

REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL AGUA: IMPORTANCIA DE LA CERTEZA JURÍDICA

- Dada la importancia de la dimensión pública del recurso hídrico, es pertinente incluir en la nueva Constitución su carácter de bien nacional de uso público, sin perjuicio de mantener el reconocimiento y protección del derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de agua, tanto a nivel constitucional, como legal, por la seguridad jurídica que ello otorga.
- Se debe mantener el artículo 19 N°24 de la Constitución que garantiza el derecho de propiedad de los titulares sobre sus derechos de aprovechamiento de agua. Dicha norma, junto a la naturaleza y características de estos derechos consagradas en la legislación vigente (dominio del titular, duración indefinida, plenamente transferibles), ha sido fundamental en otorgar a los titulares la certeza jurídica necesaria para materializar inversiones privadas en el sector y permitir una reasignación eficiente en el uso del agua.
- En un contexto de cambio climático, se requiere más que nunca de flexibilidad en los instrumentos de gestión del agua, y por ello debe ser la ley la que cumpla el rol de: (a) establecer restricciones a ciertos derechos o libertades en pos del consumo humano y la protección del medio ambiente y los ecosistemas; (b) definir los instrumentos de gestión del recurso hídrico necesarios para este objetivo; y (c) crear una adecuada y eficiente institucionalidad del agua.

El estatuto jurídico vigente de las aguas en Chile tiene su origen en tres cuerpos normativos: el Decreto Ley N°2.603, de 1979 (“DL N°2.603”), la Constitución Política de la República de 1980 (“CPR” o “Constitución”) y el Código de Aguas de 1981.

Conforme al actual Código de Aguas, las aguas son consideradas bienes nacionales de uso público, pero el Estado puede conceder a los particulares derechos de aprovechamiento de aguas (“DAA”), los cuales son de propiedad de su titular. Asimismo, se trata de derechos cuya duración es indefinida y plenamente transferibles, siendo los mercados de aguas el instrumento de promoción de la reasignación eficiente del agua a otros usos y/o titulares según vayan cambiando las circunstancias. Estas características, junto a la especial protección constitucional contemplada en el artículo 19 N°24 de la Constitución que garantiza el derecho de propiedad de los titulares sobre sus DAA, han sido elementos fundamentales para permitir el mejor aprovechamiento del recurso y el desarrollo de diversas

actividades económicas, tales como la agricultura, la minería, el sector hidroeléctrico y sanitario.

ORÍGENES Y FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL VIGENTE¹

La Constitución se refiere a las aguas en su artículo 19 N°24, en relación al derecho de propiedad, garantizando que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

La consagración de esta norma, que recogió íntegramente lo dispuesto en el Decreto Ley N°2.603 de 1979, que modificó el Acta Constitucional N°3, fue un tema ampliamente debatido y su inclusión se debe a razones históricas. Sobre el punto, algunos miembros de la Subcomisión de Derecho de Propiedad de la Comisión Ortúzar manifestaron dudas respecto a incluir en la Constitución normas relativas a las aguas, toda vez que a esa fecha ninguna Constitución chilena establecía mención al agua o a la propiedad de los DAA². Lo anterior llevó a que se considerara una reseña histórica sobre la situación jurídica de las aguas en Chile, para luego examinar si se justificaba o no la existencia de normas constitucionales sobre las mismas. En particular, para algunos miembros de la subcomisión referida, la naturaleza de “derecho real administrativo” que consagró la reforma al Código de Aguas de 1967, post Ley N°16.640 de Reforma Agraria, precarizó los títulos de derechos sobre las aguas. Este derecho real administrativo quedaba sujeto a que, en cualquier momento, por una resolución fundada de la Dirección General de Aguas (“DGA”), el Presidente de la República ordenara la distribución de las aguas de una determinada cuenca u olla hidrográfica entre los distintos regantes, estableciendo lo que se denomina “tasa de uso racional y beneficioso” para cada uno de ellos y extinguiendo, por lo tanto, el goce que estos mismos tuviesen sobre las aguas con que hasta ese momento regaban.

En palabras de José María Eyzaguirre G., presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad, “es sabido que el problema del estatuto jurídico de las aguas no es entera o íntegramente de rango constitucional; pero las bases principales sí que lo son, dada la tradición histórica que el régimen de las aguas ha tenido en Chile y dado el grave daño que, en su concepto, se causa a la economía del país no estableciendo un régimen claro que pudiera empezar a aplicarse en forma absolutamente normal

¹ Serie Informe Legislativo LyD N°58, abril 2020. “Estatuto Jurídico de las Aguas en Chile: la importancia de la certeza jurídica y los riesgos que supone la reforma al Código de Aguas.”, pp.8-10.

