

Minuta

Comentarios a las propuestas de normas constitucionales sobre aguas contenidas en el 2do Informe de la Comisión de Medio Ambiente

I. Antecedentes

El jueves 21 de abril de 2022, se someterá a debate y votación del Pleno de la Convención Constitucional el 2do Informe de la Comisión de Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico. La presente minuta ofrece algunas observaciones y propuestas respecto a las disposiciones sobre aguas contenidas en este informe, con el fin de contribuir a su mejora o perfeccionamiento.

II. Prevención general: rol de la Constitución y de la legislación en materia hídrica

Junto con celebrar el interés de varias comisiones de la Convención por la situación del agua en nuestro país, hay que precisar que en la definición de las prescripciones sobre este componente ambiental debe considerarse cuidadosamente el rol y objeto de una Constitución. El foco debe ser la inclusión de disposiciones fundamentales o basales que luego permitan construir y articular, a través de fuentes legales y reglamentarias, el detalle de la regulación jurídica de esta trascendental y compleja materia, que incide transversalmente en todos los ámbitos de la vida.

En lo relativo a las aguas, caracterizadas por una esencial variabilidad, dinamismo y multiplicidad de funciones y valores, **el delicado desafío del diseño de las reglas constitucionales es generar directrices claras y robustas, pero que, a su vez, reconozcan espacios de flexibilidad y adaptabilidad** para buscar opciones mediante la legislación, que puedan atender equitativamente las necesidades de las generaciones presentes y futuras, en especial en un escenario de cambio global. La Constitución no puede convertirse, entonces, en una ley de aguas, pues ello, en lugar de propiciar una mejor regulación y gestión de este valioso elemento, podría producir el efecto contrario.

En este contexto, cabe mencionar **algunas tendencias de la regulación hídrica en las constituciones vigentes en el mundo** (190 textos analizados)¹:

- 153 constituciones incluyen al agua, normalmente de manera implícita, en preceptos más amplios sobre recursos naturales.
- 59 constituciones no contienen ninguna mención específica sobre el agua.
- 50 constituciones señalan cuál es la naturaleza jurídica del agua.
- 30 constituciones aluden a la función territorial (integrante del territorio del Estado) del agua.
- 26 constituciones contienen un reconocimiento explícito de los derechos al agua y/o al saneamiento.
- 24 constituciones refieren al uso racional, sostenible, equitativo o equilibrado del agua.

¹ Rivera, D. y otros (2021). [Aguas y nueva Constitución. Perspectivas y propuestas](#). Foro Constitucional UC.

III. Observaciones y sugerencias respecto a las normas hídricas propuestas

1. Comentario inicial

Las normas sobre aguas propuestas en el 2do informe de la Comisión de Medio Ambiente:

- **En su mayoría son disposiciones que, por su especificidad, corresponden al dominio legal, y no a una norma de cierta generalidad, como una Constitución.** Ello tiene como consecuencia que se incurra en **algunas imprecisiones y equívocos**, pues, al intentar regular demasiados detalles, se excluyen injustificadamente aspectos que debieran incluirse, o se incorporan disposiciones amplias para temáticas que exigen determinadas especificaciones o distinciones.
- Algunas **introducen varios calificativos, lo que complejiza su interpretación, aumenta la ambigüedad y, consecuentemente, genera un escenario propicio para la conflictividad** entre distintos intereses y posiciones, sin ofrecer directrices claras y certeras para la resolución y prevención de estas contiendas.
- **Se alejan de la orientación común a la mayoría de las constituciones de otros países en materia hídrica,** en que lo usual es incluir disposiciones generales y breves. Se exceptúan de esta regla únicamente algunas Cartas Fundamentales del continente americano (Bolivia, Ecuador y México), que tienen extensas y detalladas prescripciones en el área ambiental y de aguas.

