. Las actividades reales de construcción de los distritos no estuvieron a la altura de estos esfuerzos.<sup>30</sup> De 1915 a 1933 las presiones financieras indujeron también al estado de Washington a otorgar a regañadientes mayores derechos a los distritos para la producción y venta de electricidad a fin de contribuir a sufragar los gastos. La misma modalidad se puso de manifiesto en los planes estatales para llevar a cabo un importante proyecto público de riego en la cuenca del Columbia: a partir de 1919 propició un diseño con una cantidad pequeña e incidental de generación de energía y rechazó una opción en la que la hidroelectricidad era un elemento fundamental. Sólo cambió de opinión a finales de los años veinte para corresponder a la creciente insistencia del gobierno federal en la hidroelectricidad.<sup>31</sup>

La participación del gobierno federal en los proyectos de riego se produjo también casi 30 años antes que en la hidroelectricidad. En 1902 el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Reclamation Act*,<sup>32</sup> en

respuesta a varios decenios de un desarrollo decepcionante del riego privado (y por lo tanto, de la recuperación de tierras). Ello dio origen a un nuevo organismo gubernamental, el Servicio de recuperación de tierras, encargado de proyectar y construir proyectos de riego financiados con el presupuesto nacional, pero cuyo costo debían reembolsar los agricultores favorecidos. En Washington, los valles al oriente de la cordillera Cascades vieron surgir varios proyectos federales importantes, en razón de las buenas condiciones de los suelos y el clima, la productividad agrícola comprobada y el acceso al transporte ferroviario. A estos proyectos se debió casi la mitad de la expansión de las tierras de regadío del estado en el período 1900-1910 y casi 100% de su capacidad de almacenamiento de agua de riego en 1920 (Coulter, 1951; Fahey, 1986). Desafortunadamente, los bajos precios de las cosechas y el elevado costo del riego en Washington y en todos los estados del oeste impidieron que los agricultores pudieran reembolsar el costo al Servicio de recuperación de tierras, el que necesitaba continuas inyecciones de dinero efectivo de parte de un Congreso renuente. De manera que este Servicio estaba al borde del colapso financiero en el decenio de 1920 (Gates, 1968).

#### c) *Intervención gubernamental directa: la hidroelectricidad*

Hasta fines de los años veinte, la intervención del gobierno estatal y federal en la producción de hidroelectricidad era limitada y polémica, ya que la "energía de propiedad pública" pasó a simbolizar la controversia política más amplia sobre cuál era la función que le correspondía al gobierno en la economía de los Estados Unidos. Sin embargo, en el estado de Washington se produjo un movimiento importante en favor de la "energía de propiedad pública". Poco después de 1900, las dos ciudades más importantes del estado, Seattle y Tacoma, crearon empresas de servicios públicos para generar energía —casi totalmente hidroeléctrica— destinada al consumo público y para contribuir a incrementar los ingresos de los gobiernos municipales. Estas empresas compitieron con compañías privadas del rubro dentro de los límites urbanos y se convirtieron en símbolos importantes del servicio público en el movimiento de reforma progresista a comienzos del siglo XX (Dodds, 1986; MacColl,

<sup>29</sup> Véase Clark, 1976; Dodds, 1986; Fahey, 1986. Los únicos períodos de prosperidad fueron consecuencia de los proyectos federales de riego de 1905 a 1909 (véase *infra*) y del breve auge durante la Primera Guerra Mundial. Entre 1920 y 1938 la superficie regada aumentó sólo 11%, es decir, mucho menos de 1% anual. Véase *Biennial Reports* de la Oficina de ingeniería hidráulica del estado de Washington y del Departamento de conservación y desarrollo del mismo estado, 1918-1946.

<sup>30</sup> Esto queda de manifiesto en los estatutos aprobados durante este período y en los *Biennial Reports* de la Oficina de recuperación de tierras del estado de Washington.

<sup>31</sup> Para los distritos de riego esto se mencionó por primera vez como medida complementaria en una ley de 1915 (cap. 179), pero sólo en 1927 (cap. 254) fueron autorizados a utilizar el producto de las ventas de energía para garantizar y reembolsar bonos (*State Reclamation Act*). Respecto del proyecto de la cuenca del Columbia, véase Harding, 1954, así como las leyes de 1919, cap. 60; de 1927, cap. 260, y de 1933, cap. 81.