² Historia de la Ley Artículo 19 N°24 Constitución Política de la República, p. 847.

y que adquiriera ya una especie de rutina en relación con la constitución del derecho de aprovechamiento, con su naturaleza, con la forma de transferirlo, de darlo en garantía, etcétera; en otras palabras, todo el régimen jurídico de la propiedad privada tocante a las aguas”³. Por ello, estimó necesario establecer la posibilidad de constituir un derecho de aprovechamiento que tuviera el carácter de propiedad para su beneficiario. Sin embargo, y dado que las aguas son un recurso escaso de enorme importancia, no podía tratarse de un derecho de propiedad muy rígido, sino que debía combinarse este derecho de los particulares con la posibilidad que debía tener el Estado, dentro de ciertos límites, de administrar este recurso.

Tras un debate exhaustivo en relación a la conveniencia de incorporar esta regulación en la Constitución y, en particular, qué preceptos incluir en ella, finalmente se optó por una regulación breve y enfática. Tal como lo decía Alejandro Silva Bascuñán, una regulación “destinada a manifestar la voluntad del constituyente de dar derechos muy firmes a los titulares en relación a las aguas”⁴.

Por tanto, fue la Constitución de 1980 la que estableció la base jurídica primaria para construir un nuevo ordenamiento de las aguas, que se consolidó posteriormente en el Código de Aguas de 1981⁵. En efecto, el Código de Aguas vino a sistematizar la regulación sobre las aguas, definiéndolas como bienes nacionales de uso público y al derecho de aprovechamiento como un derecho real que recae sobre las aguas de dominio de su titular. Así, y una vez que entró en vigencia el nuevo diseño, la seguridad jurídica dada por el nuevo mecanismo de asignación y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas junto a regulaciones que incentivaban la participación del rol privado, permitieron la proliferación de diversas peticiones para constituir derechos de aguas no consuntivos. Uno de los sectores que reaccionó con mayor rapidez fue el sector hidroeléctrico, dando lugar al desarrollo de importantes proyectos de inversión en generación hidroeléctrica.

³ Ibid., p.850.

⁴ Ibid., p.878.

⁵ “Antes de la reforma al Código de Aguas de 1981, los derechos de aprovechamiento no eran tales, sino meras “mercedes” otorgadas por el Estado, en un acto revocable, por lo que cualquiera que empleara eficientemente el recurso, no podía beneficiarse de su propia eficiencia, sino por el contrario, se arriesgaba a que la autoridad estimara que ya no necesitaba tanta agua y le redujera sus mercedes. Después de la reforma, en cambio, quien usa el agua con más eficiencia, puede beneficiarse ya sea dando al agua ahorrada otros usos rentables, o simplemente, vendiendo aquella parte de sus derechos que ya no necesite. Así se logró introducir un incentivo a la mayor eficiencia en el aprovechamiento del recurso hídrico.” Serie Informe Económico Libertad y Desarrollo N°156 (2005). “Código de Aguas: Los efectos de la Reforma”, p.9.

En consecuencia, dicha normativa en su conjunto ha permitido el desarrollo de actividades e inversiones que hacen uso del agua y ha fomentado la utilización eficiente de la misma, virtud reconocida por el propio Banco Mundial en el informe “Chile: Diagnóstico de la Gestión de los Recursos Hídricos” de marzo de 2011⁶.

¿QUÉ CONSAGRAR Y NO CONSAGRAR EN UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?

- 1) Reconocer a las aguas como bienes nacionales de uso público.** Tanto el artículo 595 del Código Civil, como el artículo 5° del Código de Aguas, ya establecen expresamente que las aguas son bienes nacionales de uso público. Lo anterior significa que su dominio no pertenece a privados ni al Estado sino a la nación toda.

Tal como plantea el Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica (UC), el carácter de bien nacional de uso público tiene como implicancias prácticas: “i) la existencia de un órgano público gubernamental encargado de la administración del recurso hídrico, papel que en el marco vigente corresponde a la Dirección General de Aguas; y (ii) la regulación de un sistema concesional que ordene el uso y aprovechamiento de las aguas, conforme a las reglas que prescribe el Código de Aguas”⁷.