2. Valores y funciones de las aguas (artículo 1)²

Es oportuna la incorporación de una directriz que destaque la polifuncionalidad de las aguas para la vida en general. Sin embargo, cabe consignar el siguiente comentario:

- **No se entiende a qué se alude con la expresión “fases” de las aguas.** Es probable que se desee hacer referencia a los diversos estados del agua (líquido, sólido, gaseoso), pero ello ya está explícitamente incorporado; o quizás se pretenda aludir a las etapas del ciclo hidrológico, pero ello es un concepto distinto. Es conveniente revisar este punto y eliminar, en su caso, la redundancia que pueda existir.

² **Artículo 1.-** Las aguas, en todos sus estados y fases, son esenciales para la vida, el ejercicio de los derechos humanos y de la Naturaleza.

Es deber del Estado proteger las aguas y su ciclo hidrológico.

3. Priorización de usos de aguas (artículo 2)³

El establecimiento de esta priorización es una cuestión compleja, puesto que implica definir qué usos y valores prevalecen sobre otros. **No es conveniente que la Constitución fije un estricto y taxativo orden de prioridades de los usos del agua**, por la rigidez que eso confiere a la gestión de un elemento esencialmente variable, y con necesidades y valores asociados que también pueden irse ajustando. Lo que podría hacer la Constitución es entregar algunas directrices generales sobre este tema, pero no incluir una lista que impida cualquier adaptación que se requiera introducir a futuro. En la norma propuesta hay una diferencia sustancial entre el primer y segundo inciso, lo que debe ser conciliado. A continuación, algunas ideas al respecto:

- El inciso segundo sostiene, como orientación matriz, que siempre prevalecerá el derecho humano al agua y al saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas. Esto es apropiado, pero, si la Constitución decide pronunciarse sobre esta temática, **debería entregar un criterio claro para solucionar un eventual conflicto entre estos dos usos, que quedan en la misma posición**. Esta colisión es perfectamente posible, y hoy se está manifestando en varias localidades afectadas por la severa sequía: cuando la disponibilidad de agua no alcanza para satisfacer todas las necesidades de una cuenca, ¿qué se debe privilegiar: el consumo humano o el equilibrio de los ecosistemas? **Debería establecerse la prioridad del derecho al agua (para uso personal y doméstico)** por sobre los demás usos y valores, por cuanto se trata de un derecho humano derivado de la dignidad de las personas.
- También señala que los demás usos serán determinados por la institucionalidad correspondiente y la ley. **La ley debe tener el papel central, complementado con las disposiciones de los planes hidrológicos (por cuencas y a escala nacional)**. Si este asunto se encomienda a la institucionalidad, la priorización dependerá de la discrecionalidad de un organismo, que debería tener un conocimiento acabado y una fuerte capacidad de fiscalización respecto a cada cuenca, lo que *per se* resulta problemático en Chile. El criterio de esta entidad, además, podría variar sin mayor fundamentación, restando razonabilidad y certeza a una definición que debe tener obligadamente esos requisitos como base. Por ello, **la alusión a la institucionalidad en este punto debería eliminarse**.
- El inciso primero amplía los usos prioritarios: derecho humano al agua y al saneamiento y equilibrio de los ecosistemas, ejercicio de la soberanía alimentaria y usos tradicionales de los pueblos indígenas. **¿Qué sucede con el resto de valores y funciones del agua?**; ¿cómo se compatibilizan estos usos priorizados con aquellos asociados a actividades agrícolas, turísticas, culturales, industriales, mineras o energéticas, que cumplen un rol trascendental para el desarrollo de nuestra sociedad? A su vez, ¿cómo se concilia esta disposición con el inciso segundo antes referido? Lo anterior deja de manifiesto la inconveniencia de fijar constitucionalmente un catálogo cerrado de usos prioritarios del agua.

³ **Artículo 2.-** Los usos prioritarios de las aguas son: el derecho humano al agua y al saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas donde estas yacen, el ejercicio de la soberanía alimentaria y los usos tradicionales de los pueblos indígenas. Siempre prevalecerá el derecho humano al agua y al saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas. Los demás usos serán determinados por la institucionalidad correspondiente y la Ley. El Estado velará por un uso razonable de las aguas.