<sup>32</sup> Esta ley se refiere a la recuperación de tierras a través de proyectos de aprovechamiento de las aguas. En adelante nos referiremos a esta actividad como "recuperación de tierras".

1979). En 1920 las dos empresas estatales producían 25% de la hidroelectricidad total del estado<sup>33</sup> y seguían creciendo y construyendo nuevas presas, aduciendo que tenían el derecho de prestar servicios más allá de los límites urbanos. Recibieron el respaldo de una coalición de progresistas urbanos, sindicatos y agricultores (algunos de éstos eran populistas y otros sencillamente se declaraban frustrados por la incapacidad de las empresas privadas para atender las zonas rurales). En 1923 lograron que el poder legislativo aprobara un proyecto de ley en ese sentido, que fue sometido a referéndum para su aprobación.

Las empresas municipales de servicio público fueron virulentamente atacadas por las compañías privadas de electricidad, que producían el 75% restante de la energía hidroeléctrica del estado. Dos de estas empresas eran sumamente importantes, una en el oriente y la otra en el occidente del estado de Washington, y cada una de ellas producía más energía que las empresas municipales en conjunto. Las empresas privadas se quejaban de competencia desleal, puesto que las compañías municipales estaban exentas del pago de impuestos y del control de la Comisión de servicios públicos. Conjuntamente con otros intereses comerciales y conservadores políticos, las compañías privadas organizaron una masiva campaña publicitaria contra el proyecto de ley y advirtieron acerca de un incremento peligroso de las facultades del gobierno estatal y una amenaza a la libertad individual, con lo que lograron derrotar el referéndum (Fahey, 1986; Ficken, 1979).

No obstante, durante todo el decenio de 1920 la energía de propiedad pública siguió siendo un tema político candente. A medida que la economía se deterioraba y las finanzas del estado eran objeto de severas presiones, la capacidad hidroeléctrica total casi se duplicó y siguió en aumento, convirtiéndose en un objeto de interés político cada vez más estratégico y atrayente.<sup>34</sup> Finalmente en 1930, ya iniciada la gran depresión, los electores de Washington aprobaron un segundo referéndum más amplio, a pesar de una campaña opositora similar que advertía acerca del "socialismo" (Washington Water Power Company, 1952).

<sup>33</sup> *Biennial Reports, 1917-1920*, Oficina de ingeniería hidráulica del estado de Washington.

<sup>34</sup> Entre 1920 y 1928 la capacidad se incrementó de 380 000 a 700 000 caballos de fuerza (es decir, 84% o más de 10% al año) y luego a 1 000 000 de caballos de fuerza en 1936 (es decir, otro 43%, o más de 5% al año durante el período más agudo de la depresión). Véase informes del Departamento de conservación y desarrollo del estado de Washington, (State Department of Conservation and Development, *Biennial Reports, 1920-1936*).

La nueva ley autorizó la creación de "distritos de utilidad pública" locales análogos a los distritos de riego, los que podían generar y distribuir electricidad, emitir bonos, imponer tributos y ejercer facultades de dominio supremo para confiscar establecimientos privados de generación y distribución o forzar una vinculación con ellos (leyes de 1931, capítulo 31). Se estableció de esta manera el principio de propiedad y control públicos, aunque durante algunos años la economía continuó siendo demasiado débil para que se produjeran nuevas actividades.

La adhesión del gobierno federal a la hidroelectricidad transformó finalmente la economía de Washington y abrió la era del aprovechamiento nacional de los recursos hídricos en gran escala y para usos múltiples. La política federal era decisiva porque la legislación federal controlaba todas las vías acuáticas navegables —y por ende, los ríos más grandes— y porque muchos de los lugares más promisorios del país en materia de energía hidráulica, en especial en los estados del oeste, se hallaban en tierras fiscales. Pero una profunda desavenencia en el Congreso respecto de la índole de la función del gobierno provocó un estancamiento durante casi 20 años, hasta que finalmente la ley de energía hidráulica (*Water Power Act*) de 1920 constituyó una fórmula de transacción que permitió que los organismos federales planificaran y construyeran presas hidroeléctricas, pero con la obligación de arrendar las instalaciones a las compañías privadas de utilidad pública para la propia producción de energía (Hays, 1959).