En general existe bastante consenso en incorporar en la Constitución esta norma que establece que las aguas son bienes nacionales de uso público. En ello concuerdan, por ejemplo, las siguientes propuestas constitucionales: “Con control de cambios” (CCC)⁸ de los autores Cubillos, Hube y González; “Por una Constitución Sustentable” del centro de estudios Horizontal (Horizontal)⁹; la propuesta del Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica (UC)¹⁰, “Agua y Minería en la

⁶ Banco Mundial (2013): “Chile: Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua”, p.10.

⁷ “Contribuciones a la discusión constitucional: protección del medio ambiente”. Disponible en: <https://politicaspublicas.uc.cl/publicacion/serie-temas-de-la-agenda/contribuciones-a-la-discusion-constitucional-proteccion-del-medio-ambiente/>

⁸ Propuesta Constitucional “Con Control de Cambios: Construyendo propuestas constitucionales desde la Sociedad Libre”. Disponible en: <https://concontroldecambios.cl/wp-content/uploads/2021/01/Documento-Constitucional.pdf>

⁹ Horizontal (2021) “Por una Constitución Sustentable: Medio ambiente y recursos naturales en una nueva Constitución”. Disponible en: <https://www.horizontalchile.cl/wp-content/uploads/2021/03/PCCS.pdf>

¹⁰ “Contribuciones a la discusión constitucional: protección del medio ambiente”. Ob. Cit.

Constitución” de los autores Repetto, Sanhueza y Valdés (RSV)¹¹; así como también el proyecto de reforma constitucional ingresado al Congreso por la ex Presidenta Bachelet en 2018 (Bachelet)¹².

En cambio, las propuestas “Bases y Fundamentos de una Propuesta Constitucional Progresista” de los autores Zúñiga y Peroti (Zúñiga y Peroti 2020)¹³ y “Constitución y Dominio Público” (Zúñiga 2005)¹⁴ consideran que, en la forma en que están consagrados actualmente, los derechos de aprovechamiento de agua serían incompatibles con el carácter de bien nacional de uso público. Por ello, estos autores proponen declarar “las aguas terrestres como bienes de dominio público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares”¹⁵.

Consideramos que, dada la importancia de la dimensión pública del recurso hídrico, es pertinente incluir en la nueva Constitución su carácter de bien nacional de uso público, sin perjuicio de mantener el reconocimiento y protección del derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de agua, tanto a nivel constitucional, como legal. A diferencia de Zúñiga y Peroti 2020, creemos que ambos conceptos son perfectamente compatibles, tal como ocurre en la actualidad en que el Código Civil y el Código de Aguas ya establecen que el agua es un bien nacional de uso público. Además, dicha regulación no sería ajena a otros casos en que el Estado otorga un título para usar un bien nacional de uso público y se reconoce al particular el derecho de propiedad sobre su título o concesión.

- 2) **Derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de agua.** Conforme al referido artículo 5° del Código de Aguas, se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de aguas, en conformidad a las disposiciones del Código de Aguas. A su vez, el artículo 6° del Código de Aguas define este derecho de aprovechamiento como un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y conforme a las reglas legales, añadiendo que

¹¹ Andrea Repetto, Claudia Sanhueza y Rodrigo Valdés (2020), “Agua y Minería en la Constitución”, en “Aspectos Económicos de la Constitución. Alternativas y Propuestas para Chile”, Centro de Estudios Públicos, (Santiago, FCE Chile, 2020).

¹² Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República. Boletín N°11.617-07.

¹³ Francisco Zúñiga y Felipe Peroti (2020), “Bases y Fundamentos de una Propuesta Constitucional Progresista”.

¹⁴ Francisco Zúñiga (2005), “Constitución y Dominio Público”.

¹⁵ Francisco Zúñiga y Felipe Peroti (2020), ob. cit., pp. 49.

el DAA es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él conforme a la ley.

Las propuestas de CCC y Horizontal plantean mantener el reconocimiento constitucional de los derechos de propiedad sobre los títulos que se otorguen a privados para el aprovechamiento de aguas. En el caso de RSV los autores no llegaron a consenso. Mientras Valdés considera que debe mantenerse el concepto de DAA en la Constitución, Repetto y Sanhueza plantean que se mantenga el concepto de DAA en el Código de Aguas, y no en la Constitución, de manera que la forma de asignación se determine a nivel legal. Por su parte Zúñiga y Peroti (2020) van más allá al proponer “eliminar todas las privatizaciones directas en la Constitución, las que operan básicamente vía otorgamiento de derechos de aprovechamiento de agua” y proponer como alternativa que se “delegará en el legislador la regulación del procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconozca a los particulares sobre el uso de las aguas”¹⁶. Consideramos que esta propuesta es inconveniente ya que otorga facultades discrecionales al Estado para caducar derechos aduciendo “no uso efectivo” u otros motivos, afectando gravemente la certeza jurídica.

