

Comentarios a la propuesta de norma constitucional que crea la Agencia Nacional del Agua, contenida en el 3º Informe de la Comisión de Sistemas de Justicia

I. Antecedentes

Las propuestas de normas constitucionales sobre recursos hídricos no han sido resorte exclusivo de la Comisión de Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico. Concretamente, la Comisión de Sistemas de Justicia aprobó, en votación particular del 29 de marzo de 2022, **la creación de la Agencia Nacional del Agua**. Las dos normas que se refieren a este organismo, y que se reproducen a continuación, serán sometidas a debate y votación en el Pleno de la Convención el próximo jueves 14 de abril de 2022.

Artículo 56 A.- Agencia Nacional del Agua. La Agencia Nacional del Agua es un órgano autónomo, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es asegurar el uso sostenible del agua, el acceso al derecho humano al agua y al saneamiento y la conservación y preservación de sus ecosistemas asociados. Para ello, se encargará de recopilar información, coordinar, dirigir y fiscalizar la actuación de los órganos del Estado con competencias en materia hídrica.

Será el órgano encargado de proponer e implementar la Política Hídrica Nacional, para lo cual deberá elaborar y gestionar un sistema público unificado de información hídrica con enfoque integrado de cuencas, que permita garantizar las prioridades de uso establecidas en esta Constitución. Además, estará a cargo de otorgar, revisar, modificar, caducar y revocar autorizaciones de uso de agua.

Deberá fiscalizar el uso responsable y sostenible del agua y aplicar las sanciones administrativas que correspondan. Podrá determinar la calidad de los servicios sanitarios, así como las demás que señale la ley.

La Agencia Nacional del Agua financiará y otorgará asistencia técnica a los Consejos de Cuenca, teniendo asiento propio en dicho órgano. En el evento que éstos no se hayan constituido, la Agencia Nacional del Agua podrá reemplazarlos en sus funciones.

Artículo 57.- Del Director Nacional. La Agencia Nacional del Agua tendrá una o un Director Nacional. Será nombrado a proposición de la o el Presidente de la República, por acuerdo del Congreso Nacional adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, previo llamado a audiencias públicas, por un período de 5 años y no podrá ser designado por un nuevo período. La designación deberá realizarse a partir de una propuesta plurinominal seleccionada por el Consejo de Alta Dirección Pública. Los candidatos y candidatas no podrán haber desempeñado cargos de elección popular ni haber sido candidatos a ellos, así como tampoco podrán haber desarrollado funciones en el Gobierno o Administración del Estado en cargos que sean de exclusiva confianza del Presidente de la República, en los últimos cuatro años.

Para ser designada, la o el Director Nacional de la Agencia Nacional del Agua, deberá contar con, al menos, diez años de trayectoria en el ámbito de la gestión de recursos hídricos y reunir los demás requisitos que establezca la ley.

La ley regulará las instancias de coordinación entre la Agencia Nacional del Agua y el Ejecutivo, especialmente respecto de la Política Hídrica Nacional. Así como también, la organización, estructura, competencias y funcionamiento de la Agencia.

II. Prevenciones generales

Antes de analizar el articulado específico que se está proponiendo, resulta pertinente recalcar las razones que justifican que la institucionalidad hídrica sea tratada en la nueva Constitución, así como la preferencia por establecer un mandato al legislador en este asunto.

1. La conveniencia del tratamiento constitucional de la institucionalidad hídrica

Celebramos la iniciativa de la Comisión de Sistemas de Justicia de abordar en la nueva Constitución el tema de la institucionalidad a cargo de la administración del agua en Chile. Pese a que las deficiencias en este ámbito han sido ampliamente diagnosticadas y consensuadas, hasta la fecha no ha sido posible superarlas.

En un informe del Banco Mundial se constató la intervención en nuestro país de 43 organismos con atribuciones sobre el agua (públicos, privados (organizaciones de usuarios de aguas) y autónomos), y 102 funciones distribuidas entre ellos, con una acentuada dispersión y falta de coordinación. A pesar de requerirse una actualización de esta panorámica institucional, el mapa de actores contenido en este documento del Banco Mundial revela con nitidez la diseminación y escasa unidad de acción que lo caracteriza.

El citado informe fue enfático en señalar las principales deficiencias de la institucionalidad hídrica chilena: (i) carencia de una planificación hídrica de mediano y largo plazo; (ii) inexistencia de consolidación e integración de información; (iii) inapropiada delimitación y coordinación de las competencias; (iv) ausencia de una autoridad política superior que unifique y coordine la actuación de los organismos que ejercen funciones en torno al agua; y (v) falta de coordinación de los actores a cargo de la gestión local del agua¹.