Aun así, el aprovechamiento real fue escaso hasta la crisis económica de los años treinta, cuando parte de la política del "nuevo trato" (*New Deal*) del presidente Franklin D. Roosevelt incluyó grandes proyectos de obras públicas destinados a proporcionar empleos públicos e impulsar el desarrollo económico regional. Para alcanzar este último objetivo, los organismos federales se basaron en la dura experiencia de los decenios anteriores e hicieron de la hidroelectricidad el elemento clave de proyectos hídricos multifuncionales; en esta estrategia las presas son fuente de ingresos, y estos se utilizan para subsidiar los usos menos viables del agua desde el punto de vista económico, como el riego, la prevención de inundaciones y las actividades recreativas. En particular, la Oficina de Recuperación de Tierras (nueva denominación del Servicio de Recuperación de Tierras) se cionó a esta estrategia para evitar su abolición e ingresó a una época de varios decenios de crecimiento burocrático y prosperidad, aun cuando el riego

seguida siendo su objetivo oficial (Gates, 1968; Swain, 1970).

En Washington el gobierno federal construyó dos grandes presas en los años treinta, llamadas Bonneville y Grand Coulee, ambas en el río Columbia en la parte oriental del estado. Terminadas en 1937 y 1941, respectivamente, triplicaron con creces la producción total de energía del estado.<sup>35</sup> La *Bonneville Power Administration* (BPA), organismo federal independiente, se estableció en 1937 para estimular el desarrollo económico regional mediante la distribución de este enorme excedente de energía, la utilización y expansión de la red de transmisión existente y el estímulo al consumo público a través del ofrecimiento de precios mayoristas muy bajos a los distritos de utilidad pública, las empresas municipales de servicios y las cooperativas rurales de electricidad. De esta manera los distritos de utilidad pública se liberaron de la carga que implicaba la gran densidad de capital para producir energía y pudieron expandirse rápidamente por primera vez desde que fueron autorizados en 1931, incluso con la adquisición total de algunas instalaciones privadas de distribución existentes (Pacific Northwest Public Power Records Survey, 1981; Washington Water Power Company, 1952). La BPA se convirtió en el símbolo principal del presidente Roosevelt, así como de su política de "nuevo trato", y encarnó el papel decisivo del gobierno para impulsar el bienestar económico y social y proporcionar una norma de comparación en materia de tarifas, servi-

cios y operaciones de las empresas privadas de servicios.<sup>36</sup> Sin embargo, en esa época no había demanda de cantidades tan grandes de energía y la necesidad de estimular la distribución y el consumo impulsó pronto a la BPA a trabajar estrechamente con las compañías privadas de servicios y venderles energía a los mismos precios mayoristas.

Las presas federales y la BPA posibilitaron la transformación económica regional durante y después de la Segunda Guerra Mundial, con base en el auge de las industrias que hacían uso intensivo de la energía como la metalurgia, las fundiciones de aluminio, los astilleros y la fabricación de aeronaves. Ello estableció patrones geográficos duraderos y determinó el curso del aprovechamiento de los recursos hídricos hasta el presente. Finalizada la guerra, los organismos federales construyeron otras 10 grandes presas en la región oriental de Washington y 15 más en otros lugares de la cuenca del río Columbia, en Idaho y Oregon. Algunas suministraron agua para nuevos sistemas de riego, incluidos centenas de millares de acres en las llanuras de Columbia, pero el móvil prioritario fue la electricidad: se generó en la zona árida del oriente y se exportó principalmente a la parte occidental del estado de Washington y fuera de él (Butcher y Wandschneider, 1986). Tras medio siglo de existencia como estado, la economía de Washington había pasado a depender fuertemente de la hidroelectricidad y la intervención del gobierno federal.

## VII

### Conclusiones importantes para América Latina

El presente artículo ofrece varias enseñanzas acerca de los derechos de propiedad y la función del Estado en el área de los recursos hídricos, que tienen importancia para América Latina en la actualidad.

Para comenzar, las condiciones geográficas parecen tener una influencia menos determinante de lo que se cree corrientemente en la índole de los derechos de agua. Aunque en el caso de Washington el

debate sobre las doctrinas de derechos de agua giró en torno a las diferencias climáticas entre las mitades oriental y occidental de este estado, el tema fundamental fue la seguridad del título necesario para atraer la inversión del capital privado. Obtenida esa seguri-

<sup>35</sup> La producción total del estado fue de 2 900 millones de kwh en 1935 y 10 000 millones en 1943, imputable casi en su totalidad a esas dos presas. State Planning Council, *6th Report*, 1934-1944.