Dadas las razones históricas y económicas esgrimidas con anterioridad, consideramos importante que se mantenga a nivel constitucional la protección del derecho de propiedad de los titulares sobre sus DAA. Dicha norma ha sido fundamental en otorgar a los titulares la certeza jurídica necesaria para que puedan materializarse inversiones privadas en el sector, toda vez que en virtud de ella el Estado no puede privarle al particular de su dominio, a menos que expropie y pague la justa indemnización. En efecto, el artículo 19 N°24 de la CPR establece expresamente que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. Asimismo, y junto con esta norma constitucional, la Convención Americana de Derechos Humanos, de la que Chile es parte, también dispone que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

En todo caso, cabe recordar que en la actualidad el Estado puede regular el ejercicio de los DAA a través de varias normas del Código de Aguas vigente, tales como por

¹⁶ Francisco Zúñiga y Felipe Peroti (2020), ob. cit., pp. 28 y 49.

ejemplo: reducción temporal de explotación de aguas subterráneas en caso de afectación a la sustentabilidad del acuífero o a otros titulares de derechos (art. 62), caudal ecológico mínimo (art. 129 bis 1°), patentes de no uso (Titulo XI), decretos de escasez (art. 314), posibilidad de expropiar DAA para satisfacer menesteres domésticos de la población cuando no existan otros medios para obtener agua (artículo 27), reserva de caudales para el abastecimiento de la población (artículo 147 bis inciso 3°).

- 3) **Usos del agua para consumo humano y resguardo ecológico de cuencas.** La Resolución 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas (2010), señala que “el derecho al agua potable y saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.” En concordancia con dicha normativa internacional, la propuesta constitucional de Horizontal plantea reconocer el derecho humano al agua para fines de consumo básico, agua potable y saneamiento, correspondiéndole al legislador avanzar en políticas públicas que, progresivamente, permitan un esfuerzo conjunto del sector público y privado en garantizar este derecho. Asimismo, dicha propuesta hace hincapié en que el reconocimiento de este derecho y la necesidad de priorizar el acceso al agua potable y servicios básicos de saneamiento, no puede ser visto en contraposición o de forma incompatible con la necesidad de su regulación, tanto a nivel constitucional, como legal, reconozca y ampare los títulos otorgados para el aprovechamiento de las aguas¹⁷.

Por su parte, Zúñiga y Peroti (2020) pretenden consagrar el “derecho al agua, como el derecho de cada persona a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico, priorizando el consumo humano por sobre su uso como medio de producción”¹⁸. A nuestro juicio este planteamiento es demasiado amplio y ambiguo, lo cual lo hace complejo de aplicar, ya que abriría espacio a interpretaciones que podrían considerarse arbitrarias.

La propuesta de RSV opta por incluir dos limitaciones explícitas en la Constitución: 1) se debe asegurar el derecho humano al consumo del agua; y 2) el resguardo ecológico de las cuencas y protección de los ecosistemas. Los autores también plantean como principios orientadores (que no necesariamente deben estar en la Constitución): permitir su uso y asignación más eficiente una vez resguardados estos usos fundamentales, tomando en cuenta los costos y beneficios sociales de su

¹⁷ Horizontal, (2021), ob. cit., p. 13.

¹⁸ Francisco Zúñiga y Felipe Peroti (2020), ob. cit., p.49.

explotación; y que los eventuales cambios legislativos consideren los costos de transitar de un régimen a otro, incluyendo compensaciones si corresponde¹⁹.