En otros términos, existe una institucionalidad sobrepoblada de órganos, pero que, paradójicamente, producto de la dispersión y desarticulación, y de insuficiencia de recursos, figura como ausente en la resolución de los grandes retos en torno al agua. Con todo, esta dispersión también evidencia que la temática de aguas corresponde a un elemento transversal de la actividad de la Administración del Estado. Estas ideas han sido repetidas en varios análisis posteriores².

Lo anterior, sumado a la falta de una óptica integral, que considere toda la cuenca hidrográfica y sus diversos actores y sectores como una unidad o sistema, se ha traducido en una incapacidad de generar un escenario hídrico sustentable en el país³.

¹ Banco Mundial (2013). Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua (Santiago, Banco Mundial).

² Mesa Nacional del Agua (2020). Primer informe (Santiago, Mesa Nacional del Agua); Mesa Nacional del Agua (2022). Informe final (Santiago, Mesa Nacional del Agua).

³ Rivera, D. y otros (2021). [Aguas y nueva Constitución. Perspectivas y propuestas](#). Foro Constitucional UC.

2. Rol central de la ley en la regulación de la Agencia Nacional de Aguas

Frente al escenario recién descrito, nos parece que lo más apropiado sería que la propuesta de nueva Constitución encargue explícitamente a la ley, bajo ciertas directrices, la creación de un órgano autónomo rector en la política y regulación hídrica (Agencia Nacional de Aguas), dejando la ejecución de la regulación en manos de los distintos servicios públicos competentes. La propuesta sería la siguiente:

“La ley creará la Agencia Nacional de Aguas, organismo rector en materia hídrica, con carácter autónomo y técnico, personalidad jurídica y patrimonio propio, y determinará su composición, organización, funciones y atribuciones. Esta Agencia deberá resguardar una gestión hídrica integrada, sostenible, descentralizada y participativa, en función de la particularidades de cada cuenca u hoya hidrográfica, a través de las entidades que defina la ley”⁴.

A su vez, debiera fijarse en una disposición transitoria un plazo prudente para la dictación de esta ley, sus competencias y, una de las cuestiones más relevantes, la forma de articulación entre dichas competencias y las que hoy tienen los organismos que ejercen potestades hídricas. Esto es especialmente clave hoy, cuando acaba de entrar en vigencia una reforma sustancial al Código de Aguas y, entre otras, está próxima a promulgarse la Ley Marco de Cambio Climático, textos que obligadamente debieran considerarse en la configuración del estatuto orgánico y competencial de la Agencia Nacional de Aguas.

Al ser la ley la fuente normativa que crea y regula la Agencia Nacional de Aguas, se atenúa la rigidez de una definición orgánica y competencial en sede constitucional, cuestión muy relevante en el presente y futuro contexto ambiental, donde la incertidumbre respecto a los efectos del cambio climático es significativa. Consecuentemente, es más adecuado que la máxima autoridad hídrica tenga un espacio de flexibilidad para hacer frente a nuevos y complejos desafíos, y ello puede ser ofrecido de mejor modo desde la perspectiva legal.

Adicionalmente, cabe precisar que la institucionalidad hídrica no es normalmente objeto de regulación constitucional. En efecto, no hay ninguna Constitución vigente en el mundo que dedique un artículo o apartado especial a la creación y regulación de este tipo de autoridad nacional. Sólo algunos textos se pronuncian sobre ciertos aspectos institucionales, pero a título genérico, entregando pautas para el legislador⁵.

Finalmente, es necesario llamar la atención respecto al significativo número de órganos dotados de autonomía constitucional que la Comisión de Sistemas de Justicia propone instaurar (16). Una excesiva distribución funcional del poder puede dificultar la gobernabilidad y la consecución de los objetivos que han justificado la creación de estos organismos.

⁴ Rivera, D. y otros (2021). [Aguas y nueva Constitución. Perspectivas y propuestas](#). Foro Constitucional UC.

⁵ Así, por ejemplo, la Constitución de Ecuador señala que “La autoridad a cargo de la gestión del agua será responsable de su planificación, regulación y control. Esta autoridad cooperará y se coordinará con la que tenga a su cargo la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque ecosistémico” (artículo 412).

III. Sobre las normas propuestas por la Comisión de Sistemas de Justicia

Sin perjuicio de lo expuesto en el apartado anterior, y para el evento de que se decida mantener la idea de crear la Agencia Nacional del Agua como un órgano con autonomía constitucional, formulamos los siguientes comentarios orientados a perfeccionar el estatuto orgánico y competencial que se está proponiendo.