4. Autorizaciones de uso de aguas (artículo 3)⁴

Sobre esta propuesta, cabe precisar lo siguiente:

- **Las características de inapropiable, incomerciable e intransferible que se asocian a la autorización para usar las aguas, son más bien del agua en tanto elemento o “bien común natural”,** categoría jurídica aprobada por el Pleno. Es decir, una cosa es que el agua, en tanto bien común natural (lo que también es propio de un bien de dominio público) sea inapropiable, incomerciable e intransferible, y algo totalmente distinto es aseverar que el título que le permite a una persona usar una determinada cantidad de agua (autorización) tenga esos mismos atributos.

Que la autorización sea inapropiable, incomerciable e intransferible significa que no podrá ser objeto de modificaciones en su titularidad, por ejemplo, ante situaciones de riesgo y vulnerabilidad hídrica, generando una gran rigidez para la gestión de las aguas. Este tipo de modificaciones pueden perfectamente regularse a nivel legal, dotando a la autoridad del agua de las potestades necesarias para restringir, conforme a criterios certeros, la autorización respecto del uso del agua y así evitar afectaciones a la sostenibilidad de las fuentes hídricas, a los ecosistemas y a otros usuarios. Es precisamente lo que se ha introducido en Australia, California, España y China, entre otros casos afectados por sequías recurrentes. Por ello, limitar estas opciones desde la propia Constitución es un error. **Lo que debe evitarse no son los cambios en la titularidad de estas autorizaciones, sólo por ser tales, sino que el hecho de que ellos se realicen sin ningún tipo de regulación** que vele por la primacía del interés público en estas actuaciones.

Esto debe vincularse con la norma aprobada en el Pleno que dispone que las autorizaciones para el uso de bienes comunes inapropiables serán temporales, sujetas a caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. Si bien se contemplan varias restricciones para la autorización, **no hay limitaciones respecto a los cambios en su titularidad**, por lo que no se entiende que sean introducidas para el caso de las aguas. La misma norma establece que las autorizaciones **no generan derechos de propiedad, lo que precariza estos títulos (bienes incorporales) y las actividades que utilizan el agua como insumo básico** (todas, sin exclusión e independientemente de la persona o entidad que las realice: agricultura, turismo, industria, minería, energía, ganadería, entre muchas otras). Se confunde, nuevamente, la situación del agua con la del título que permite su uso, el cual debe contar con un estatuto de protección y seguridad.

⁴ **Artículo 3.-** El Estado podrá autorizar el uso de las aguas. Esta autorización será inapropiable, incomerciable, intransferible, temporal y obliga al titular al uso que justifica su otorgamiento.

Estas autorizaciones estarán sujetas a obligaciones específicas de protección, a causales de caducidad, revocación y demás que sean pertinentes.

Las autorizaciones de uso de agua serán concedidas basándose en la distribución y disponibilidad material de las aguas. El Estado mantendrá un registro público actualizado de estas autorizaciones.



- En el inciso segundo, que se refiere a ciertos rasgos de las autorizaciones, **falta su vinculación al interés público**, componente esencial de la regulación y gestión de los recursos hídricos.
- En el inciso tercero se habla de disponibilidad “material” de las aguas. **La disponibilidad no es sólo material, sino que también jurídica**, en virtud de la cual no pueden asignarse volúmenes de agua asociados a títulos otorgados con anterioridad. Por ende, si se quiere especificar el concepto de disponibilidad, debieran incluirse ambas aristas y no sólo la material, que alude a la mera existencia física de aguas. Otra opción, para no efectuar estas distinciones técnicas en la Constitución, es que se hable sólo de disponibilidad, en general.
- En el inciso final de la norma revisada se hace referencia a un “registro público de autorizaciones”, que debe mantener actualizado el Estado. Si bien es correcto este mandato, cabe consignar que **este registro público no debe limitarse a las autorizaciones de uso de aguas**, sino que debe incorporar datos sobre cantidad y calidad de todas las fuentes hídricas, estado de ecosistemas asociados, entre muchos otros.
- Una cuestión clave es el proceso de transición entre la situación actual, en que hay derechos de aprovechamiento otorgados y que se están ejerciendo en diversos lugares y actividades, y la que surgiría al aprobarse la figura de las autorizaciones de uso de aguas, que tienen un estatuto diferente. **Las disposiciones transitorias que se propongan tendrán un rol esencial, debiendo pronunciarse con absoluta claridad sobre dicho proceso y en qué condición quedarán los derechos preexistentes, que deben ser respetados.**