<sup>36</sup> El primer director de la BPA fue una figura descollante del movimiento a favor de la energía de propiedad pública, que había tenido a su cargo la dirección del espectacular crecimiento de la compañía de alumbrado público de Seattle (*Seattle City Light*) durante 25 años; al morir fue descrito como un hombre "cuyo amor por la humanidad se expresaba en kilovatios" (MacColl, 1979, p. 561).



dad, la dinámica económica regional fue mucho más importante que el fundamento geográfico de la doctrina jurídica o el propio clima para determinar la trayectoria del aprovechamiento de los recursos hídricos. Un hecho clave que ilustra esta situación es que la dura lucha por la puesta en práctica de un código de aguas, concebido supuestamente para satisfacer las necesidades agrícolas de la región árida, fue seguida casi de inmediato por el predominio de la hidroelectricidad con fines urbanos e industriales, y la mayor parte de esa energía se produjo en la parte árida del estado.

En segundo lugar, la índole de la propiedad privada en el sistema capitalista es más ambigua de lo que a menudo se imaginan sus partidarios o detractores. La seguridad de los derechos privados, necesaria para estimular las inversiones de capital en el estado de Washington, sólo se logró a expensas de otros derechos de propiedad que eran igualmente privados y concebidos en función del mercado, pero menos susceptibles de un crecimiento económico maximizado o de la acumulación de capital. En consecuencia, por razones políticas, económicas y sociales, se puede estar a favor de ciertas clases de propiedad privada pero no de otras, y los argumentos esgrimidos para respaldar a una no sirven necesariamente para apoyar a otra y esto es algo que generalmente se olvida en los debates ideológicos y pragmáticos.

En tercer lugar, la evolución del régimen de los derechos de agua en el estado de Washington pone de relieve que la propiedad privada y la acumulación de capital han dependido histórica y constantemente de la intervención del Estado. Aunque los derechos de agua privados se definieron como permisos administrativos para su utilización, de hecho éstos funcionaron como una forma capitalista de propiedad privada y estimularon las inversiones de capital y el desarrollo económico en función del mercado. Tal sistema depende íntegramente de que el Estado mantenga constantemente sus normas, premisas y necesidades

prácticas: solucionando controversias, recopilando y conservando datos técnicos e informaciones jurídicas, etc. De manera que la "propiedad", al igual que el "mercado", no debe entenderse sólo como una institución de creación social y colectiva; tampoco puede funcionar bien de otra manera.

En cuarto lugar, es evidente la importancia decisiva que tiene la participación del Estado en ambos tipos de aprovechamiento de los recursos hídricos. En Washington la actividad gubernamental tanto estadual como nacional comenzó como una reacción a las condiciones económicas —por una parte, el estancamiento de la agricultura de riego y, por otra, la promesa de la hidroelectricidad—, pero, una vez establecida, se convirtió en la condición *sine qua non* del crecimiento regional. Además, el carácter integrado y multifuncional de la utilización del agua se debió totalmente al control del gobierno central.

Por último, el régimen de propiedad adoptado en el estado de Washington, es decir, la combinación de un sistema de derechos privados orientado a la inversión con un régimen centralizado de administración y fiscalización estaduales, pudo superar los obstáculos principales que el agua representaba para la propiedad privada (véase la sección IV). El hecho de que los derechos de agua siguieran siendo derechos de utilización y que los distintos usos del agua fueran cualitativamente diferentes e inextricablemente relacionados entre sí, no impidió la creación de instituciones concebidas para incorporar plenamente el recurso al proceso de desarrollo económico capitalista. Este empeño fue tan eficaz que siembra dudas sobre el carácter limitado de gran parte del debate actual acerca de un "desarrollo ambientalmente sostenible": si el objetivo consiste en incorporar la lógica, las cualidades y relaciones de los sistemas ecológicos a los modelos políticos y económicos existentes, las reformas institucionales y estructurales necesarias deberán ser verdaderamente profundas.

(Traducido del inglés)

### Bibliografía

Ackerman, Bruce (ed.) (1975): *Economic Foundations of Property Law*, Boston, Little, Brown & Co.  
 Bardhan, Pranab (1989): Alternative approaches to the theories of institutions in economic development, P. Bardhan (ed.), *The Economic Theory of Agrarian Institutions*, Oxford, Clarendon Press.