1. Necesaria precisión de la competencia general de la Agencia Nacional del Agua

Si bien sus funciones más específicas deberían ser determinadas legalmente, en virtud de una remisión de la Constitución en ese sentido, la propuesta de un organismo con autonomía constitucional exige delimitar con precisión su espacio competencial en la Carta Fundamental, de modo de fijar el contorno de actuación del legislador. Y ello es especialmente relevante en la temática hídrica, puesto que este nuevo organismo se insertaría en un entorno caracterizado por una multiplicidad de entidades y atribuciones.

Las normas propuestas por la Comisión de Sistemas de Justicia avanzan en esta determinación, pero lo hacen de un modo muy amplio y sin responder a una lógica de acción nítida del ente que se crea, particularmente en su relación con los otros organismos que tienen competencias en esta área. Así, por ejemplo, se habla de “asegurar el uso sostenible del agua, el acceso al derecho humano al agua y al saneamiento y la conservación y preservación de sus ecosistemas asociados”, de fiscalización del uso “responsable” y “sostenible” del agua y de determinación de “la calidad de los servicios sanitarios”. Además de los conceptos indeterminados que incluye esta enunciación, no quedan claras las implicancias de asociar estas funciones a la nueva Agencia, como serían, por ejemplo, la absorción de las tareas que hoy desempeñan entidades sectoriales específicas y especializadas, como la Superintendencia de Servicios Sanitarios o la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales (en lo referente a servicios de agua potable y saneamiento).

Observando las variadas funciones hídricas públicas y el rol rector que debiera asumir la Agencia Nacional del Agua, absorbiendo directamente algunas de estas funciones (como, por ejemplo, las que detenta en el marco actual la Dirección General de Aguas), y actuando como articulador de la actividad sectorial de otros entes (como en materia sanitaria y ambiental), su competencia general debiera enmarcarse en la política y regulación del agua, incluyendo lo siguiente:

- a) Hacerse cargo y ser responsable del sistema de información sobre recursos hídricos del país.
- b) Formular y hacer seguimiento a la Política y al Plan Nacional de Recursos Hídricos, ambos instrumentos focalizados en la seguridad hídrica del país.
- c) Articular a los distintos organismos con competencias hídricas, incluyendo aspectos de cantidad, calidad y conservación de ecosistemas asociados. Estos organismos deberán implementar la Política y el Plan Nacional de Recursos Hídricos.
- d) Gestionar de manera integrada el dominio público hidráulico, velando por su conservación, y coordinando la aplicación de los correspondientes instrumentos de política pública.



- e) Otorgar y administrar autorizaciones de uso de aguas.
- f) Fiscalizar y sancionar los incumplimientos que las leyes sectoriales establezcan, sin perjuicio de las competencias que tengan otros organismos en este tema.
- g) Elaborar y proponer las normas o modificaciones de normas que deban dictarse en su ámbito competencial.

Ciertamente, la definición de una autoridad nacional de aguas estaría incompleta si no se reconoce su relación con las instancias locales de gestión hídrica, que deben existir a nivel de cada cuenca hidrográfica. En este sentido, es positivo que exista una referencia genérica a estas entidades de cuencas en las normas constitucionales sobre la institucionalidad pública del agua. No obstante, debe advertirse que los consejos de cuenca aún no existen ni están regulados jurídicamente en Chile, siendo una innovación normativa de la nueva Constitución. Por otro lado, la asistencia técnica de la Agencia Nacional a estos consejos de cuenca es importante y factible, pero el hecho de sostener, como lo hace la propuesta, que tal Agencia financiará a estos entes puede conllevar serios riesgos para la autonomía que también debe asegurarse a estos organismos de cuenca, dentro del marco de actuación que les precise la ley, por lo que se sugiere eliminar esa alusión.

2. Composición colegiada de la Agencia Nacional del Agua

Dadas las funciones de planificación, ordenación y articulación que debe asumir esta Agencia, es procedente y aconsejable que tenga una composición colegiada, lo que difiere del perfil unipersonal que le confiere la propuesta de la Comisión de Sistemas de Justicia.

A su vez, para garantizar la autonomía de este organismo, debe cuidarse rigurosamente el sistema de designación y remoción de sus integrantes, de modo de evitar la captura política y hacer primar su carácter esencialmente técnico.

Sobre este punto, la propuesta de la Comisión de Sistemas de Justicia se pronuncia sólo sobre el mecanismo de nombramiento, lo que debería ser necesariamente complementado con lo relativo al régimen de responsabilidad y el consiguiente término o cese de funciones de los miembros de esta Agencia. En este punto, se sugiere que la remoción esté basada en ciertas causales objetiva y que requiera la intervención de más de un poder del Estado, de modo de generar un mecanismo que no permita destituciones basadas en consideraciones meramente políticas.

Daniela Rivera
Guillermo Donoso
María Molinos
Sebastián Vicuña

Académicos Centro de Derecho y Gestión de Aguas UC

Santiago, 12 de abril de 2022