5. Gobernanza y gestión de aguas por cuencas (artículo 4)⁵

Si bien no se comprende cuál es el significado de una gobernanza “ecológica”, ya que no es un calificativo comúnmente asociado a la gobernanza hídrica (que debe ser democrática, participativa, sostenible, etc.), en general se trata de una norma correcta y relativa a un asunto sustancial: la necesaria gestión de los recursos hídricos a nivel de cuencas hidrográficas.

- Como sugerencia, **la figura de los planes hidrológicos de cuenca debiera vincularse con la del plan hidrológico nacional** (que debiera elaborar la Agencia Nacional del Agua), según lo que establezca la ley.

⁵ **Artículo 4.-** El Estado debe asegurar un sistema de gobernanza de las aguas, de carácter ecológico, democrático y participativo, siendo la cuenca hidrográfica la unidad mínima de gestión y mediante el manejo integrado de estas. La administración de cada cuenca corresponderá a los Consejos de Cuenca, sin perjuicio de las atribuciones de la Agencia Nacional de las Aguas y demás instituciones competentes. La proyección de los usos del agua, así como los objetivos ecológicos y sociales de su gestión serán establecidos mediante planes hidrológicos de cuenca, elaborados y desarrollados por los Consejos de Cuenca.



6. Consejos de cuenca (artículo 5)⁶

Aunque es una norma bastante detallada en cuanto a la integración de los consejos de cuenca, organismo que crearía la Constitución, es una disposición apropiada. Sin embargo, hay algunos aspectos que no se perciben con claridad:

- **¿Qué se entiende por gobiernos que pertenecen a la cuenca?** ¿Se refiere a organismos con competencias en materia hídrica? Si éste es el caso, esta última expresión resulta más adecuada; la noción “gobiernos” es muy vaga e imprecisa, teniendo múltiples acepciones.
- **¿Qué se entiende por gestores y gestoras comunitarios de agua?** Es importante también esclarecer este punto, pues es otra noción que tiene distintos significados, y no todos ellos van en la línea de una correcta integración de los consejos de cuenca.

7. Gestión comunitaria del agua (artículo 6)⁷

Sobre esta disposición que asigna al Estado un deber de protección, promoción y fortalecimiento de la gestión comunitaria de aguas:

- **No se comprende el contenido e implicancias del término “gestión comunitaria de agua”, por lo que debe aclararse a qué se refiere y para qué fines se contempla.** Se desconoce si alude a ámbitos concretos (como la prestación de servicios sanitarios en la ruralidad, que se gestiona comunitariamente) o bien se busca que cada comunidad, en cada territorio, administre las aguas que allí se encuentran. Esta última opción podría traducirse rápidamente en desorden y conflictividad, además de no coincidir con la idea de gestión por cuencas a través de consejos o instancias multi-actores, como se señala en artículos previos.

8. Derechos sobre las aguas de tierras y territorios indígenas (artículo 7)⁸

Esta disposición no solo reconoce a los pueblos y naciones indígenas derechos sobre las aguas existentes en sus tierras, sino que establece que serán administradas directamente por ellos.

⁶ **Artículo 5.-** Cada cuenca hidrográfica contará con un Consejo de Cuenca. Los Consejos podrán coordinarse y asociarse para cumplir su mandato.