Concordando con la importancia de resguardar el consumo humano y el caudal ecológico, en nuestra opinión no es necesario establecer limitaciones explícitas al derecho de propiedad de los DAA a nivel constitucional. Cabe recordar que, bajo el marco constitucional y regulatorio vigente, Chile ha alcanzado niveles destacables en cuanto a calidad y cobertura en saneamiento y agua potable, aunque en algunas áreas rurales aún existen falencias importantes. En efecto, más del 90% de la población en Chile vive en áreas urbanas con altos estándares en materia de coberturas de servicios sanitarios. En las zonas urbanas concesionadas, la cobertura de agua potable alcanza un 99,97%, la de alcantarillado un 97% y la de tratamiento de aguas servidas un 99,9%. Sin embargo, en el caso de las zonas rurales, el 53% de las viviendas se abastece a través de la red pública, 28% por medio de pozo o noria, 12% a través de río, vertiente, estero, canal, lago, entre otros, y el 7% vía camión aljibe²⁰. No obstante lo anterior y los desafíos en esta materia, este avance es muy destacable, especialmente si se compara con otros países de la región, muchos de los cuales -siguiendo el enfoque del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano- han incluido en sus constituciones amplios listados de derechos que luego no pueden ser efectivamente garantizados y que terminan rigidizando la gestión del recurso hídrico.

En Chile los DAA se transan libremente en pro del uso más eficiente, no se vinculan a un uso específico, y postulamos que ello se debe mantener. La literatura evidencia que la libre transferencia de DAA que conlleva a “cambios de uso” implica ganancias netas (creación de riqueza para la sociedad) cuando compradores y vendedores acuerdan voluntariamente transacciones mutuamente beneficiosas, donde el valor para el comprador es mayor que el valor para el vendedor más los costos de transacción. Por ello, establecer un listado explícito con un orden de prelación en los usos del agua, no sólo es innecesario para asegurar el consumo humano y los caudales ecológicos, sino que resulta contraproducente. Es innecesario ya que para atender a las familias rurales sin acceso al agua se requiere de un esfuerzo marginal en términos de cantidad de agua (alrededor de un 1% del agua utilizada), y por lo tanto no se requiere que su solución sea a costa de las características y certeza jurídica de los derechos sino más bien se requiere mejorar la gestión. Por otro lado, establecer usos específicos, tal como se hizo en el pasado, puede ser

¹⁹ Andrea Repetto, Claudia Sanhueza y Rodrigo Valdés (2020), ob. cit., p.133.

²⁰ Centro UC Derecho y Gestión de Aguas (2020). 10 años de Derechos humanos al agua y al saneamiento. Huella Hídrica N°18, Agosto 2020.

contraproducente en términos de eficiencia. En efecto, en virtud de la reforma constitucional de 1967 la Ley Nº 16.640 de Reforma Agraria “otorgaría el derecho únicamente al particular que necesitara de las aguas y las debía usar exclusivamente para los fines que las solicitó. Cuando fueran varios los que solicitaran aguas del mismo caudal, el problema se resolvería a favor de los que las solicitaban para fines prioritarios. Se dejaba en manos de la burocracia un poder significativo, pues era ella la que establecía derechos y prioridades”²¹.

REFLEXIÓN FINAL

Aun cuando en la actualidad existen desafíos pendientes y espacios de mejora en materia de gestión del recurso hídrico, consideramos que ellos exceden de lo que una nueva Constitución podría o no hacer. En efecto, el problema de disponibilidad de las aguas y los retos pendientes que existen no se resuelven modificando la naturaleza y características de los DAA, y tampoco tienen relación con la norma constitucional que establece el derecho de propiedad sobre los mismos, sino que con medidas que apunten a una adecuada gestión del recurso. A modo de ejemplo, modificaciones que apunten a fortalecer el rol de las organizaciones de usuarios en la gestión del agua; a procurar una gestión sustentable de los acuíferos; a simplificar y agilizar los procedimientos de tramitación de nuevos derechos y las regularizaciones de usos consuetudinarios; a robustecer los procesos de toma de decisiones de la DGA y mejorar los niveles de coordinación entre los diversos ministerios y servicios competentes en la materia, son aspectos en los que se debería avanzar a nivel legislativo, pero no incorporándolos en la nueva Constitución.

En un contexto de cambio climático, se requiere más que nunca de flexibilidad en los instrumentos de gestión del agua, y por ello consideramos que debe ser la ley quien cumpla el rol de: establecer restricciones a ciertos derechos o libertades en pos del consumo humano y la protección del caudal ecológico y los ecosistemas; definir los instrumentos de gestión del recurso hídrico necesarios para este objetivo; y crear una adecuada y eficiente institucionalidad del agua.

²¹ Andrea Repetto, Claudia Sanhueza y Rodrigo Valdés (2020), ob. cit., p.131.