Bromley, Daniel (1982): Land and water problems: an institutional perspective, *American Journal of Agricultural Economics*, vol. 64, p. 834 y ss., Lexington, Kentucky, American Agricultural Economics Association (AAEA).

Butcher, Norman y Philip Wandschneider (1986): Competition between irrigation and hydropower in the Pacific Northwest,

- Kenneth Frederick (ed.), *Scarce Water and Institutional Change*, Washington, D.C., Resources for the Future.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (1989): *La gestión de los recursos hídricos en América Latina y el Caribe*, serie Estudios e Informes de la CEPAL, N° 71, Santiago de Chile, abril. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S. 89. II. G. 9.
- Clark, Norman (1976): *Washington: a Bicentennial History*, Nueva York, Norton.
- Cooter, Robert y Thomas Ulen (1988): *Law and Economics*, Glenview, Illinois, Scott, Foresman.
- Coulter, Calvin (1951): The victory of national irrigation in the Yakima Valley, 1902-06, *Pacific Northwest Quarterly* vol. 42, p. 99 y ss.
- Department of Conservation and Development (1987): *Irrigation, Diking Drainage, and Reclamation Districts, 1919-55*, Olympia, Washington, Department of Conservation and Development.
- Dodds, Gordon (1986): *The American Northwest: a History of Oregon and Washington*, Arlington Heights, Illinois, Forum Press..
- Dunbar, Robert (1983): *Forging New Rights in Western Waters*, Lincoln, University of Nebraska Press.
- Fahey, John (1986): *The Inland Empire: Unfolding Years, 1879-1929*, Seattle, University of Washington Press.
- Ficken, Robert (1979): *Lumber and Politics: the Career of Mark E. Reed*, Santa Cruz, California, Forest History Society.
- Gates, Paul (1968): *History of Public Land Law Development*, Washington, D.C., Public Land Review Commission.
- Harding, Robert (1954): Water from Pend Oreille, *Pacific Northwest Quarterly*, vol. 45, p. 52 y ss.
- Hays, Samuel (1959): *Conservation and the Gospel of Efficiency: the Progressive Conservation Movement, 1890-1920*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Horwitz, Morton (1977): *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Hurst, James Willard (1956): *Law and the Conditions of Freedom in the 19th Century United States*, Madison, University of Wisconsin Press.
- MacColl, E.K. (1979): *The Growth of a City: Power and Politics in Portland, Oregon, 1915-50*, Portland, Georgian Press.
- MacPherson, C.B. (ed.) (1978): *Property: Mainstream and Critical Positions*, Toronto, University of Toronto Press.
- Morris, Arval (1956): Washington water rights —a sketch, *Washington Law Review*, vol. 13, p. 243 y ss.
- Naciones Unidas/CEPAL/PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) (1980): *Agua, desarrollo y medio ambiente en América Latina*, Santiago de Chile, julio.
- Pacific Northwest Public Power Records Survey (1981): *Guide to Historical Records of Pacific Northwest Public Power Utilities*, Seattle, Pacific Northwest Public Records Survey.
- Pisani, Donald (1984): *From the Family Farm to Agribusiness: the Irrigation Crusade in California and the West, 1850-1913*, Berkeley, University of California Press.
- Posner, Richard (1977): *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown & Co.
- Ramos, Joseph (1991): *Más allá de la economía, más acá de la utopía*, Santiago de Chile, Corporación de Investigaciones Económicas para Latinoamérica (CIEPLAN).
- Reeve, Andrew (1986): *Property*, Londres, MacMillan.
- Scheiber, Harry (1973): Property law, expropriation, and resource allocation by government, 1789-1910, *Journal of Economic History*, vol. 33, p. 232 y ss.
- Scheiber, Harry y Charles McCurdy (1975): Eminent domain law and Western agriculture, *Agricultural History*, vol. 49, p. 112 y ss.
- Swain, Donald (1970): The bureau of reclamation and the New Deal, 1933-40, *Pacific Northwest Quarterly*, vol.61, p. 137 y ss.
- Washington Water Power Company (1952): *The Public Utility Districts of Washington State: Promises Compared with Performance*, Spokane, Washington Water Power Co.
- Webb, Walter Prescott (1931): *The Great Plains*, Boston, Ginn & Co.
- Worster, Donald (1985): *Rivers of Empire*, Nueva York, Pantheon Books.