Cada uno de ellos será integrado por representantes de los titulares de autorizaciones de uso de aguas; de los pueblos indígenas en los casos que corresponda; de los gobiernos que pertenecen a la cuenca; de las gestoras y gestores comunitarios de aguas; de la sociedad civil; y de la Agencia Nacional de Aguas. La ley regulará sus atribuciones, funcionamiento y composición, velando que ningún actor pueda alcanzar el control por sí solo.

Los Consejos de Cuenca podrán solicitar la colaboración de las universidades y organismos competentes.

⁷ **Artículo 6.-** El Estado deberá promover, proteger y fortalecer la gestión comunitaria de las aguas, especialmente en áreas y territorios rurales y extremos. Las organizaciones públicas comunitarias que participen de esta gestión, deberán someterse siempre al interés público que funda su prestación y operarán sin fines de lucro.

⁸ **Artículo 7.-** La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas los derechos sobre las aguas existentes en sus tierras y territorios, las cuales serán administradas directamente por ellos, de conformidad con su derecho propio y al derecho a la libre determinación. Estos derechos no podrán ser enajenados, gravados, embargados, ni adquiridos por prescripción. El Estado protege especialmente estas aguas y garantiza el normal abastecimiento, disponibilidad y calidad para su consumo y usos tradicionales por parte de los pueblos, comunidades y personas indígenas. Estos derechos deberán constar en el Catastro Público de Aguas.



- **No responde a la idea de gestión integrada de recursos hídricos por cuencas.** Por el contrario, implica crear un sistema de administración independiente, gobernado por reglas propias, en tierras y territorios indígenas, lo que significa romper la mencionada integridad que debe existir, sin excepciones, entre todos los actores involucrados en el uso, gestión y conservación del agua. Además, **genera serias limitaciones para la gestión del agua fuera de esas tierras y territorios**, ya que podría conllevar cambios en los flujos hídricos.

Por ello, **no debiera incluirse una norma como la propuesta**, lo cual no significa desconocer los derechos (autorizaciones, en la nomenclatura constitucional propuesta) que los pueblos indígenas puedan tener sobre las aguas de sus tierras y territorios, pero ello debe insertarse en el modelo de gestión integrada, que reúne a todos los actores de una cuenca, sin exclusiones de ningún tipo.

9. Conservación de humedales (artículo 8)⁹

Sin negar la gran relevancia de los humedales, no parece apropiado priorizar constitucionalmente un tipo particular de ecosistema en desmedro de otros. La Constitución debiera ordenar la protección de todos los ecosistemas y componentes ambientales, bajo una serie de parámetros, y encargar el desarrollo de la regulación a la ley. En esta línea, actualmente existe la Ley N°21.202, sobre humedales urbanos, y su reglamento. Para el evento que decida mantenerse esta prescripción puntual, pueden indicarse las siguientes propuestas de mejoras:

- **Debería hablarse de “conservación y restauración” de humedales**, conforme a criterios de sustentabilidad, lo que no descarta de plano cualquier actividad, infraestructura y equipamiento relacionado a estos ecosistemas, como se deriva de la noción restringida de “preservación” que se utiliza en la propuesta y que, además, imposibilitaría realizar gestión ambiental en humedales. Lo que debe cuidarse es que toda actividad, infraestructura y equipamiento sea compatible con los objetivos de conservación de los humedales.
- **La prohibición contenida en el inciso final no es apropiada**; ¿por qué sólo la actividad de extracción de áridos? La determinación de actividades prohibidas es muy casuística; debe considerar, entre otras circunstancias, las amenazas puntuales de cada uno de los tipos de humedales existentes (variados) y sus particularidades. Los criterios generales en esta materia deben estar en la ley, sin perjuicio de permitir otros instrumentos de ordenación locales, como las ordenanzas municipales.

⁹ **Artículo 8.- De los Humedales.** Los humedales son ecosistemas prioritarios de preservación. Es deber del Estado custodiar, preservar, conservar, catastrar y restaurar los humedales, propendiendo a la mantención de su régimen y conectividad hídrica y de sus funciones y procesos ecosistémicos. El Estado tomará las medidas necesarias para evitar la destrucción y desaparición de los humedales y su área ecológica funcional. El Estado reconoce la importancia de los humedales de su territorio, sean cuencas evaporíticas continentales, altoandinos, lacustres, palustres y costero-marino o estuarino, incluidas sus riberas; suelos y subsuelos; bordes lacustres, y ribereños y humedales urbanos.

Se prohíbe la extracción de los áridos en las riberas de humedales y la turba.



10. Derechos humanos al agua y al saneamiento (artículo 52)¹⁰

Junto con destacar lo positivo que resulta la consagración expresa de los derechos al agua y al saneamiento a nivel constitucional, cabe hacer presente que el día 19 de abril el Pleno de la Convención aprobó una norma similar y más completa propuesta por la Comisión de Derechos Fundamentales¹¹. En consecuencia, el artículo 52 del informe de la Comisión de Medio Ambiente debiera rechazarse por el Pleno para evitar una reiteración. Si ello ocurre, la Comisión de Medio Ambiente podrá trabajar en una segunda propuesta de norma, que constituye una **oportunidad para perfeccionar el artículo ya aprobado**, proveniente de la Comisión de Derechos Fundamentales, sin repeticiones. Es en este escenario que formulamos las siguientes sugerencias:

- **Es fundamental especificar en la norma el objeto del derecho humano al agua**, pues no es agua para cualquier fin, sino que para “**uso personal y doméstico**”, con estándares de suficiencia, salubridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad. Aunque la definición detallada de ese uso personal y doméstico, que es el piso mínimo que se exige garantizar a los Estados, se encuentra en instrumentos internacionales¹², la Constitución podría encomendar a la ley una determinación en este sentido, lo cual en la práctica ha sido introducido por la Ley N°21.435, de 2022, de reforma al Código de Aguas.
- Además de las necesidades de las personas en sus distintos contextos, a las que se refiere la norma ya aprobada por el Pleno, **la realidad de cada cuenca hidrográfica debe ser un factor a considerar en la implementación de estos derechos**.
- Finalmente, celebramos la decisión del Pleno de **rechazar el inciso que establecía una preferencia por las fuentes hídricas terrestres** para la satisfacción del derecho al agua. Lo crucial es que el derecho se cumpla, y ello debe ocurrir respetando los estándares antes mencionados, entre los que figuran la asequibilidad (costo razonable, que no impida el acceso a ninguna persona) y calidad (inexistencia de riesgo para la salud humana). La definición de la fuente a partir de la cual se obtiene el agua debe adoptarse en función de la situación de cada cuenca y de los instrumentos de planificación hidrológica existentes a su respecto.

Daniela Rivera
Guillermo Donoso
María Molinos
Sebastián Vicuña

Académicos Centro de Derecho y Gestión de Aguas UC

¹⁰ **Artículo 52.- Derecho humano al agua y al saneamiento.** La Constitución garantiza a todas las personas los derechos humanos al agua y al saneamiento, para las generaciones presentes y futuras.

Este derecho deberá satisfacerse preferentemente a partir de fuentes de aguas de la cuenca hidrográfica del territorio.

¹¹ La norma aprobada por el Pleno el 19 de abril es la siguiente: **Artículo 26.- Derecho humano al agua y al saneamiento.** La Constitución garantiza a todas las personas el derecho al agua y al saneamiento suficiente, saludable, aceptable, asequible y accesible. Es deber del Estado garantizar estos derechos para las actuales y futuras generaciones.

El Estado velará por la satisfacción de este derecho atendiendo las necesidades de las personas en sus distintos contextos.

¹² En particular, la Observación General N°15, de 2002, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, sobre los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.